CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO
Profesor de Derecho Procesal Penal
en la Pontificia Universidad Católica del Perú

DERECHO PROCESAL PENAL

CUESTIONES GENERALES DEL DERECHO PROCESAL PENAL
JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA PENAL
LAS PARTES PROCESALES
ACCIÓN Y OBJETO PROCESAL
ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL

GRIJLEY

Primera edición: enero 2000
Primera reimpresión: mayo 2000
Segunda reimpresión: julio 2001
Segunda edición: octubre 2003
Primera reimpresión: abril 2006
Segunda reimpresión: marzo 2009
Tercera edición: abril 2014

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822
Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial.

© 2014, **Derecho Procesal Penal**
© 2014, César San Martín Castro
© 2014, Editora y Librería Jurídica Grijley

www.grijley.com

Jr. Azángaro 1077 - Lima
Tlfs.: 321-0258 • 427-1881
mentejuridica@hotmail.com

Av. Francisco Lazo 1924 - Lince
Tlfs.: 265-2739
Cel.: 985770709
info@grijley.com

Av. Tingo María 1330
Tlfs.: 337-5252 • 666-0714
elay_grijley@hotmail.com

Composición e Impresión: Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2013-03904
ISBN: 978-9972-04-414-4

Tiraje: 1000 ejemplares

A mi esposa
A mis hijos

ÍNDICE

Presentación xlv
Prólogo a la segunda edición xlvii
Presentación a la primera edición liii
Abreviaturas y convencionalismos utilizados lvii

PARTE I
CUESTIONES GENERALES DEL DERECHO PROCESAL PENAL

CAPÍTULO I
DERECHO PROCESAL PENAL

I. DERECHO PROCESAL 3
1. Definición 3
2. Notas características 4
A. Derecho instrumental 4
B. Derecho público 4
C. Derecho no convencional 5
II. DERECHO PROCESAL PENAL 5
1. Definición 5
2. Autonomía 6
A. Autonomía legislativa 6
B. Autonomía científica 6
C. Autonomía académica 7
3. Extensión 7
III. FUNCIÓN DEL DERECHO PROCESAL PENAL 7
1. Derecho penal y Derecho procesal penal 7
2. Ámbito funcional del Derecho procesal penal 10

A. El derecho de penar del Estado 10
B. La garantía procesal 11
3. Esencia del Derecho procesal penal 12
4. Metas y medios del Derecho procesal penal 12
IV. FUENTES LEGALES DEL DERECHO PROCESAL PENAL 14
1. Aspectos generales 14
2. La Constitución 14
3. Los tratados 17
4. Los códigos procesales 19

CAPÍTULO II
NORMA PROCESAL Y PROCESO PENAL

I. CARACTERÍSTICAS DE LAS NORMAS PROCESALES PENALES 21
II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY PROCESAL PENAL 23
1. Ley procesal penal en el espacio 23
2. Ley procesal penal en el tiempo 24
3. Ley procesal penal por razón de las personas 29
III. INTERPRETACIÓN DE LA LEY PROCESAL PENAL 33
IV. EL PROCESO PENAL 35
V. SISTEMAS PROCESALES 37
1. Aspectos generales 37
2. Sistema acusatorio 37
3. Sistema inquisitivo 38
4. Sistema mixto 39
VI. SISTEMA PROCESAL PERUANO 39
1. El Código de Enjuiciamientos en Materia Penal 39
2. El Código de Procedimientos en Materia Criminal 40
3. El Código de Procedimientos Penales 41
4. La legislación procesal penal especial 42
5. El Código Procesal Penal 61
6. El Proyecto de marzo de 1995 63
7. Algunas premisas en torno a la reforma del proceso penal 64

A. Aspectos generales 64
B. Bases necesarias para una nueva estructuración del Código Procesal Penal 67

CAPÍTULO III
CONSTITUCIÓN Y PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL

I. ASPECTOS GENERALES 71
1. Alcances procesales 71
2. Las garantías procesales 73
II. GARANTÍAS PROCESALES GENÉRICAS 76
1. El debido proceso 76
A. Aspectos generales 76
B. La garantía de no incriminación 81
C. El derecho a un juez imparcial 85
D. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas 86
E. El derecho de utilizar los medios de prueba pertinentes 90
F. Ne bis in idem *procesal* 93
2. El derecho a la tutela jurisdiccional 96
3. El derecho a la presunción de inocencia 102
4. El derecho de defensa 106
A. El principio de contradicción 109
B. El principio acusatorio 111
III. GARANTÍAS PROCESALES ESPECÍFICAS 113
1. Consideraciones generales 113
2. La garantía de la igualdad 113
3. La garantía de la investigación oficial 115
4. La garantía de la publicidad 117
A. Del juicio 117
A.1. El principio de oralidad 119
A.2. El principio de inmediación 120
A.3. El principio de concentración 120
B. De la instrucción 120
IV. GARANTÍAS PROCESALES PENALES DE LA VÍCTIMA 123

PARTE II
JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA PENAL

CAPÍTULO IV
JURISDICCIÓN PENAL Y JUEZ LEGAL

I. LA JURISDICCIÓN PENAL 127

II. EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN PENAL 129

1. Límites objetivos 129
2. Límites territoriales 130
3. Límites subjetivos 131

III. JURISDICCIÓN PENAL Y JUEZ LEGAL 132

CAPÍTULO V
JURISDICCIÓN MILITAR

I. ASPECTOS GENERALES 141

II. PROBLEMAS DEL DERECHO PENAL MILITAR PERUANO 145

1. El delito de función militar o policial 146
2. Delitos cometidos por civiles 149

III. LA JURISPRUDENCIA NACIONAL EN MATERIA DE DELITOS DE FUNCIÓN .. 151

1. Lineamientos iniciales de la jurisprudencia de la Corte Suprema 151
2. Nuevas tendencias jurisprudenciales. Avances y retrocesos 153

IV. CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN 155

CAPÍTULO VI
COMPETENCIA PENAL (I)

I. CONCEPTO Y ALCANCES 159

II. CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA PENAL .. 161

1. Competencia objetiva 161
2. Competencia territorial 162

3. Competencia funcional 162
4. Consecuencias procesales 163
III. COMPETENCIA OBJETIVA 163
1. Concepto 163
2. Atribución de la competencia objetiva 164
A. Según el Código de 1940 164
B. Según el Código de 1991 164
3. Reglas de la competencia rationae personae 164
IV. COMPETENCIA FUNCIONAL 166
1. Concepto 166
2. Manifestaciones de la competencia funcional 166
A. La instrucción y el enjuiciamiento 167
B. Los recursos devolutivos 167
C. Las cuestiones de competencia 168
D. La ejecución de sentencias 168
V. CARÁCTER Y TRATAMIENTO PROCESAL DE LA COMPETENCIA OBJETIVA Y FUNCIONAL 168

CAPÍTULO VII
COMPETENCIA PENAL (II)

I. COMPETENCIA TERRITORIAL 171
1. Introducción 171
2. Fueros ordinarios generales 172
A. El fuero primario o preferente 172
B. Los fueros subsidiarios 173
3. Fueros ordinarios especiales 173
4. Fueros extraordinarios 174
A. El fuero de la conexión 174
B. El fuero del encargo superior 174
5. Carácter y tratamiento procesal de la competencia territorial 175
II. CUESTIONES DE COMPETENCIA 175
1. Concepto 175
2. Declinatoria de competencia 176

3. Transferencia de competencia 177
4. Contienda de competencia 180
III. CONEXIÓN PROCESAL 182
1. Aspectos generales 182
2. Elementos de la conexión procesal 183
3. Conexión y reglas de la competencia 185
IV. INHIBICIÓN Y RECUSACIÓN 188
1. Concepto y función 188
2. Causas de inhibición y recusación 189
3. Procedimiento de la abstención o inhibición y la recusación 193

Parte III
LAS PARTES PROCESALES

CAPÍTULO VIII
TEORÍA GENERAL

I. CONCEPTO 201
II. POSICIÓN JURÍDICA 204
III. CLASIFICACIÓN 205
1. Posición procesal 205
2. Necesidad de su intervención 206
3. Carácter de su intervención 207

CAPÍTULO IX
LAS PARTES ACUSADORAS

I. EL MINISTERIO PÚBLICO 209
1. Concepto 209
2. Legitimación 211
3. Principios institucionales 212
A. Requisitos de actuación 212
B. Requisitos-garantía 213
4. Intervención en el proceso penal 216
A. Poder de dirección jurídico-funcional de la Policía 217

B. La investigación del delito 218
C. Conclusión de la investigación y etapa intermedia 219
D. El juicio oral y el procedimiento recursal 220
II. LA POLICÍA 220
1. Aspectos generales 220
2. Función policial de prevención y de represión del delito 226
3. Persecución penal y policía judicial 227
III. EL ACUSADOR PRIVADO 231
IV. EL ACTOR CIVIL O PARTE CIVIL 232
1. Concepto 232
2. Actuación procesal 234
3. La doble función procesal de la víctima 237
V. EL ACTOR SOCIAL 239
VI. EL INDECOPI COMO PARTE INTERESADA 240

CAPÍTULO X
LAS PARTES ACUSADAS

I. EL IMPUTADO 245
1. Concepto 245
2. Capacidad 246
A. Aspectos generales 246
B. Anomalía psíquica anterior al delito 247
C. Anomalía psíquica sobrevenida 248
3. Legitimación 249
4. Derechos 249
5. Deberes 250
A. Moralidad procesal 251
B. Presencia y ausencia del imputado 251
B.1. Concepto 251
B.2. Requisitos de la declaración de ausencia o contumacia 253
B.3. Efectos de la declaración de ausencia o contumacia 255
II. EL ABOGADO DEFENSOR 257
1. Concepto 257

2. Posición procesal del defensor 258
3. Defensor voluntario y defensor necesario 260
4. Reemplazo y exclusión del defensor 263

III. El tercero civilmente responsable 264
1. Aspectos generales 264
2. Intervención procesal 266

IV. La persona jurídica y medidas penales 268
1. Lineamientos generales 268
2. La privación de ganancias. Aspectos procesales 269
3. Las medidas penales. Aspectos procesales 271

Parte IV
ACCIÓN Y OBJETO PROCESAL

Capítulo XI
LA ACCIÓN PENAL

I. Concepto y alcance de la acción penal 277
1. Derecho positivo 277
2. Definición 279

II. Principios de la acción penal 282
1. El principio oficial 282
2. El principio de legalidad 283

III. Ejercicio, renuncia y extinción de la acción penal 284
1. Ejercicio de la acción penal 284
2. Renuncia de la acción penal 284
3. Extinción de la acción penal 284

Capítulo XII
EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

I. Concepto y justificación 287
1. Concepto 287
2. Justificación 288

II. EL ARTÍCULO 2° DEL CÓDIGO DE 1991 292
1. Aspectos generales 292
2. Falta de necesidad de pena 293
3. Falta de merecimiento de pena 294
A. Delitos-bagatela 294
B. Mínima culpabilidad 296
C. Exigencia adicional 297
4. La resolución fiscal 298
5. La intervención judicial 298
6. El reglamento del principio de oportunidad 299

CAPÍTULO XIII
LA ACCIÓN CIVIL *EX DELICTO*

I. NOCIONES GENERALES 303
II. CONTENIDO 306
III. RÉGIMEN PROCESAL 309
1. Ejercicio de la acción civil 309
2. Renuncia y extinción de la acción civil 310

CAPÍTULO XIV
LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

I. CONCEPTO 313
II. CLASIFICACIÓN 316
III. RÉGIMEN PROCESAL 321
IV. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PENAL EN SEDE EXTRAPENAL 323

CAPÍTULO XV
LA CUESTIÓN PREVIA

I. CONCEPTO 327
II. REQUISITO O CONDICIÓN DE PROCEDIBILIDAD 328
1. Concepto 328
2. Manifestaciones de las condiciones de procedibilidad 330

A. Delitos de instancia privada 330
B. Autorización para proceder y consentimiento de la autoridad 330
C. Pronunciamiento de la Autoridad sobre el objeto del proceso 332
3. Diferencias con las condiciones objetivas de punibilidad 334
III. EFECTOS Y PROCEDIMIENTO 337
1. Efectos 337
2. Procedimiento 337
IV. EL DELITO DE LIBRAMIENTO INDEBIDO 339

CAPÍTULO XVI
LAS EXCEPCIONES PENALES

I. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES 341
II. REGULACIÓN DE LAS EXCEPCIONES PENALES 343
III. LA EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE JUICIO 346
IV. LA EXCEPCIÓN DE AMNISTÍA 347
V. LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA 349
VI. LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN 353
VII. LA EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE ACCIÓN 355
1. Incorporación al ordenamiento procesal penal 355
2. Alcances de la excepción 356
3. Límites de la excepción 359
VIII. PROCEDIMIENTO DE LAS EXCEPCIONES 362
1. Titularidad 362
2. Oportunidad 363
3. Trámite 366
4. Efectos 369

CAPÍTULO XVII
EL OBJETO DEL PROCESO PENAL

I. ASPECTOS GENERALES 371
II. EL OBJETO PENAL 373

1. Concepto 373
2. Requisitos subjetivos 373
3. Requisitos objetivos 374
A. La fundamentación fáctica 374
A.1. El hecho natural 374
A.2. El hecho típico y la homogeneidad del bien jurídico 375
B. La fundamentación jurídica 376
C. La petición 377
4. Requisitos formales 378
III. El objeto civil 379
1. Aspectos generales 379
2. Concepto 380
3. Elementos esenciales 380
A. Requisitos subjetivos 380
B. Requisitos objetivos 380
C. Requisitos formales 381
4. La congruencia civil de la sentencia penal 381

Parte V
ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL

Capítulo XVIII
ASPECTOS GENERALES DE LA ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL

I. Introducción 385
II. La etapa de instrucción 386
III. La etapa intermedia 389
IV. La etapa de enjuiciamiento 390

Capítulo XIX
LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN O INVESTIGACIÓN (I)

I. Conceptos generales 393

1. La investigación oficial 393
2. Fines de la investigación 394
3. Contenido de la investigación 396
4. Naturaleza jurídica 398
A. Titularidad Fiscal 398
B. Obligatoriedad 400
C. Sumariedad 402
5. Régimen jurídico 403
II. EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL CÓDIGO DE 1991 405
1. Fiscalía e investigación del delito 405
2. Ministerio Público y facultades coercitivas 406
3. Control judicial 408
III. VALOR DE LA INVESTIGACIÓN 409
1. Actos de investigación 409
2. Excepciones 411
IV. DINÁMICA DE LA INVESTIGACIÓN 411
1. Períodos de la investigación 411
2. Procedimiento de iniciación 413
A. Introducción 413
B. Régimen general de la denuncia 414
C. La denuncia 417
D. Intervención de Organizaciones de Derechos Humanos 419
E. Iniciación de oficio 420
F. Denuncia por la Policía 420
3. Procedimiento de investigación preliminar 421
A. Aspectos generales 421
B. Investigación preliminar por el Ministerio Público 422
C. Investigación preliminar policial 424
C.1. Actuaciones de la investigación preliminar policial 426
C.2. Control y régimen de las actuaciones policiales 429
C.3. El Atestado Policial 430
C.4 Valor procesal del Atestado Policial 432
D. Medidas limitativas de derechos 437

E. Control jurídico de la detención policial 440
E.1. Procedimiento de investigación formal 442
F. Abstención del Fiscal y denegación del procesamiento penal 442
F.1. Resolución fiscal desestimatoria 442
F.2. Denuncia formalizada del Fiscal y denegación del procesamiento penal 445
F.2.1 Motivos de inadmisión 446
F.2.2 Motivos de desestimación 447
F.3. Efectos del auto que deniega la apertura de instrucción 451
4. Procedimiento de instrucción judicial 452
A. Del auto de apertura de instrucción 453
B. Del auto ampliatorio de instrucción 463

CAPÍTULO XX
LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN O INVESTIGACIÓN (II)

V. LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN 465
1. Aspectos generales 465
2. La inspección ocular 466
3. La reconstrucción 469
4. La revisión de personas 470
5. El reconocimiento de personas 471
6. El reconocimiento de cosas 474
7. Las diligencias especiales 475
A. La autopsia o necropsia 475
B. El reconocimiento médico-legal 477
C. La preexistencia 479
8. La identidad del imputado y sus circunstancias personales 480
A. Identidad del imputado 480
B. Determinación de la edad 481
C. Justificación de la conducta 482
D. Determinación de anomalía psíquica grave 482
9. La declaración del imputado 484
10. La declaración del testigo 488

11. La confrontación 492
12. La pericia 494
13. El documento 499
VI. MEDIDAS INSTRUMENTALES RESTRICTIVAS DE DERECHOS 502
1. Aspectos generales 502
A. Concepto 502
B. Clasificación 502
C. Presupuestos generales 504
D. Requisitos generales 505
D.1 Principio de intervención indiciaria 506
D.2. Principio de proporcionalidad 507
D.3. Garantía de ejecución de la restricción 509
2. medidas previstas en la legislación procesal 510
A. Enumeración 510
B. Ubicación sistemática 511
3. El allanamiento 513
4. El control de comunicaciones 517
A. Aspectos generales 517
B. De las comunicaciones telefónicas, radiales, electrónicas y similares 519
C. De las comunicaciones postales 520
5. Registro e incautación de documentos privados 521
6. La inspección corporal 524
7. La intervención corporal 526
8. El levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria 528
A. Del levantamiento del secreto bancario 528
B. Del levantamiento de la reserva tributaria 531
9. El secuestro o incautación y la exhibición forzosa de cosas 532
VII. CLAUSURA DE LA INSTRUCCIÓN 536
1. Aspectos generales 536
2. El procedimiento de conclusión sumarial en el código de 1940 537
A. Ámbito específico 537
B. La reforma del art. 202° CPP 539
3. El procedimiento de conclusión sumarial en el Código de 1991 541

CAPÍTULO XXI
LA ETAPA INTERMEDIA

I. CONCEPTO Y FUNCIONES 543
1. Concepto 543
2. Funciones 544
A. Funciones principales 544
B. Funciones accidentales 545
II. PROCEDIMIENTO 546
III. EL AUTO DE SOBRESEIMIENTO 550
1. Concepto y notas esenciales 550
2. Clases 552
3. Presupuestos 553
A. Presupuestos de derecho material 553
B. Presupuestos de derecho procesal 554
4. Recursos 554
5. Sobreseimientos especiales 555
IV. LA ACUSACIÓN FISCAL 556
1. Fundamento, concepto y elementos 556
2. Requisitos formales 559
3. Clasificación 561
V. EL AUTO DE ENJUICIAMIENTO 562
VI. INTERPOSICIÓN DE MEDIOS DE DEFENSA Y ACTOS DE PRUEBA 565
1. Aspectos generales 565
2. El Código de 1940 566
3. El Código de 1991 567
4. El Proyecto de Código de 1995 569

CAPÍTULO XXII
LA ETAPA DE ENJUICIAMIENTO

I. CONCEPTO Y SIGNIFICADO 571
II. PERÍODOS DEL JUICIO ORAL 573

III. MODOS DE REALIZACIÓN DEL JUICIO ORAL 574
1. Régimen de la publicidad 575
2. Régimen de la oralidad 578
A. Aspectos generales 578
B. Excepciones a la oralidad 578
C. La inmediación 580
D. La identidad física del juzgador 582
3. Régimen de la continuidad 583
A. Concentración 583
B. Suspensión e interrupción 584
C. Motivos de suspensión 585
C.1. Motivos subjetivos de suspensión 586
C.2. Motivos objetivos de suspensión 587
C.3. Suspensión por razón del trámite 588
4. Régimen del contradictorio 591
IV. PODERES Y DEBERES DE LOS SUJETOS PROCESALES 593
1. Del órgano jurisdiccional 593
A. Atribuciones resolutivas del Juez o de la Sala 593
B. Atribuciones probatorias del Juez o de la Sala 594
C. Atribuciones de gobierno y decisión 595
D. Atribuciones del Presidente de la Sala 596
2. De las partes 598
A. Aspectos iniciales 598
B. El acusado 599
C. El Ministerio Público 600
V. PROCEDIMIENTO DEL JUICIO ORAL 601
1. Aspectos generales 601
A. El orden del debate 601
B. El acta del debate 602
2. El período inicial 604
A. La apertura de la audiencia 604
B. Ofrecimiento y admisión de las pruebas del acto oral 606
C. El acto imputativo y la conformidad 607
C.1. El acto imputativo 607

C.2. La conformidad 607
3. El período probatorio 611
A. Aspectos generales 611
B. Los medios de prueba 613
B.1. Aspectos problemáticos 613
B.2. Declaración del acusado 616
B.3. La prueba testifical 618
B.4. La prueba pericial 622
B.5 La prueba documental 626
4. El período decisorio 628
A. La discusión final 629
A.1. La exposición del Fiscal 630
A.2. La exposición de la parte civil 635
A.3. La exposición del abogado del tercero civil 636
A.4. La exposición del abogado defensor del acusado 636
A.5. La autodefensa: el derecho de última palabra del acusado 637
B. La deliberación y sentencia 638
B.1. La deliberación 638
B.2. El pronunciamiento y documentación de la sentencia 642

CAPÍTULO XXIII
LA SENTENCIA PENAL

I. CONCEPTO 645
II. FORMACIÓN 646
III. ESTRUCTURA EXTERNA 649
1. Encabezamiento 649
2. Parte expositiva o antecedentes 649
3. Parte considerativa o motivación 650
A. Fundamentos de hecho 650
B. Fundamentos de derecho 651
4. PARTE DISPOSITIVA O FALLO 652
IV. GENÉSIS LÓGICA 653

1. El juicio histórico 654
2. El juicio jurídico 655

V. EXHAUSTIVIDAD 658

VI. EFECTOS DE LA SENTENCIA 663
1. Aspectos generales 663
2. Eficacia negativa de la cosa juzgada penal 665
3. Eficacia positiva de la cosa juzgada penal 665
4. Límites de la cosa juzgada 666

VII. PERSPECTIVAS ACTUALES DE LA CORRELACION ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA 667
1. Introducción 667
2. La determinación alternativa en la jurisprudencia nacional 669
A. Criterio del Supremo Tribunal 669
B. Análisis crítico 671
C. Posición del Tribunal Constitucional 673
D. Evaluación general 674
E. Congruencia y determinación de la pena 681
F. Conclusiones provisionales 683

Parte VI
DERECHO PROBATORIO

CAPÍTULO XXIV
TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA

I. CONCEPTO DE PRUEBA 687

II. ACTOS DE APORTACIÓN DE HECHOS 689
1. Aspectos generales 689
2. Actos de investigación y actos de prueba 691
3. Notas esenciales de la actividad probatoria y de la prueba 693
4. Prueba anticipada y prueba preconstituida 694
A. Concepto 694
B. Requisitos 696
B.1) La irrepetibilidad del hecho 696

B.2) La intervención judicial y la posibilidad de contradicción 696
B.3) La lectura de documentos 696
5. El atestado policial 697
A. Aspectos dogmáticos generales 697
B. Legislación nacional 700
III. OBJETO DE LA PRUEBA 703
1. Objeto de la prueba en abstracto 703
2. Objeto de la prueba en concreto 705
3. Libertad del objeto de prueba 705
IV. ELEMENTO, ÓRGANO, FUENTE Y MEDIO DE PRUEBA 706
1. Elemento de prueba 706
A. Objetividad 706
B. Legalidad 706
C. Relevancia 707
D. Pertinencia 707
2. Órgano de prueba 707
3. Fuente y medio de prueba 708
A. Concepto 708
B. Limitación a la utilización de medios 709
C. Comunidad de la prueba 709
V. ACTIVIDAD PROBATORIA 710
1. Concepto 710
2. Carga de la prueba 710
3. Momentos de la actividad probatoria 712
A. Proposición 712
B. Admisión 712
C. Recepción 714
VI. CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA 715
VII. PROTECCIÓN DE ÓRGANOS DE PRUEBA 716
1. Ámbito de aplicación 716
2. Las medidas de protección 717
3. Presupuesto para la aplicación de medidas de protección 718

4. Características de las medidas de protección 719
5. Estructura de apoyo al sistema de protección 722
6. Las medidas de protección en las demás normas sobre colaboración 723

CAPÍTULO XXV
LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO

I. INTRODUCCIÓN 725
II. LA DECLARACIÓN DEL ACUSADO 725
1. Naturaleza jurídica 725
2. Posición del imputado frente al interrogatorio 726
III. LA INSTRUCTIVA O INDAGATORIA 728
1. Aspectos generales 728
2. El acto de la instructiva 729
A. Procedencia 729
B. Asistentes 730
C. Estructura 731
IV. LA CONFESIÓN 733
1. Concepto 733
2. Clases de confesión 734
3. Condiciones de validez 736
A. Libertad y normalidad psíquica del declarante 736
B. Corroboración por otros medios probatorios 737
C. Autoridad competente y legalidad de su actuación 738
4. Efectos jurídicos materiales y procesales 738
A. Aspectos de procedimiento 738
B. Confesión y medición de la pena 739

CAPÍTULO XXVI
LA PRUEBA INDICIARIA

I. CONCEPTO Y FUNDAMENTO 743
II. ESTRUCTURA DE LA PRUEBA INDICIARIA 747

1. Introducción 747
2. El indicio 747
3. La presunción 750
III. Clases de indicios 752
1. Indicios antecedentes 753
2. Indicios concomitantes 753
3. Indicios subsiguientes 754
IV. La motivación de la sentencia 755

Capítulo XXVII
La prueba prohibida

I. Introducción 757
II. Definición 760
1. Concepciones acerca de la prueba prohibida 760
2. Precisiones conceptuales 764
III. Clasificación de la prueba prohibida 766
IV. Fundamento de la prueba prohibida 769
1. El valor preferente de los derechos fundamentales 769
2. Ámbito de la exclusión 770
3. Ubicación constitucional de la inadmisión probatoria 772
V. Extensión de la prueba prohibida 775
1. Planteamiento del problema 775
2. Excepciones al efecto extensivo 777

Capítulo XXVIII
Valoración de la prueba

I. El principio de la verdad procesal 783
II. El principio de la libre valoración 784
1. Concepto 784
2. Alcance de la libre valoración 788
3. Libre valoración y presunción de inocencia 788
III. El principio de solución de la incertidumbre 791

IV. OTRAS REGLAS VALORATIVAS 794
1. Precisiones 794
2. Declaraciones de la víctima 796
3. Declaraciones de coimputados 797
4. Imputaciones de colaboradores o arrepentidos 799

Parte VII
IMPUGNACIÓN Y RECURSOS PENALES

CAPÍTULO XXIX
TEORÍA GENERAL DE LA IMPUGNACIÓN PENAL

I. ASPECTOS GENERALES 805
1. Definición y notas principales 805
2. Exigencias constitucionales en materia de recursos 808
II. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA INSTANCIA PLURAL 809
1. Alcances del art. 139°.6 de la Constitución 809
2. Necesidad del recurso de apelación penal 812
A. La revisión de la declaración de la culpabilidad y de la sanción 813
B. Legitimación de las partes para recurrir 816
C. El objeto procesal del recurso 818
III. PRESUPUESTOS DE LA IMPUGNACIÓN 820
1. Presupuestos subjetivos 820
2. Presupuestos objetivos 822
IV. INTERDICCIÓN DE LA *REFORMATIO IN PEIUS* 825
1. Aspectos generales 825
2. La reforma peyorativa 825
A. La jurisprudencia nacional previa a la ley 825
B. Fundamento de la reforma peyorativa 828
C. Concepto de "reforma peyorativa" 829
D. Contenido de la reforma peyorativa 831
3. Variación del procedimiento recursal 834
4. Cosa juzgada y adecuación de pena 835
V. PROCEDIMIENTO RECURSAL 836

VI. EFECTOS DE LOS RECURSOS 837
1. Introducción 837
2. El efecto devolutivo 839
3. El efecto suspensivo 839
4. El efecto extensivo 840
5. El efecto diferido 842
VII. CLASIFICACIÓN DE LOS RECURSOS 842

CAPÍTULO XXX
EL RECURSO DE REPOSICIÓN

I. CONCEPTO Y NATURALEZA 843
II. RESOLUCIONES RECURRIBLES 844
III. PROCEDIMIENTO 844

CAPÍTULO XXXI
EL RECURSO DE APELACIÓN

I. ASPECTOS GENERALES 847
II. APELACIÓN CONTRA RESOLUCIONES INSTRUCTORAS 849
III. APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS 853
IV. ALGUNOS PRINCIPIOS DE LA APELACIÓN PENAL 855
1. Limitación del conocimiento del juez *ad quem* 855
2. Prohibición de pronunciarse sobre los no apelantes 856
3. Extensión de la competencia en los supuestos de estrecha relación 856
4. Competencia para estudiar los presupuestos de validez del proceso 857
5. Vigencia de la *"reformatio in peius"* 858
6. Posibilidad de apreciar nueva prueba 859
7. El juez *ad quem* puede condenar al absuelto 860
8. Necesidad de nueva audiencia 863

CAPÍTULO XXXII
EL RECURSO DE CASACIÓN

I. LÍMITES CONSTITUCIONALES 867

II. CARACTERÍSTICAS GENERALES 868
III. RESOLUCIONES RECURRIBLES 872
IV. MOTIVOS DE CASACIÓN 872
1. Aspectos generales 872
2. Motivos por quebrantamiento de forma 873
A. Vicios de procedimiento 874
B. Vicios por defectos de la sentencia 875
3. Motivos por infracción de ley 878
A. Error en la tipicidad 878
B. Error por inobservancia de las eximencias de responsabilidad penal 878
C. Error en la apreciación jurídico-sustantiva 880
D. Error facti 881
V. PROCEDIMIENTO RECURSAL 884
1. Interposición del recurso 884
2. Tramitación del recurso 885
3. Sentencia casatoria 886

CAPÍTULO XXXIII
EL RECURSO DE NULIDAD

I. ASPECTOS GENERALES 891
II. CARACTERÍSTICAS DEL RECURSO 892
III. LA EJECUTORIA SUPREMA 896
1. Votos necesarios para que exista resolución 896
2. Nulidad de actuados. Sentencia anulatoria 896
3. Sentencia suprema de mérito 900

CAPÍTULO XXXIV
LA ACCIÓN DE REVISIÓN

I. ASPECTOS GENERALES 903
II. LEGITIMACIÓN Y COMPETENCIA 905
III. EL OBJETO IMPUGNABLE 906

IV. MOTIVOS DE REVISIÓN 908
1. Introducción 908
2. Primer motivo 909
3. Segundo motivo 909
4. Tercer motivo 909
5. Cuarto motivo 910
6. Otros motivos 911
V. EL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN 912
VI. MOTIVO DE REVISIÓN POR DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD 914
1. Aspectos generales 914
2. Procedimiento 916
3. Procedimiento especial 917

CAPÍTULO XXXV
RECURSO DE QUEJA Y RECURSOS FISCALES

I. RECURSO DE QUEJA 923
1. Recurso de queja ordinario 923
2. Recurso de queja excepcional 926
3. Otras modalidades de queja jurisdiccional 930
II. RECURSOS FISCALES 931
III. LA CONSULTA 932

Parte VIII
PROCESO DE PROTECCIÓN PROVISIONAL

CAPÍTULO XXXVI
TEORÍA GENERAL DEL
PROCESO DE PROTECCIÓN PROVISIONAL

I. CONCEPTO 937
II. NATURALEZA JURÍDICA 940
III. LAS MEDIDAS PROVISIONALES 942

1. Concepto 942
2. Características 943
A. La instrumentalidad 943
B. La urgencia 945
C. Proporcionalidad 946
D. La regla "rebus sic stantibus". *La variabilidad* 948
E. La jurisdiccionalidad 950
IV. PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES 951
V. EFECTOS DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES 953
VI. CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES 954
VII. ACTIVIDAD PROCESAL 954

CAPÍTULO XXXVII
LAS MEDIDAS PROVISIONALES PERSONALES

I. ASPECTOS GENERALES 957
II. CONDICIÓN GENERAL DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL .. 960
III. LA DETENCIÓN IMPUTATIVA O PRELIMINAR 964
1. Configuración jurídica 964
2. Detención preliminar policial 967
3. La detención preliminar judicial 971
A. Detención preliminar judicial ordinaria 972
B. Detención preliminar judicial extraordinaria 973
IV. LA PRISIÓN PREVENTIVA 976
1. Concepto y sujetos activos habilitados 976
A. Análisis interno de la prisión preventiva y fundamento constitucional 976
B. Aspectos problemáticos de la CADH 977
2. Naturaleza y funciones de la prisión preventiva 979
3. Principios y motivos de la prisión preventiva 985
4. La prisión preventiva en la legislación nacional 990
A. Presupuestos materiales 990
B. Presupuestos formales 996
5. Modalidades de la prisión preventiva 999

A. La prisión preventiva comunicada 1000
B. La prisión preventiva incomunicada 1000
6. Plazo de la prisión preventiva 1002
A. Aspectos generales 1002
B. Legislación y jurisprudencia nacionales 1004
7. Recursos contra la prisión preventiva 1012
8. Prisión preventiva y parámetros de los cuatro años 1013
V. LA COMPARECENCIA 1014
1. Aspectos generales 1014
2. La comparecencia simple 1016
3. Comparecencia restrictiva 1018
A. La comparecencia restrictiva obligatoria 1018
B. La comparecencia restrictiva facultativa 1019
VI. EL IMPEDIMENTO DE SALIDA O ARRAIGO 1023
VII. LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO PROVISIONAL DEL ANORMAL PSÍQUICO 1024
VIII. MEDIDAS DE PROHIBICIÓN DE RESIDENCIA, DE APROXIMACIÓN Y DE COMUNICACIÓN 1026
1. La legislación de protección frente a la violencia familiar 1026
2. Carácter y naturaleza de las medidas 1027
3. Presupuestos 1028
4. Características y procedimiento 1029
IX. LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE DERECHOS 1030

CAPÍTULO XXXVIII
LAS MEDIDAS PROVISIONALES REALES

I. ASPECTOS GENERALES 1033
II. FINALIDADES Y PRESUPUESTOS 1034
1. Finalidadades 1034
2. Presupuestos 1035
III. EL EMBARGO 1037
1. Concepto 1037
2. Procedimiento 1040

3. La Ley N° 27652 y el nuevo trámite del embargo 1044
IV. El secuestro o incautación de bienes 1047
1. El decomiso 1047
2. La incautación o secuestro de bienes 1050
3. Incautaciones especiales 1054
V. Anotación preventiva del procesamiento penal 1055
VI. Orden de inhibición de bienes inscribibles 1058
VII. Destrucción de cultivos 1058
VIII. La inmovilización, la ministración provisional de la posesión y la suspensión de la actividad contaminante 1059
1. La inmovilización de bienes muebles 1059
2. La recuperación provisional del bien usurpado o ministración provisional de la posesión 1061
3. La suspensión de la actividad contaminante 1063
IX. La pensión provisional y el inventario de bienes 1065

Capítulo XXXIX
LA EXCARCELACIÓN

I. Introducción 1067
1. Definición 1067
2. Notas características 1068
3. Modalidades de excarcelación 1070
II. La libertad provisional 1071
1. Concepto 1071
2. Presupuestos 1072
A. Introducción 1072
B. Variación de la penalidad del hecho 1073
C. Variación del peligro de fuga o de entorpecimiento 1074
3. Obligaciones accesorias 1075
A. La caución 1076
B. Las reglas de conducta 1078
4. Procedimiento 1079

A. Oportunidad 1079
B. Competencia 1079
C. Trámite 1079
D. Recursos 1080
III. La libertad vigilada 1081
IV. La libertad por exceso del plazo de prisión preventiva 1082
V. La libertad incondicional 1083
VI. Los delitos inexcarcelables 1087

Parte IX
LOS PROCEDIMIENTOS PENALES

Capítulo XL
PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS

I. Consideraciones generales 1091
II. El procedimiento común-ordinario 1093
1. Ámbito de aplicación 1093
2. Características generales 1096
3. El Código de 1991 1096
III. El procedimiento sumario o abreviado 1097
1. Ámbito de aplicación 1097
2. Características generales 1099
A. Bases y fuentes normativas 1099
B. La instrucción sumaria 1100
C. La etapa intermedia 1101
D. La sentencia 1102
E. La etapa de impugnación 1106
3. El Código de 1991 1108
IV. El procedimiento por faltas 1109
1. Ámbito de aplicación 1109
2. Notas características 1110
A. Aspectos generales 1110

B. Iniciación 1112
C. Audiencia 1113
D. Otras diligencias de instrucción 1115
E. El procedimiento recursal 1116

CAPÍTULO XLI
LAS ESPECIALIDADES PROCEDIMENTALES

I. ASPECTOS GENERALES 1117
II. EL PROCEDIMIENTO CONTRA ALTOS DIGNATARIOS 1118
1. Introducción 1118
2. El antejuicio o acusación constitucional 1119
3. Competencia y procedimiento 1121
4. Otros aspectos de la inmunidad en la Constitución 1122
5. El Código de 1991 1124
III. EL PROCEDIMIENTO CONTRA MAGISTRADOS 1124
1. La promoción de la acción penal 1124
2. Competencia y procedimiento 1127
3. El Código de 1991 1128
IV. EL PROCEDIMIENTO POR DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS .. 1128
1. Aspectos generales 1128
2. La investigación preliminar del delito 1130
3. Las medidas limitativas de derechos en la investigación preliminar 1134
4. La legislación sobre lavado de activos: reglas de investigación y de presunción 1138
A. El levantamiento del secreto o de la reserva bancaria, tributaria o bursátil 1139
B. Presunción y origen ilícito de los activos, constitutivos del objeto material del delito 1140
C. La ley de creación de la Unidad de Inteligencia Financiera 1141
5. Técnicas especiales de investigación 1142
A. La "remesa controlada" 1142
B. El agente encubierto 1143

C. El agente provocador y técnica policial de provocación para la obtención de pruebas de delitos ya cometidos 1146
6. Intervención y control de comunicaciones 1148
7. Procedimiento para los delitos de tráfico ilícito de drogas 1151
8. Fármaco dependencia: Tratamiento específico 1152
V. EL PROCEDIMIENTO POR DELITOS FISCALES 1154
1. Aspectos generales 1154
2. Disposiciones comunes 1155
A. Jurisdicción, competencia y trámite general 1155
B. Persecución penal y sanción administrativa 1156
C. Facultad para denunciar delitos 1159
D. Recompensas para el denunciante 1160
E. Características singulares del procedimiento penal tributario 1161
3. El procedimiento penal tributario 1162
A. La acción penal 1162
B. La medida provisional personal de comparecencia 1165
4. El procedimiento penal aduanero 1167
A. La investigación del delito aduanero 1167
B. El secuestro o incautación 1169
C. La pericia institucional aduanera 1173
D. Otras especialidades procedimentales 1174
5. Las modificaciones procesales de la Ley N° 27038 1175
A. Introducción 1175
B. La exención de responsabilidad penal 1176
C. La notificación al órgano administrador del tributo 1178
D. La participación del colaborador 1179
VI. EL PROCEDIMIENTO POR DELITO DE TERRORISMO 1179
1. Aspectos generales 1179
2. La fase preprocesal de investigación del delito de terrorismo 1183
3. El procedimiento penal. Especialidades 1187
A. Regla general 1187
B. Competencia penal 1188
C. Especialidades procedimentales en la etapa de instrucción 1190

D. Especialidades procedimentales en etapa de enjuiciamiento 1193
E. La consulta obligatoria 1197
F. La participación procesal del Procurador Público 1198
VII. EL PROCEDIMIENTO CONTRA REOS AUSENTES 1200
1. Aspectos generales 1200
2. Reglas especiales para el ausente y el contumaz 1202

CAPÍTULO XLII
LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

I. INTRODUCCIÓN 1207
II. EL PROCEDIMIENTO POR DELITO PRIVADO 1208
1. Aspectos generales 1208
2. El procedimiento previsto en el Código de 1940 1209
A. Estructura del procedimiento 1209
B. Incoación del procedimiento 1209
C. El comparendo 1211
D. Sentencia e impugnación 1213
E. La garantía de publicidad 1214
3. El procedimiento de sumaria investigación 1215
A. Ámbito y procedimiento 1215
B. El procedimiento del delito de provocación pública al delito 1216
C. Publicidad del procedimiento de sumaria investigación 1217
4. El Código de 1991 1217
III. EL PROCEDIMIENTO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA 1218
1. Aspectos generales 1218
A. Regulación legal y naturaleza jurídica 1218
B. Finalidad 1219
C. Algunos problemas constitucionales 1220
2. Ámbito de aplicación 1221
A. Competencia 1221
B. Oportunidad 1222
C. Legitimación 1222
3. Procedimiento 1223

A. Audiencia especial y privada 1223
B. Control jurisdiccional del acuerdo 1224
B.1. Control de adecuación típica 1224
B.2. Control de la pena y de la reparación civil 1224
B.3. Control del fundamento probatorio de la imputación 1225
C. La decisión judicial 1226
D. Beneficios especiales 1227
D.1. Ley N° 26320 1227
D.2. Ley N° 28008 1228
E. Aspectos específicos de la Ley N° 28008 1228
4. Problemas de aplicación 1229
A. Rechazo in limine *de la solicitud de terminación anticipada* 1229
B. Exclusión del fiscal y del juez 1230
C. Procedimiento principal y terminación anticipada 1230
D. Procedimientos complejos 1230
IV. EL PROCEDIMIENTO POR COLABORACIÓN EFICAZ 1231
1. Aspectos generales 1231
2. Principios comunes del procedimiento por colaboración eficaz 1235
A. Eficacia 1235
B. Proporcionalidad 1236
C. Condicionalidad 1236
D. Formalidad 1236
E. Oportunidad 1237
3. El Decreto Legislativo N° 815 1237
4. El Decreto Legislativo N° 824 1239
A. Aspectos generales 1239
B. Derecho penal material 1239
C. Lineamientos procesales 1241
5. El procedimiento transaccional de justicia penal negociada 1242
A. Aspectos generales 1242
B. Ámbito y alcance material de las normas sobre colaboración eficaz 1246
C. El procedimiento especial por colaboración eficaz 1248
C.1. Intervención del Fiscal de la Nación 1248
C.2. Fases del procedimiento por colaboración eficaz 1249

C.3. La fase de iniciación 1250
C.4. La fase de corroboración fiscal 1252
C.5. La fase de control y decisión jurisdiccional 1257

CAPÍTULO XLIII
LOS PROCEDIMIENTOS AUXILIARES

I. EL PROCEDIMIENTO DE HOMONIMIA 1263
1. Introducción 1263
2. Características del procedimiento de homonimia 1265
A. Aspectos previos 1265
B. Competencia objetiva 1266
C. El procedimiento de homonimia 1267
D. La decisión judicial 1267
II. EL PROCEDIMIENTO DE AUDIENCIAS PÚBLICAS EXTRAORDINARIAS .. 1269
1. Aspectos generales 1269
2. El procedimiento de audiencias públicas extraordinarias 1269
III. EL PROCEDIMIENTO DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL ... 1272
1. Introducción 1272
A. Aspectos generales 1272
B. La cooperación judicial internacional 1273
2. La extradición 1275
A. Concepto y fundamento 1275
B. Normas de derecho interno en materia de extradición 1277
B.1. La Ley de extradición de 23 de octubre de 1888 1277
B.2. La Constitución de 1993 1278
B.3. La Ley N° 24710 y el Decreto Supremo N° 044-93-JUS 1279
B.3.1. Notas explicativas de la extradición 1279
B.3.2. La extradición pasiva 1283
B.3.3. La extradición activa 1287
C. Tratados multilaterales en materia de extradición 1289
D. Tratados bilaterales en materia de extradición 1292
3. Las demás modalidades de cooperación judicial internacional 1296
A. Los tratados de cooperación judicial 1296
B. La transferencia de personas condenadas 1298

C. La asistencia judicial internacional 1302
D. La transmisión de procedimientos en materia penal 1306
E. La entrega vigilada 1307
4. La cooperación judicial internacional y la Corte Penal Internacional 1309
A. La creación de la Corte Penal Internacional 1309
B. La jurisdicción y competencia de la Corte Penal Internacional 1311
C. La cooperación internacional y la asistencia judicial 1313
D. La entrega de personas 1315
E. La asistencia judicial 1317

CAPÍTULO XLIV
LOS PROCEDIMIENTOS INCIDENTALES

I. INCIDENTES PROCESALES 1319
1. Concepto 1319
2. Notas Características 1320
3. Clasificación 1321
II. PROCEDIMIENTO INCIDENTAL 1322
1. Aspectos generales 1322
2. Incidentes en la etapa de instrucción 1324
3. Incidentes en la etapa de enjuiciamiento 1325
4. Incidentes en la etapa intermedia 1327
III. CUESTIONES INCIDENTALES ESPECIALES 1328
1. Cuestiones de competencia 1328
2. Cuestiones previas, prejudiciales y excepciones 1329
3. Incidentes de tachas 1329

Parte X
LA EJECUCIÓN PROCESAL PENAL

CAPÍTULO XLV
LA EJECUCIÓN PROCESAL PENAL

I. CONCEPTO 1335
II. NATURALEZA JURÍDICA 1336

III. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN PENAL 1338
IV. FUENTES 1339
V. RÉGIMEN JURÍDICO 1340
1. Título de Ejecución 1340
2. Órganos de la ejecución 1341
3. Partes en la ejecución 1342
4. Incidentes de ejecución 1343
A. Revocación de las penas alternativas a la privación de libertad 1344
B. Concesión y revocación de beneficios penitenciarios 1345
C. Revisión del título ejecutivo por conexión de delitos 1349
D. Cesación de la internación y extinción o reducción de la pena 1350
E. Ejecución de las consecuencias económicas del delito 1352
E.1. De la reparación civil 1352
E.2. De las consecuencias accesorias 1353
E.3. Del pago de la multa 1353
F. Otros incidentes de ejecución 1355
VI. EJECUCIÓN DE LAS PENAS 1356
1. Pena privativa de libertad 1357
2. Penas restrictivas de libertad 1357
3. Penas limitativas de derechos 1358
4. Condena condicional y reserva del fallo condenatorio 1361
5. Quebrantamiento de las penas sustituidas y convertidas 1362
VII. CONCLUSIÓN DE LA EJECUCIÓN 1363
1. Causa normal 1363
2. Causas anormales 1363
A. Muerte del condenado 1364
B. Exención de pena 1364
C. Derecho de gracia 1365
D. Perdón del ofendido 1366
E. Prescripción de la pena 1366
F. Anulación del título de ejecución 1367
BIBLIOGRAFÍA 1369

PRESENTACIÓN

Esta nueva nueva reedición, a pesar del contexto en el cual se viene insertando un nuevo modelo procesal al sistema de justicia penal peruano, todavía es de vital importacia por cuanto se trata de un trabajo científico que no ha perdido vigencia y que busca afirmar y consolidar conceptos jurídicos procesales propios del Código de Procedimientos Penales de 1940. Su actualidad aún está vinculada indefectiblemente con la actividad práctica pendiente de nuestro sistema de justicia penal, ya que gran parte de la labor jurisdiccional aún es ventilada bajo los alcances del código ya indicado y algunos artículos vigentes del Código Procesal Penal de 1991.

El estudio de las instituciones jurídicas desarrolladas en la presente edición no solo busca establecer marcos teóricos, sino adquiere plena vigencia práctica, buscando fundamentalmente ser una guía en la formación y actualización de los operadores del Derecho. El aporte a la comunidad jurídica de un material teórico como este, responde a un compromiso y a la labor de docencia que por años sigo ejerciendo, con un objetivo claro, que no es otro que aportar, tanto al debate y su solución, de argumentos, que parten fundamentalmente desde los principios y directrices de un Estado de Derecho.

Podrán advertir –como en las anteriores ediciones– un análisis acucioso de cada tópico desarrollado. El texto respeta un desarrollo estructural casi universal en el desarrollo del derecho procesal penal, con sus matices propios que responde a la idea de un manejo práctico de cada tema; pero, creo que lo más importante siempre empieza por tener claro cuáles son las garantías que estructuran y soportan el sistema penal. La norma, como ya es sabido, no regula toda posiblidad de supuesto de hecho, es así que casi siempre se estará ante vacíos, conflictos e interpretaciones de la ley frente a un caso, cuyo abordamiento y solución es una exigencia ineludible para el operador de justicia, al cual aportaremos siempre desde un valor fundamental: hacer justicia.

Lima, enero 2014

El autor

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

I

§ 1. *Han pasado más de cuatro años desde que salió la primera edición de esta obra. Desde entonces la legislación nacional –muy abundante por cierto–, siguiendo los mismos derroteros* neo inquisitivos *que en su día determinaron la promulgación del propio CPP de 1940, ha venido deslizándose, segura y consistentemente, en el pantano de la inconsistencia y de la profundización de sus rasgos autoritarios. De hecho lo sucedido tras el fujimorato confirma esta involución, que la reciente restauración democrática no ha podido superar en su aspecto nuclear.*

§ 2. *No obstante ello, y a pesar de esa corriente, enraizada culturalmente, a partir de la reincorporación de los magistrados del Tribunal Constitucional ordenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya en las postrimerías del nefasto régimen anterior, se ha notado con visible claridad un nuevo enfoque del proceso penal, de Derecho constitucional procesal, que a partir de una flexible interpretación de la noción de "proceso irregular" y de una renovada consideración de las posibilidades del hábeas corpus nacional, mucho más elástica que la del amparo, ha permitido replantear múltiples instituciones del proceso penal, tales como la vigencia de la ley procesal penal en el tiempo, la imparcialidad judicial, los principios y garantías que rigen la prisión preventiva, el plazo de duración de la misma, la recusación y su trámite, la contumacia y sus requisitos, la dimensión del juez legal, el derecho a la prueba, el valor del atestado, el rol directivo del Ministerio Público respecto de la Policía, etc.*

§ 3. *Paralelamente, ante las serias disfunciones de la legislación procesal penal, se ha vuelto a poner en la agenda nacional la necesidad de la reforma de la justicia penal en general y del proceso penal en particular. No extraña pues que esté en plenas labores una Comisión de reforma e implementación del Código Procesal Penal, así como otra dedicada al Código Penal. También, desde el propio Poder Judicial, se viene gestando un intento serio de reforma institucional del orden jurisdiccional penal, como parte de un esfuerzo colectivo, del Estado*

y la sociedad civil –aún insuficiente–, de acercar la justicia a la comunidad y de responder al reto de una impartición de justicia que asuma como valores integrados, cada uno en su ámbito pero mutuamente interrelacionados, los de garantía *–reflejados en la vigencia plena de los derechos fundamentales, que nunca pueden descuidarse– y* eficacia *–que reclama una sociedad atenta a los serios perjuicios que ocasiona la criminalidad y, básicamente, la impunidad–.*

§ 4. *Pero no solo se han producido cambios legislativos parciales, sin mayor trascendencia innovadora muchos de ellos, y decisiones jurisprudenciales positivas desde el Tribunal Constitucional –no tanto, lamentablemente, desde la Sala Penal de la Corte Suprema–. También han evolucionado mis ideas –no sé, obviamente, si para mejor o peor– en torno del proceso penal en concretas instituciones procesales, y he puesto relativamente al día mi información sobre la materia. Esto último, unido a la evolución jurisprudencial del proceso penal, me determinó a reelaborar el manual que en el año 1999 presenté a la comunidad jurídica y, en especial, a mis alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y, durante un corto lapso de tiempo, de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.*

II

§ 5. *Mucho tiene que ver en este esfuerzo de reenfocar varias instituciones procesales la firme voluntad de continuar y, en la medida de lo posible, perfeccionar mi formación procesal penal, a partir de constantes lecturas y de mi acercamiento a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que por su nivel y por la base común existente entre la Convención Europea de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos, está llamada a influir consistentemente en nuestra legislación y jurisprudencia, como ya lo ha hecho en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que también aprecio en toda su dimensión.*

§ 6. *Creo, sin posibilidad de equivocarme, que mis cuatro estancias académicas en la Universidad de Alicante, mis constantes conversaciones y debates con procesalistas españoles de altísimo nivel, entre los que no puedo dejar de mencionar a Vicente Gimeno Sendra, José María Asencio Mellado y Olga Fuentes Soriano, así como las numerosas oportunidades en que he tenido encuentros con procesalistas latinoamericanos, me han permitido contrastar puntos de vista, intercambiar y recibir información y, esencialmente, reflexionar con rigor y seriedad –al menos eso espero– acerca de los alcances y nuevas perspectivas del Derecho procesal penal. Claro, lo que expongo a continuación es producto de mis particulares concepciones y en nada comprometen, en lo puntualmente erróneo o defectuoso, a todos ellos y a su pensamiento procesal, que tanto valoro.*

§ 7. *Considero de particular importancia resaltar algunos cambios de perspectiva dogmática que se reflejan en esta edición. Tal vez cuatro son los más importantes:*

(1) La noción de juez legal, *en reemplazo de* juez natural *utilizada anteriormente, dado que esta última incluye la nota característica asociada, en el ámbito del derecho euro-continental, a la territorialidad del juez en función del lugar de comisión del delito.*

(2) El exacto alcance de la vigencia en el tiempo de la ley procesal penal. A partir de esta concepción, afirmo con mayor énfasis la necesaria separación, sin descuido de sus estrechas relaciones, entre Derecho procesal y Derecho material. No dejo de reconocer, sin embargo, que el enfoque científico de las relaciones entre Derecho penal y Derecho procesal penal está en constante evolución y que, no obstante ello, no me afilio a cierta tendencia dogmática que postula una noción más sustancialista del Derecho procesal penal y que empieza a estar en boga en América Latina.

(3) La configuración de las medidas provisionales. De hecho, la propia denominación que utilizo, en vez de la muy extendida de "medidas cautelares", importa asumir una concepción jurídica minoritaria entre los procesalistas. Estimo que medidas como la prisión preventiva, la internación preventiva de anormales síquicos o la suspensión provisional de derechos, no sólo pueden tener –algunas de ellas– una exclusiva función cautelar, que en el orden procesal penal se tiende a extenderla en demasía, desnaturalizando su esencia, sino también aseguratoria de la prueba y tuitiva.

(4) En el ámbito de la prisión preventiva, postulo que en su configuración constitucional no está en juego la presunción de inocencia –tal como con tanto énfasis ha insistido nuestro Tribunal Constitucional–, sino el principio de intervención indiciaria, que muchísimos engloban dentro del principio de proporcionalidad.

§ 8. *En esta edición, presento nuevas instituciones e incorporo otros aspectos dentro de una misma institución procesal. Destaco, en primer lugar, el análisis del controversial proceso por colaboración eficaz; en segundo lugar, el estudio de la Cooperación Judicial Internacional; en tercer lugar, el nuevo enfoque del proceso por delito de terrorismo, con un estudio previo de las consecuencias de la nulidad de procesos por el Tribunal Constitucional al haberse vulnerado garantías genéricas y específicas del proceso penal; y, en cuarto lugar, el novedoso acercamiento jurídico a la investigación preliminar, como consecuencia de los dos fallos del Tribunal Constitucional sobre la materia –es decir, la legislación de seguridad nacional y la de terrorismo–.*

Por otra parte, analizo concisamente las consecuencias procesales que sugiere la aplicación de medidas contra las personas jurídicas y, entre otros puntos,

el nuevo rol que está llamada a desempeñar la víctima en el proceso penal. También insisto en la necesidad del recurso de apelación contra las sentencias y en la consecuente exigencia de asumir en este ámbito la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De igual manera, trato resumidamente la nueva dimensión que tiene el ne bis in idem *procesal y la denominada "prejudicialidad administrativa".*

§ 9. *En fin, muchos pueden ser los cambios y bastantes las nuevas perspectivas que asumo, pero lo que sí constituye una continuidad es mi pensamiento crítico, que asegura nuevos puntos de vista en el futuro, aunque algunos pensarán –persuadidos erróneamente creo yo– que esta línea vital se ha diluido o que se ha matizado en exceso. También reitero la importancia que la jurisprudencia asume en todo análisis dogmático, lo que me ha llevado a reforzar las anotaciones jurisprudenciales, no sólo con citas –y críticas– a la novísima jurisprudencia constitucional, sino también a la jurisprudencia suprema y superior, y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Considero que el esfuerzo por reflejar la jurisprudencia en un trabajo dogmático es a todas luces positivo, aunque asumo que en mi caso todavía haría falta una mayor reflexión sobre ella, defecto que espero subsanar progresivamente.*

III

§ 10. *Nuevamente, como en mis otras dos obras anteriores, debo expresar mi profunda gratitud al Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Alicante –a José María Asencio Mellado y a Olga Fuentes Soriano– por el apoyo brindado y, desde luego, al Gobierno español por las becas que me ha concedido. A la Pontificia Universidad Católica del Perú le debo la renovada confianza de considerarme parte de su plana docente y de alentarme en la investigación jurídica.*

De igual manera agradezco muy especialmente a mis socios y a todos los abogados, asistentes y practicantes que integran el Estudio Benites, De las Casas, Forno & Ugaz, del que me enorgullezco pertenecer. Las facilidades que el Estudio me ha otorgado y su comprensión por el tiempo dedicado a mi labor académica, ha sido de estimable ayuda en la concreción de esta nueva aventura académica.

Al señor Esteban Alvarado, de Editora Jurídica Grijley, le debo la amable invitación de emprender el esfuerzo para afrontar el reto de una segunda edición. A mi asistente Pilar Olavide Galdós, le doy las gracias por su importante colaboración en la corrección y revisión de la misma, así como a Carlos Atocsa García, de Grijley, por su meticulosidad en la ordenación del libro.

Finalmente, para cerrar este prólogo, pero siempre en primer lugar, expreso mi eterno amor y reconocimiento a mi familia. A mi esposa María del Rosario y a mis hijos César y Diego, nuevamente, les debo su tolerancia por las horas dedicadas para concretar esta nueva edición, y muy en especial el apoyo vital sin el cual no sería posible un esfuerzo intelectual como el presente y una dedicación, sin ningún ánimo subalterno, a la docencia e investigación universitaria.

Lima, setiembre de 2003

PRESENTACIÓN
A LA PRIMERA EDICIÓN

Sin duda alguna, me resulta muy difícil explicar porqué me decidí a elaborar un trabajo general de Derecho procesal penal. En el Perú existen manuales muy meritorios al respecto, trabajos de más largo aliento y monografías que, evidentemente, opacarían todo intento de volver a escribir sobre los mismos temas. No puedo dejar de mencionar los importantes aportes de Domingo García Rada y de Luis del Valle Randich, como figuras señeras del Derecho procesal penal peruano, así como el intento mayor de Florencio Mixán Mass de construir con seriedad y rigor científico una disciplina jurídica de singular importancia tomando en consideración nuestras propias particularidades nacionales.

No obstante ello, considero que a partir de mis reflexiones académicas, de mis experiencias sucesivas de magistrado del Poder Judicial y de abogado litigante, de mi labor docente de muchos años en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de mi intervención en varias comisiones de reforma procesal, tenía y tengo algo que decir sobre la base del avance impresionante que ha registrado el Derecho constitucional y la justicia penal en las últimas décadas, respecto de los cuales los trabajos anteriores no habían podido referirse en profundidad.

Es de tener presente que los movimientos de reforma procesal penal en estos últimos años han tenido una fuerte presencia en nuestras sociedades latinoamericanas. Se han consolidado los cambios procesales en Alemania, Italia y Portugal, países de nuestro ámbito de cultura; la jurisprudencia constitucional de la España democrática –y, en su momento, para sus respectivos países, la alemana y la italiana– alteró positivamente el rostro del proceso penal de la madre patria; el Proyecto Maier significó, más allá de que no fuera asumido en la Argentina, un trascendental aporte continental a la reforma procesal; los movimientos de reforma en Centroamérica y en el resto de América del Sur demostraron que la necesidad de un cambio procesal comprendía a nuestros países; y, ¡porqué no decirlo!; el fracaso del movimiento de reforma procesal

penal peruano evidenció que existen varios obstáculos, de diversa procedencia e intensidad, que impiden el cambio de las estructuras procesales penales. El conjunto de estas circunstancias, variadas y contradictorias, me forzaron a trabajar con mucha exigencia el fenómeno del proceso penal.

El resultado de todo este conglomerado de situaciones y demandas imperiosas es, finalmente, el presente libro. En él procuro "actualizar" los conocimientos acerca del Derecho procesal penal y desarrollar con el mayor rigor que me es posible las instituciones más importantes de esta disciplina jurídica. Se trata, ¡téngalo presente!, de un trabajo que no puedo calificar de definitivo y cerrado. Si bien se estudian de un lado la legislación vigente, con las innumerables modificaciones que se han dictado desde la entrada en vigor del Código de Procedimientos Penales en el año 1940 y, de otro lado, de la mano con la nueva Constitución de 1993, el Código Procesal de 1991 y el Proyecto de 1995, lo que de por sí agrega cierta complejidad y perplejidad, inevitable por lo demás a la luz de nuestra impresionante y decepcionante realidad normativa, lo cierto es que un texto de las características que pretendo imprimir, a semejanza de las obras españolas más recientes, jamás podrá tener un punto de llegada definitivo. En tanto curso universitario, debe corregirse, completarse y renovarse sucesivamente, todas las veces que sea posible.

El presente libro consta de 10 partes y de un total de 44 capítulos. Se abordan las cuestiones generales del Derecho procesal penal, la jurisdicción y competencia penal, las partes procesales, la acción y el objeto procesal penal, la estructura del proceso penal, el derecho probatorio penal, la impugnación y los recursos penales, el proceso penal cautelar, los procedimientos penales y la ejecución procesal penal. A no dudarlo, como se advierte de esta simple relación de temas, existen instituciones que van a ser incluidas en otras ediciones siempre, claro está, que goce del favor del mundo forense. Los procedimientos auxiliares (cooperación judicial internacional, entre ellos), los actos procesales y las nulidades, definitivamente, son materias pendientes que debo abordar al más breve plazo. Igualmente es del caso estudiar el proceso penal militar y el proceso penal de adolescentes.

Mucho de lo que se dice en este libro, y se dice bastante, es opinable. Sostengo puntos de vista singulares en varias materias y, en múltiples ocasiones, discrepo de lo decidido por la jurisprudencia suprema, que me he esforzado en incorporar masivamente a lo largo de sus páginas. Asimismo disiento, en muchos casos, de lo que comúnmente se piensa en los ambientes jurídicos nacionales. La explicación es la siguiente: mi punto de partida comienza con una ruptura radical con el modelo inquisitivo que nos agobia y con toda la cultura que lo envuelve y, sobre la base de los principios propios del sistema acusatorio, compatible con

un Estado Social y Democrático de Derecho, intento iniciar un nuevo discurso de las instituciones procesales de nuestro ordenamiento jurídico interno.

Estoy seguro que este esfuerzo, frente a la variedad de instituciones tratadas, es todavía débil y que mis propuestas aún no están perfiladas del todo, pero me sentiré satisfecho si algo de lo escrito genera una discusión jurídica y si, al final de cuentas, contribuye a fortalecer la crítica al sistema procesal vigente, tan alejado del ideal político del Estado Democrático.

No puedo dejar de mencionar a quienes de una u otra forma han hecho posible que tras dos años de esfuerzos y sacrificios salga a la luz este libro. Es de destacar vivamente a la Universidad de Castilla - La Mancha en España, pues gracias a su apoyo merced a un Convenio de Cooperación celebrado con mi Universidad gocé de dos estancias académicas durante los años 1997 y 1998. En dicha Casa de Estudios tuve el inestimable auxilio del Decano de la Facultad de Derecho, Nicolás García Rivas, extraordinario penalista y mejor amigo, y de los jefes sucesivos del Departamento de Derecho Procesal, José María Martín de la Leona, cuya afabilidad y comprensión siempre tendré presente, y, con especial cariño, de Javier Vecina Cifuentes, joven profesor de cuyas conversaciones e indicaciones bibliográficas guardo un recuerdo permanente.

Un lugar especial y relevante tienen mis amigos y competentes abogados del Estudio Benites, Mercado & Ugaz, quienes no sólo me ayudaron en este esfuerzo académico, sino que también me brindaron comprensión y apoyo para dedicarlo a la investigación jurídica, coronada ahora con el presente libro. Sin su decidido impulso no hubiera podido cumplir este objetivo.

También debo nombrar a mis alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, a quienes siempre tuve presente en cada página y cuya presencia constituyó el factor más fuerte para culminar el libro. Además considero a todos aquellos – ¡y son muchos!– que ejercieron la magistratura cuando me tocó desempeñarla y los que ahora, con firmeza y sacrificio, y en condiciones muy difíciles, la ejercen manteniendo viva la llama de la justicia y del respeto de los derechos fundamentales de la persona. Asimismo, debo expresar mi particular reconocimiento a la Editora Jurídica Grijley por la cuidadosa edición que ha hecho de esta obra, así como a Carlos Atocsa García, quien ha estado a cargo de la revisión final.

Una mención aparte, y sobresaliente al extremo, merece mi familia. Mi esposa María del Rosario y mis hijos César y Diego han "pagado" muy caro mi dedicación académica. Han sido ausencias de meses en el extranjero para obtener el material bibliográfico necesario y perfilar el trabajo, fines de semana interminables que utilicé en la preparación del libro, largas noches y amanecidas

de meditación y reflexión, no pocas discusiones por esta distracción y, finalmente, un esfuerzo común que no es del caso abundar. Por ello, y de todo corazón, es que les dedico el libro; él es sinónimo de sus sacrificios y del encomiable apoyo que recibí de su parte.

Lima, enero de 1999

ABREVIATURAS Y CONVENCIONALISMOS UTILIZADOS

Art. / Arts.	Artículo / Artículos
Art. / Arts.	Artículo / Artículos
BGHSt.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen [Sentencias del Tribunal Supremo alemán]
BverfGE	Tribunal Constitucional Federal alemán
CADH.	Convención Americana sobre Derechos Humanos (Costa Rica, 1977)
C de PP.	Código de Procedimientos Penales (Ley N° 9024 del 16 de enero de 1940)
CEP.	Código de Ejecución Penal (D. Leg. N° 634 del 02 de agosto de 1991)
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
cit.	citado anteriormente
CJM.	Código de Justicia Militar (D. Ley N° 23214 de 24 de julio de 1980)
CMA.	Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales (D. Leg. N° 613 del 08 de setiembre de 1990)
CoIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Comp.	Compilador
CoNA.	Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337 del 07 de agosto de 2000)
Const.	Constitución Política del Perú
CP.	Código Penal (D. Leg. N° 635 del 08 de abril de 1991)
CPC.	Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil (R.M. 010-93-JUS del 23 de abril de 1993)
CPP.	Código de Procedimientos Penales (Ley N° 9024 del 16 de enero de 1940)
CPP 1940 / Código de 1940	Código de Procedimientos Penales (Ley N° 9024 del 16 de enero de 1940)

CPP 1991 / Código de 1991	Código Procesal Penal (D. Leg. N° 638 del 27 de abril de 1991)
CT.	Texto Único Ordenado del Código Tributario (D. S. N° 135-99-EF de 19 de agosto de 1999)
D. L. / D. Ley	Decreto Ley
D. Leg.	Decreto Legislativo
D. S.	Decreto Supremo
Dir.	Director; Dirigido por
DUDH.	Declaración Universal de Derechos Humanos (París, 1948)
Ed. / ed.	Editor / edición
et. al.	*et alii*; y otros
Exp.	Expediente
FJ	Fundamento jurídico
inc. / incs.	inciso / incisos
LDA.	Ley sobre el Derecho de Autor (D. Leg. N° 822 de 24 de abril de 1996)
LGS	Ley General de Sociedades (Ley N° 26887 de 09 de diciembre de 1997)
LOMP.	Ley Orgánica del Ministerio Público (D. Leg. N° 052 de 18 de marzo de 1981)
LOPJ.	Ley Orgánica del Poder Judicial (D. S. N° 017-93-JUS de 02 de junio de 1993)
LOPNP.	Ley Orgánica de la Policía Nacional (Ley N° 27238 de 22 de diciembre de 1999)
LPAG.	Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444 de 11 de abril de 2001)
LPT	Ley Procesal del Trabajo (Ley N° 26636 de 24 de junio de 1996)
num. / nums.	numeral / numerales
OC	Opinión Consultiva
OPP	Ordenanza Procesal Penal alemana
p. / pp.	página / páginas
párr. / párrs.	párrafo / párrafos
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966)
R. A.	Resolución Administrativa
Regl.	Reglamento
s. / ss.	siguiente / siguientes
SCIDH	Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación de Argentina
SSCJN	Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de Argentina
SSTEDH	Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
StPO	Ordenanza Procesal Penal alemana
STSE	Sentencia del Tribunal Supremo de España
T.	Tomo
T.P.	Título Preliminar
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TUO	Texto Único Ordenado
v. / vs.	versus
v. gr.	*verbi gratia*; verbigracia, por ejemplo

Parte I

Cuestiones Generales del Derecho Procesal Penal

Capítulo I
DERECHO PROCESAL PENAL

SUMARIO: I. Derecho Procesal: 1. Definición. 2. Notas características. **II.** Derecho Procesal Penal: 1. Definición. 2. Autonomía. 3. Extensión. **III.** Función del Derecho Procesal Penal: 1. Derecho Penal y Derecho Procesal Penal. 2. Ámbito funcional del Derecho Procesal Penal. 3. Esencia del Derecho Procesal Penal. 4. Metas y medios del Derecho Procesal Penal. **IV.** Fuentes legales del Derecho Procesal Penal: 1. Aspectos generales. 2. La Constitución. 3. Los tratados. 4. Los códigos procesales.

I. DERECHO PROCESAL

1. DEFINICIÓN

Siguiendo a Hugo ALSINA, podemos definir el Derecho Procesal como el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado para la aplicación de las leyes de fondo, y su estudio comprende: la organización del Poder Judicial, la determinación de la competencia de los funcionarios que lo integran, y la actuación del juez y las partes en la sustanciación del proceso[1]. El Derecho Procesal regula la *actividad jurisdiccional del Estado, comprendiendo no solo los requisitos y efectos* del proceso, sino también la conformación y actuación de los órganos jurisdiccionales.

Las normas que integran el Derecho Procesal no son solo las *procedimentales* (normas estrictamente reguladoras del proceso), sino también las *orgánicas* (normas que regulan la creación y actividad dentro de las cuales actuarán los órganos judiciales). El Derecho Procesal, desde esta perspectiva, se divide en dos ramas muy conectadas entre sí: *el derecho de organización judicial* y el *Derecho Procesal propiamente dicho.*

Sobre el particular, y siendo más específico, Faustino CORDÓN apunta que forman parte del Derecho Procesal:

a) Las normas orgánicas reguladoras de la estructura, composición, estatuto y funciones de los órganos encargados de ejercer la función juris-

---

(1) Citado por LEVENE (h), Ricardo: *Manual de Derecho procesal penal*, Depalma, Buenos Aires, 1993, T. I, p. 5.

diccional en abstracto (los órganos jurisdiccionales) y las que distribuyen entre ellos el ejercicio de dicha función en concreto (normas de jurisdicción y de competencia).

b) Las normas relativas al contenido de la función jurisdiccional, en especial las que regulan los presupuestos y efectos de la tutela jurídica que a través de ella se imparte.

c) Las normas que regulan el instrumento que sirve de cauce para el ejercicio de la función jurisdiccional; ante todo, las que disciplinan los requisitos y efectos de los sujetos, objeto y cada uno de los actos que integran el proceso y los diversos cauces procedimentales(2).

2. NOTAS CARACTERÍSTICAS

Son tres las principales notas características del Derecho Procesal: *es un derecho instrumental, público y no convencional.*

A. Derecho instrumental

El Derecho Procesal, a criterio de CORTÉS DOMÍNGUEZ, es un derecho *instrumental*, por cuanto sirve para que se puedan tutelar los derechos que tienen no solo los ciudadanos, sino todos los integrantes de una determinada comunidad social organizada(3). GÓMEZ ORBANEJA acota al respecto que el Derecho Procesal tiene un fin inmanente, cual es la tutela del derecho sustantivo, por lo que se trata de una disciplina autónoma, no subordinada al Derecho material(4).

B. Derecho público

El Derecho Procesal pertenece a la categoría de *derecho público*, porque regula la actividad del Estado para la realización de la justicia a través del ejercicio de la potestad jurisdiccional. Como tal, las normas que regulan la jurisdicción son *irrenunciables* (no es posible sustituir jurídicamente las normas procesales por actos jurídicos voluntarios regidos por el principio de la autonomía de la voluntad). Las partes no pueden reglar el proceso por normas distintas a las establecidas en la ley(5).

---

(2) CORDÓN, Faustino: *Introducción al Derecho procesal*, 2ª ed., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1995, p. 19.

(3) En: MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente: *Introducción al Derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 310.

(4) GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal penal*, 10ª ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987, p. 16.

(5) ESCUSOL BARRA, Eladio: *Manual de Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1993, p. 69.

C. *Derecho no convencional*

El Derecho Procesal tiene una naturaleza imperativa, no es *convencional*, de ahí la vigencia del principio de legalidad procesal y la no aceptación del principio de autonomía de la voluntad. De ello se deducen dos consecuencias: la *primera*, la exclusión del proceso convencional, de modo que el proceso se rige por normas legales a las cuales deben someterse el órgano jurisdiccional y las partes; la *segunda*, el carácter no dispositivo de las reglas que regulan el proceso y su actividad que son de aplicación necesaria(6).

En suma, es de resumir, conjuntamente con VALENCIA MIRÓN(7), que el Derecho Procesal, como sistema de normas jurídicas, es instrumento y garantía de otro Derecho (civil, laboral, penal, comunitario, constitucional y del Internacional de los Derechos Humanos) regulando su aplicación jurisdiccional; y, como ciencia, es el conjunto de conocimientos sobre las normas jurídicas procesales.

II. DERECHO PROCESAL PENAL

1. DEFINICIÓN

GÓMEZ ORBANEJA define el Derecho Procesal Penal como el conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto organizar los Tribunales de lo penal –nosotros diríamos en un sentido más amplio *"a los órganos penales"*, que incluye la función persecutoria del Estado en manos del Ministerio Público y su ayudante principal: la Policía Judicial– y regula la actividad dirigida a la actuación jurisdiccional del Derecho Penal material, fijando las condiciones de admisibilidad del proceso como un todo y los presupuestos, formas y efectos de los actos procesales singulares (8).

Como se advierte de este concepto, el Derecho Procesal Penal se concreta a regular la actividad tutelar del Derecho Penal (justicia penal e impartición de justicia penal). Ello permite tener presente, en primer lugar, que el Derecho Penal por sí solo y aislado no tendría ejecución en la realidad de la vida, requiere una actividad humana supletoria, del proceso, que deje sentado en cada caso el 'si' y el 'cómo' de la pena, ejecutando el acto punitivo; y, en segundo lugar, que también se ocupa de la organización de

---

(6) ASENCIO MELLADO, José María: *Introducción al Derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 28.

(7) VALENCIA MIRÓN, Antonio José: *Introducción al Derecho Procesal*, Comares, Granada, 2000, pp. 31-32.

(8) GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 11.

los tribunales –y en general de todo el servicio de impartición de justicia penal– que es una condición previa del primero (9).

Un efectivo "encuadramiento" del Derecho Procesal Penal, enseña SCHLÜCHTER(10), permite acotar, de un lado, que el estudio de la formación o estructuración del proceso penal en un concreto ordenamiento jurídico corresponde a la doctrina del Derecho Procesal Penal, que es una "ciencia del ser" avocada a definir cómo los sujetos deben situarse en el proceso, en su interacción procesal, para lo cual están las normas procesales penales; y, de otro lado, que el Derecho Procesal Penal, en cuanto "ciencia del deber ser", se dedica a su interpretación y sistematización, analizando el proceso en su conjunto y subdividiéndolo en varias fases, de declaración y de ejecución.

2. AUTONOMÍA

El Derecho Procesal Penal, sostiene Julio MAIER(11), ha alcanzado autonomía legislativa, científica y académica.

A. Autonomía legislativa

La autonomía científica es producto de una larga evolución y de separación del Derecho Procesal Penal respecto del Derecho Penal material. Esta autonomía deriva del sistema, propio de los países de influencia jurídica eurocontinental, de separar en diversos cuerpos de leyes al Derecho material y al Derecho procesal. En nuestro país, desde los albores de la organización republicana se estructuraron, independientemente, Códigos Penales y de Procedimientos Penales; así tenemos, el Código Penal de 1862 y el Código de Enjuiciamientos en Materia Penal de 1891. Luego, la evolución jurídica nacional ha seguido similar derrotero; al Código Penal de 1924 han seguido, antes y después, los Códigos de Procedimientos en Materia Criminal de 1920 y de Procedimientos Penales de 1940; y, al Código Penal de 1991, le ha seguido el Código Procesal Penal del mismo año, cuyas normas están suspendidas en su mayor parte.

B. Autonomía científica

La autonomía científica comenzó con el encuentro de ciertos principios y máximas propios del Derecho Procesal, y con el deslinde y afirmación de

---

(9) BELING, Ernst: *Derecho procesal penal*, Labor, Barcelona, 1945, pp. 1-3.

(10) SCHLÜCHTER, Ellen, *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 3-4.

(11) MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, T. I, pp. 76-78.

su propio objeto y función frente a la ley material, reflejado también en el tipo de normas jurídicas con el que estos dos ámbitos jurídicos se expresan; y continuó con la escisión de los principios procesales penales frente a los vigentes en el Derecho Procesal Civil.

C. Autonomía académica

La autonomía académica es consecuencia de la autonomía científica del Derecho Procesal Penal. Permite la construcción de cátedras propias que, a su vez, tiendan a desarrollar esta rama jurídica en su interrelación con el derecho material y el derecho procesal.

3. Extensión

El Derecho Procesal Penal no solo abarca la decisión de los conflictos sociales que pretenden la aplicación de la ley penal. También comprende las actividades que cumple el Estado cuando decide aplicar una pena o una medida de seguridad. Es obvio que el *Derecho Penal ejecutivo* no pertenece tradicionalmente al área de regulación del Derecho Procesal Penal; pero, como enseña MAIER, en tanto la ley penal requiere decisiones jurisdiccionales para fijar, suspender, transformar o hacer cesar la ejecución penal, el Derecho Procesal Penal debe prever el tribunal competente para ello, el procedimiento para lograr la decisión, la clase y forma de la decisión y la posibilidad eventual de su impugnación(12). El art. VI *ab initio* del Título Preliminar del Código Penal estatuye lo siguiente: "*En todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente*".

III. FUNCIÓN DEL DERECHO PROCESAL PENAL

1. Derecho penal y Derecho Procesal Penal

Derecho Penal material y Derecho Procesal Penal, dice BINDER, son corresponsables de la política criminal y ejes estructuradores de lo que se denomina "Sistema Penal" o "Sistema de Justicia Penal", que es el conjunto de instituciones vinculadas con el ejercicio de la coerción penal y el castigo estatal. Ambas ramas regulan en forma conjunta el poder punitivo del Estado; v. gr.: las garantías penales –principios de legalidad o culpabilidad– funcionan en estrechísima relación con las garantías procesales –derecho de defensa y

(12) MAIER: *Derecho procesal penal*, cit., T. I, pp. 81-82.

presunción de inocencia– [13]. BELING, al respecto, señala que el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal no son más que sectores de un ordenamiento jurídico idéntico, de forma que el procesal está llamado únicamente a servir al penal, aunque es del caso reconocer que entre ambos existe una diferenciación conceptual, pues poseen objeto propio de regulación y un sentido peculiar[14].

En esta perspectiva, Winfried HASSEMER apunta que son dos, sobre todo, las razones que hablan en favor de esta estrecha relación entre ambas materias: por un lado, la misión del Derecho Penal no puede determinarse sin tener en cuenta las cuestiones procesales; por otro lado, la realidad de la Administración de Justicia penal viene en buena parte configurada por el Derecho Procesal Penal y así, por ejemplo, cuestiones tales como las medidas coactivas o el mismo juicio oral son las que más interesan a la opinión pública, a lo que se añade que el Ministerio Público puede, por razones de oportunidad, pedir el sobreseimiento del proceso[15]. En tanto secciones de una misma materia, no puede concebirse una sin la otra y, sobre todo, no tendría ningún sentido que obedecieran a criterios diferentes[16].

El *Derecho Penal material* es, como se sabe, el conjunto de las normas jurídicas que asocian a la realización de un delito como presupuesto, la aplicación de penas y/o medidas de seguridad, como principales consecuencias jurídicas[17]. El *Derecho Procesal Penal*, en cambio, es el conjunto de normas jurídicas necesarias para la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en el Derecho Penal material; normas que incluyen, de un lado, las normas sobre estructura y principios de organización del órgano jurisdiccional penal destinadas a regular el procedimiento para la actuación de la pretensión penal estatal; y de otro lado, los preceptos sobre el proceso en el que las acciones punibles son investigadas, perseguidas, tratadas y condenadas[18].

Por consiguiente, si el Derecho Penal regula el nacimiento, la modificación y el fin de relaciones jurídicas (sobre todo de pretensiones), el

---

(13) BINDER, Alberto: *Introducción al Derecho procesal penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 37 y 45.

(14) BELING: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 3-4.

(15) HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 122-123.

(16) CARBONELL MATEU, Juan: *Derecho penal: Conceptos y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 95.

(17) GARCÍA RIVAS, Nicolás: *El poder punitivo en el Estado democrático*, Ediciones Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, p. 15.

(18) JESCHECK, Hans Heinrich: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1981, Vol. I, p. 23.

Derecho Procesal Penal se ocupa de la realización de esta situación jurídica, normada por el Derecho material, en un procedimiento especial. De ahí que se le configure como *derecho auxiliar*. El Derecho Penal material requiere para su realización del concurso de los órganos estatales y ello solo puede ocurrir a través de un procedimiento reglado(19).

Dos son las razones principales: 1) La realización del Derecho Penal está sujeta a un fuerte interés público, que exige un procedimiento sustraído a la disposición de las partes (búsqueda de la verdad real) y, por tanto, la sola confesión del imputado no es suficiente para la imposición de una pena o medida de seguridad; y, 2) El Derecho Penal material toma como punto de partida una "división del trabajo" entre norma jurídica y juez, pues casi siempre las consecuencias jurídicas del delito son relativamente indeterminadas, de suerte que compet al juez elegir la sanción justa en el caso particular(20).

El Derecho Penal material fija en los elementos del hecho punible y en los presupuestos de las consecuencias jurídicas y su determinación, las metas que hay que buscar en el proceso penal(21).

Conviene precisar, no obstante ello, dos datos esenciales. En *primer lugar*, lo expuesto líneas arriba de ninguna manera puede significar una absorción del Derecho Penal respecto del Derecho Procesal Penal; este último no es un apéndice del Derecho Penal. El Derecho Procesal, como disciplina jurídica y según resalta DE LA OLIVA SANTOS, tiene un carácter siempre instrumental respecto de otros "*Derechos*" y, como tal, recalcando el carácter dual del Derecho objetivo, existe un Derecho *para tutelar*, que es el Derecho Procesal, y un Derecho *tutelado* o *tutelable*, que explica, aunque no justifica del todo, el empleo de las inveteradas terminologías de "Derecho material" y de "Derecho formal"(22).

En *segundo lugar*, existe una obvia delimitación entre Derecho Procesal Penal y Derecho Penal, ya expuesta en párrafos anteriores: uno regula la actividad procesal para la determinación en concreto de la responsabilidad

---

(19) SCHMIDT, Eberhard: *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal Penal*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, pp. 23-24.

(20) BAUMANN, Jürgen: *Derecho procesal penal*, Depalma, Buenos Aires, 1986, pp. 4-5.

(21) HASSEMER / MUÑOZ CONDE: *Introducción a la Criminología*, cit., p. 123.

(22) DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime: *Derecho Procesal. Introducción*, Ceura, Madrid, 2002, pp. 114-118. Cabe enfatizar, con GIMENO, que el Derecho Procesal es un Derecho para el Derecho, es decir, un Derecho que sirve para que se puedan tutelar los derechos que tienen no sólo los ciudadanos, sino todos los integrantes de una determinada comunidad social organizada (MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente: *Introducción al Derecho Procesal*, Colex, Madrid, 2000, p. 327).

penal y la imposición de la pena, mientras que el otro configura el delito con todos sus elementos componentes. Ello, empero, no obsta a entender algunas especialidades en sus relaciones mutuas. Así, (1) que la relación de *instrumentalidad*, como acota ORTELLS RAMOS, adquiere en lo penal un matiz especial, porque solo la potestad jurisdiccional, a través del proceso, puede realizar en concreto la ley penal (*vid.* art. 139°.10 Const.), lo que genera determinadas zonas grises entre ambos derechos (v. gr.: normas que hacen depender la admisibilidad del proceso de unas condiciones de hecho situadas fuera de la actividad procesal); y, (2) que en función a la gravedad de los intereses a los que afecta el proceso penal por el mero hecho de su realización, la admisibilidad de los actos procesales y de determinadas etapas del proceso se halla condicionado por valoraciones de Derecho Penal (v. gr.: la apertura del juicio oral está condicionada por una valoración de probabilidad de responsabilidad penal del imputado) (23).

2. ÁMBITO FUNCIONAL DEL DERECHO PROCESAL PENAL

El concepto de Derecho Procesal Penal condiciona las funciones que le incumben. Le corresponde, en esencia, regular el procedimiento para determinar y realizar la pretensión penal estatal, propia del proceso penal. Así tenemos:

A. El derecho de penar del Estado

El Derecho Procesal Penal se ocupa, a juicio de GIMENO SENDRA, de *la actuación del derecho de penar del Estado, esto es, de la pretensión penal estatal,* así como *de la protección de los derechos a la libertad, a la tutela de la víctima y a la reinserción del imputado* (24).

1. *La pretensión de castigar y la imposición de otras consecuencias jurídicas* constituye monopolio estatal. El Estado tiene el deber de castigar aquellas conductas que causan un gran daño social en aras de garantizar la seguridad ciudadana. Pero al reprimir el delito no solo se ocupa de las penas, sino también de las medidas de seguridad –que se ordenan siempre que exista un interés público predominante y persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación (arts. VII y IX del Título Preliminar del Código Penal)–, así como de las manifestaciones conexas a la pretensión estatal: a la reparación civil –que comprende la restitución del bien y la indemnización de los daños

(23) ORTELLS RAMOS, Manuel; CÁMARA RUIZ, Juan; SÁNCHEZ, Ricardo Juan: *Derecho Procesal: Introducción,* Punto y Coma, Valencia, 2003, pp. 403-404.

(24) GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal penal,* Colex, Madrid, 1996, pp. 25-27.

y perjuicios que generó el delito, a tenor de lo dispuesto por el art. 93° del Código Penal– y que el Ministerio Público y el juez están obligados a pronunciarse conjuntamente con la pena (art. 92° del Código Penal, art. 92°.4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, así como arts. 285° del Código de Procedimientos Penales de 1940 y 304° del Código Procesal Penal de 1991).

2. En un Estado de Derecho, la función del Derecho Procesal Penal también comprende el *derecho a la libertad del ciudadano inocente*. El proceso penal constituye, desde esta perspectiva, un instrumento neutro de la Jurisdicción, cuya finalidad también consiste en declarar e inclusive restablecer puntualmente el derecho a libertad, que desde un punto de vista constitucional ocupa una posición preferente a la potestad jurisdiccional de imposición de penas.

3. Como nuestro modelo procesal, bajo inspiración francesa, asume el principio de acumulación obligatoria de la acción civil derivada del delito, el proceso penal constituye, igualmente, un *instrumento útil para la reparación de la víctima*. El art. 139°.3 de la Constitución garantiza, al respecto, el derecho del perjudicado por el delito a la obtención de una eficaz y rápida tutela de su pretensión resarcitoria.

4. La función de *reinserción* también corresponde al proceso penal en una democracia. Es cierto que esta función preventiva especial es más propia del Derecho Penal (art. 139°.22 de la Constitución), la cual tiene un punto práctico en el tratamiento de los delitos leves y la interdicción de las penas privativas de la libertad de corta duración. En esta misma perspectiva, el Derecho Procesal Penal cumple un rol importantísimo al reducir los supuestos de la detención o prisión preventiva, al instituir medidas alternativas a ella y al incorporar los principios de oportunidad reglada (art. 2° del Código Procesal Penal de 1991) y del consenso (conformidad, terminación anticipada del proceso y colaboración eficaz).

B. La garantía procesal

La pretensión punitiva del Estado debe determinarse y realizarse en el proceso penal. Es lo que se denomina *garantía procesal*, reconocida constitucionalmente en el art. 139°.10 de la Constitución. La sanción penal solo puede tener lugar en los marcos de un debido proceso (art. 139°.3 de la Constitución), es decir, de un proceso justo y equitativo que asegure el derecho de defensa y un tratamiento digno, bajo el imperio del principio de proporcionalidad, al imputado. Esto significa que el Derecho Procesal Penal regula un conflicto secular: persecución penal y garantía de libertad y, en tal virtud, pretende construir una regulación equilibrada de los derechos y deberes de los sujetos procesales (25).

(25) BAUMANN: *Derecho procesal penal*, cit., p. 16.

3. Esencia del Derecho Procesal Penal

Ya se ha sostenido que el Derecho Procesal Penal es una parte del *Derecho público*. Esta disciplina trata de realizar el Derecho Penal. En tanto es un derecho de realización, los ciudadanos están en una relación de sujeción frente al poder estatal, sin perjuicio de que se les reconozcan derechos intangibles que el Estado debe respetar en todo momento. Ello explica, en primer lugar, que es posible emplear *medios coercitivos* procesales para lograr el fin del proceso y, en segundo lugar, que el órgano de la persecución –el Ministerio Público– tenga una posición muy especial: conduce la investigación y sostiene la pretensión penal, aun cuando esté sometido al control del órgano jurisdiccional y deba respetar el derecho de defensa y demás garantías del imputado.

Por otro lado, el Derecho Procesal Penal es *derecho referido al procedimiento*. La solución de la controversia –o *redefinición del conflicto* en términos de BINDER– (imputación delictiva vs. derecho de contradicción) se lleva a cabo por grados. Mientras el fin del proceso es la decisión sobre el objeto del proceso (el hecho delictivo imputado), existen en los distintos grados fines intermedios y, por consiguiente, una regulación diferente de los derechos y deberes de los sujetos que participan del proceso en los distintos grados.

El Derecho Procesal Penal, si bien tiene una función auxiliar del Derecho Penal material, empero está estrechamente vinculado a él como consecuencia de la base común de las nociones de punibilidad y perseguibilidad. Siendo así, ambos derechos están sometidos a las mismas condiciones de protección, entre las que es del caso destacar la vigencia de los principios de *in dubio pro reo* y de prohibición de la retroactividad, a los que es del caso agregar el principio de la presunción de inocencia(26).

Además, como el Derecho Procesal Penal es también Derecho procesal presenta afinidad con los demás Derechos procesales, pues todos ellos solucionan o redefinen similares problemas y los conflictos de intereses, v. gr.: el curso del procedimiento, la realización del juicio oral, la citación de testigos y peritos, la introducción de medios de prueba y otros. Por último, el Derecho Procesal Penal también es *Derecho constitucional aplicado*, desde que afecta derechos fundamentales y, a final de cuentas, está destinado a restringir bienes jurídicos de relevancia constitucional.

4. Metas y medios del Derecho Procesal Penal

El Derecho Procesal Penal, al ser un derecho referido al procedimiento penal, que como sabemos importa una intensa confrontación entre el

(26) BAUMANN: *Derecho procesal penal*, cit., p. 27.

ciudadano y el poder público, exige –de un lado– una regulación jurídica escrupulosa y –de otro lado– una limitación de los poderes de los órganos estatales penales, así como de los derechos y obligaciones del sospechoso del delito y de los agraviados, testigos, peritos e intérpretes.

Esta regulación jurídica, que se inicia con la primera sospecha concreta de un hecho punible y llega hasta la ejecución de la pena o medida de seguridad, tiene como meta esencial el esclarecimiento de la sospecha de la comisión de un delito incriminado al imputado. Desde esta perspectiva, el hallazgo de la verdad no constituye un fin en sí mismo, sino un mero fin intermedio, que debe esclarecer si la *sospecha del hecho* que resulta contra el inculpado está o no justificada. Tal constatación obliga a considerar que el inculpado sea realmente inocente, lo que debe marcar el conjunto de sus regulaciones del Derecho Procesal Penal(27).

Desde todo punto de vista y en orden a una perspectiva final, siguiendo a ROXIN, la meta del proceso penal es, por consiguiente, la decisión sobre la punibilidad del imputado: 1) materialmente correcta; 2) obtenida de conformidad con el ordenamiento procesal; y, 3) que restablezca la paz jurídica(28).

Para cumplir la meta del esclarecimiento, el Estado se vale de medios de coerción, que representan una restricción de los derechos fundamentales del interesado (puede incluirse no solo al imputado, sino a un testigo o un tercero). En suma, corresponde al Derecho Procesal Penal regular la clase y extensión, su conformidad a derecho, de las restricciones de los derechos fundamentales.

El Derecho Procesal Penal, en un Estado Democrático, desde el punto de vista de sus medios incorpora tres grandes limitaciones:

1. La *vinculación formal de la prueba de la verdad* es uno de las seguridades fundamentales del proceso penal y uno de los objetivos del Código Procesal Penal de 1991 (arts. 190° y 195°). La prueba no se averigua a cualquier precio. La actividad probatoria permite proceder contra el imputado de modo que se respete su dignidad, garantizando sus derechos fundamentales y respetando su personalidad.

2. La *dependencia del Derecho Procesal Penal respecto del Derecho Constitucional*. Si la verdad se investiga con estricto respeto a la dignidad humana y a los derechos fundamentales (arts. 1° y 44° de la Constitución), es obvia la estrecha relación entre ambos derechos. Según nuestro sistema jurídico,

---

(27) En: ROXIN, Claus; ARTZ, Günther y TIEDEMANN, Klaus: *Introducción al Derecho penal y al Derecho procesal penal*, Ariel, Barcelona, 1989, pp. 134-135.

(28) ROXIN, Claus: *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 2.

el Código de Procedimientos Penales regula extensamente el poder estatal en las causales penales y, por ello, sus reglas –que son obligatorias– solo encuentran un límite externo en la ley fundamental.

La doctrina es unánime en enfatizar que las disposiciones de la ley procesal, al igual que el resto del ordenamiento jurídico, deben ser interpretadas de acuerdo con la Constitución, es decir, en un sentido que establezca una conformidad interna con el contenido de la ley fundamental. TIEDEMANN explica al respecto que la interpretación de acuerdo con la Constitución actúa, la mayor parte de las veces, restringiendo y limitando los poderes estatales (29).

3. El *formalismo del proceso penal*. Para remover la presunción de inocencia, instituida en nuestro texto constitucional como un derecho fundamental (art. 2°.24. 'e' Const.), el proceso penal debe ser realizado debidamente: *solo respetando los derechos fundamentales y teniendo en cuenta los límites a la actividad de los órganos públicos es posible condenar y remover la presunción de inocencia.*

IV. FUENTES LEGALES DEL DERECHO PROCESAL PENAL

1. ASPECTOS GENERALES

Se entiende por *fuente del derecho* "aquel procedimiento a través del cual se produce, válidamente, normas jurídicas que adquieren el rasgo de obligatoriedad propio del Derecho y, por lo tanto, la característica de ser impuestas legítimamente a las personas mediante los instrumentos de coacción del Estado" (30).

Como se sabe, en nuestro sistema jurídico, la legislación es la fuente formal más importante. Crea normas jurídicas formales escritas y de carácter general. Son producidas por expresión de voluntad de los Poderes del Estado. En materia procesal penal, la ley es la única fuente del Derecho procesal penal, en tanto se entienda que este principio sólo indica de manera general el sistema de creación de normas procesales penales(31).

2. LA CONSTITUCIÓN

La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, a tenor de lo dispuesto por el art. 51° de la misma. Esta supremacía, según GARCÍA

---

(29) En: ROXIN *et al.*: *Introducción al Derecho penal y al Derecho procesal penal*, cit., p. 142.

(30) RUBIO CORREA, Marcial: *El sistema jurídico. Introducción al derecho*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988, p. 115.

(31) MAIER: *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 121.

DE ENTERRÍA[32] se manifiesta en un doble aspecto: a) en la imposibilidad de que ésta sea modificada ni revisada, sino por el procedimiento que la misma señala (art. 206°); y, b) en la eficacia que despliega, pues todos los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a ella.

La Constitución nacional se ha ocupado profusamente de los asuntos procesales, modificando significativamente el panorama normativo del proceso y del ordenamiento procesal orgánico. No solo reconoce la garantía procesal de que no se puede ser penado sin proceso judicial (art. 134°.10), sino que contiene un conjunto de normas jurídicas relativas tanto a los caracteres e instituciones del proceso penal, cuanto al reconocimiento y restricción de los derechos fundamentales [33].

En el primer rubro: *caracteres e instituciones del proceso penal*, tenemos las siguientes:

- Publicidad de los procesos (art. 139°.4).
- Motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias (art. 139°.5).
- Pluralidad de la instancia (139°.6).
- Interdicción de la condena en ausencia (art. 139°.12).
- Ejercicio exclusivo del Ministerio Público de la acción penal de oficio o a petición de parte (art. 159°.5).
- Conducción del Ministerio Público, desde su inicio, de la investigación del delito y dirección jurídico-funcional de la Policía Judicial (art. 159°.4).
- Prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada (art. 139°.13).
- Derecho a una indemnización por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias (art. 139°.7).
- Exclusión de los perseguidos por delitos políticos o por hechos conexos a ellos del ámbito de la extradición, sin que el genocidio, el magnicidio y el terrorismo puedan considerarse delitos políticos (art. 37°).

---

(32) Citado por ESCUSOL BARRA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 43.

(33) 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. 63-67.

- Prohibición de la violencia moral, psíquica o física, de la tortura y de los tratos inhumanos y humillantes. Las declaraciones obtenidas por la violencia carecen de valor (art. 2° 24.'h').
- Ejercicio de la función jurisdiccional dentro de su ámbito territorial y de conformidad con el Derecho consuetudinario, por las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas (art. 140°).
- Elección popular de los Jueces de Paz y posibilidad de elección de los jueces de primera instancia (art. 152°).
- Enjuiciamiento en el fuero común de los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social (art. 2°.4).
- Sometimiento al Fuero Militar de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en caso de delito de función (art. 173°).

En el segundo rubro, referente a las *aportaciones constitucionales al ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas*, tenemos las siguientes normas:

- Necesidad de que la detención solo procede por mandato escrito y motivado de juez competente o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito (art. 2°.24.'f', primer párrafo).
- Detención con plazo máximo de 24 horas o en el término de la distancia sin ser puesto a disposición del Juzgado, salvo en los casos de delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas en que el plazo máximo es de 15 días naturales (art. 2°.24.'f', segundo y tercer párrafo).
- Derecho del detenido a ser informado, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención (art. 139°.15).
- Derecho de toda persona a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida (art. 139°.14).
- Levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria por orden judicial, del Fiscal de la Nación o de una comisión investigadora del Congreso (art. 2°.5 *in fine*).
- Inviolabilidad del domicilio y necesidad de resolución judicial que autorice el ingreso y el registro correspondiente, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración (art. 2°.9).

- Derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados. La apertura, incautación, interceptación o intervención de las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo procede por orden judicial. Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos no pueden ser incautados salvo orden judicial (art. 2°.10).
- Derecho a obtener la tutela jurisdiccional y la observancia del debido proceso (art. 139°.3).
- Derecho a la presunción de inocencia (art. 2°. 24.'e').

3. Los tratados

El art. 55° de la Constitución prescribe que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho nacional. Si se trata de normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce, la Cuarta Disposición Final de la Ley Suprema establece que estas se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Dos son los tratados fundamentales en materia procesal penal que es del caso tener presente: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

Es de destacar las siguientes normas internacionales:

- Derecho de toda persona, en condiciones de plena igualdad, a ser oído públicamente, con justicia, por un tribunal independiente e imparcial cuando se examine una acusación penal; y, a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público con todas las garantías necesarias para su defensa (arts. 10° y 11° DUDH).
- Prohibición de la detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta (art. 9°.1 PIDCP).
- Igualdad ante los tribunales (art. 14°.1 PIDCP).
- Derecho de toda persona a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal (art. 8°.1 CADH).
- Derecho de toda persona, en plena igualdad, a garantías mínimas. Entre ellas, cabe destacar: a) la comunicación previa y detallada de

la acusación formulada; b) la concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; c) derecho de la defensa a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; d) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; y, e) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior (art. 8°.2 CADH).

- Derecho de toda persona a ser juzgada sin dilaciones indebidas (art. 14°.3.'c' PIDCP).
- Derecho de toda persona declarada culpable de un delito 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 (art. 14°.5 PIDCP).

La importancia, como fuente del Derecho Procesal Penal, del denominado Derecho Internacional de los Derechos Humanos –de sus textos y esencialmente de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales regionales–, ha sido ratificada y consolidada por el Tribunal Constitucional. En varios fallos ha sostenido lo siguiente: "De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos suscritos por el Estado peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados sobre Derechos Humanos, contiene implícitamente una adhesión a la interpretación que de los mismos hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos de la Región" (STC, Exp. N° 217-02-HC/TC, Asunto Alfredo Crespo Bragayrac, de 17 de abril de 2002; y STC, Exp. N° 218-02-HC/TC, Asunto Jorge Cartagena Vargas, de 17 de abril de 2002) [34]. En otro fallo (STC, Exp. N° 012-95-AA/TC, Asunto Rubén Toribio Muñoz Hermoza, de 17 de abril de 1998, párrs. 2 y 3) estableció que las decisiones del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas tienen en sí mismas los alcances de una sentencia internacional definitiva y, como tal, deben cumplirse y ejecutarse[35], con lo que jurídicamente homologa los efectos de la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con los del Comité de Derechos Humanos de la ONU.

---

[34] http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/217-2002-HC.html; http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/218-2002-HC.html.

[35] CARPIO MARCOS, Edgar: *Selección de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Jurista Editores, Lima, 2002, pp. 127-137.

4. Los códigos procesales

El Perú desde los albores de su iniciación republicana ha contado con una ley procesal con pretensiones de totalidad, es decir, que procuraba regular integralmente el fenómeno de la organización de los órganos públicos del control penal y del procedimiento penal.

El primer Código, denominado Código de Enjuiciamiento en Materia Penal, es de 1° de marzo de 1863. El segundo, denominado Código de Procedimientos en Materia Criminal, es de 2 de enero de 1920 (Ley N° 4019). El tercero, denominado, Código de Procedimientos Penales, es de 23 de noviembre de 1939 (Ley N° 9024). El cuarto, denominado Código Procesal Penal, es de 25 de abril de 1991 (Decreto Legislativo N° 638). Este último Código se encuentra suspendido en aras de una adecuación del mismo a las disposiciones de la nueva Constitución de 1993, según lo dispuesto en la Ley N° 26299, de 28 de abril de 1994.

Paralelamente al Código de Procedimientos Penales, desde el aspecto orgánico resultan de trascendental importancia, en primer lugar, la Ley Orgánica del Poder Judicial –destinada a regular la organización, funciones y competencia de los órganos que integran el Poder Judicial– y, en segundo lugar, la Ley Orgánica del Ministerio Público. El país ha contado hasta el momento con cuatro Leyes Orgánicas: a) el Reglamento de los Tribunales, de 1° de agosto de 1854; b) la Ley Orgánica del Poder Judicial de 28 de julio de 1912, Ley N° 1510; c) la Ley Orgánica del Poder Judicial de 25 de julio de 1963, Decreto Ley N° 14605; y, d) la Ley Orgánica del Poder Judicial de 29 de noviembre de 1991, Decreto Legislativo N° 767. Esta última norma fue modificada por el Decreto Ley N° 25869, de 18 de noviembre de 1992, que dio lugar al Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS, de 28 de mayo de 1993. Desde que la Constitución de 1979 separó, como corresponde, al Ministerio Público del Poder Judicial –en cuya Ley Orgánica se regulaban sus aspectos orgánicos–, esta institución cuenta con su propia Ley Orgánica, el Decreto Legislativo N° 52, de 16 de marzo de 1981.

Tampoco puede obviarse, como integrante de las instituciones del sistema penal, a la policía. La Constitución nacional, en su art. 166°, establece como una de las múltiples finalidades de la Policía Nacional –así denominada desde la reforma constitucional aprobada por la Ley N° 24949 de 6 de noviembre de 1988– la de prevenir, investigar y combatir la delincuencia. El Estatuto Orgánico de la Policía Nacional se aprobó mediante la Ley N° 27238, de 22 de diciembre de 1999, denominada "Ley Orgánica de la Policía Nacional", reglamentada por el Decreto Supremo N° 008-2000-IN, de 6 de octubre de 2000.

Capítulo II
NORMA PROCESAL Y PROCESO PENAL

SUMARIO: I. Características de las normas procesales penales. **II.** Ámbito de aplicación de la Ley procesal penal: 1. Ley procesal penal en el espacio. 2. Ley procesal penal en el tiempo. 3. Ley procesal penal por razón de las personas. **III.** Interpretación de la ley procesal penal. **IV.** El proceso penal. **V.** Sistemas procesales: 1. Aspectos generales. 2. Sistema acusatorio. 3. Sistema inquisitivo. 4. Sistema mixto. **VI.** Sistema procesal peruano: 1. El Código de Enjuiciamientos en Materia Penal. 2. El Código de Procedimientos en Materia Criminal. 3. El Código de Procedimientos Penales. 4. La legislación procesal penal especial. 5. El Código Procesal Penal. 6. El Proyecto de marzo de 1995. 7. Algunas premisas en torno a la reforma del proceso penal.

I. CARACTERÍSTICAS DE LAS NORMAS PROCESALES PENALES

Se entiende por normas procesales aquellas que están incluidas en el Derecho Procesal como ordenamiento de la protección jurisdiccional de los derechos, afectando a los órganos y sujetos del proceso, actos, relaciones y situaciones procesales, requisitos y efectos que se observan dentro de aquel por el juez y por las partes para proceder. Dentro de las normas procesales, en sentido amplio, se incluyen tanto las normas orgánicas, relativas a la organización judicial, y las normas ordinarias, que regulan los presupuestos y eficacia del proceso; y dentro de las primeras, unas pertenecen al Derecho procesal en sentido estricto y otras al Derecho Constitucional y Administrativo, aunque con incidencia en el Derecho procesal[36].

En concordancia con la naturaleza de Derecho público y tutelar del Derecho Procesal Penal, se tiene que las normas que regulan esta disciplina son irrenunciables o imperativas y de garantía. Son *irrenunciables*, porque vinculan a todos los que intervienen en el proceso y no es posible sustituirlas por actos jurídicos voluntarios regidos por el principio de autonomía de la voluntad. El proceso penal no puede regularse al margen de la ley. Son de *garantía*, porque tutelan la jurisdicción penal, esto es, definen los

---

[36] CORDÓN: *Introducción al Derecho procesal*, cit., pp. 20-21.

presupuestos del ejercicio de la acción penal, explicitan los efectos de las resoluciones judiciales en cada caso concreto, y regulan la forma y contenido de la actividad jurisdiccional.

Ambas características son expresión del principio de legalidad y reflejan la necesidad de que la actuación procesal penal de las partes y demás participantes procesales (policiales y fiscales, así como imputados, abogados, testigos y peritos) se realice, en todo caso, bajo control judicial. El ser expresión del principio de legalidad –o, mejor dicho, de obligatoriedad– no elimina la vigencia de los principios de oportunidad y del consenso, en tanto no sean emanación de la arbitrariedad, sirvan a los objetivos de agilización y eficacia de la justicia penal y, en todo caso, estén conectados con la ley, que debe señalar los requisitos, condiciones y modo de operar.

Por otro lado, en la perspectiva de ORTELLS RAMOS[37], cabe introducir algunas prevenciones: (1) En principio, toda norma procesal es de Derecho público, lo que no significa que siempre sean de *ius cogens*, pues existen algunas *normas dispositivas* para las partes –centradas mayormente en el proceso civil, pero descartadas en el proceso penal– que permiten que el supuesto de hecho legalmente previsto sea sustituido, para la producción de la consecuencia jurídica, por otro supuesto que se haya fijado por la voluntad de las partes (un caso fuerte es de la fijación de la competencia territorial de modo distinto al previsto por el Código Procesal Civil). (2) En cambio, no son normas dispositivas las que conceden facultades o derechos procesales cuyo titular puede ejercitar o no, dado que con su ejercicio no es posible sustituir el supuesto al que la consecuencia jurídica se vincula (deducir una excepción o interponer un recurso impugnatorio). (3) La naturaleza pública de las normas procesales excluye el proceso convencional, es decir, la regulación del proceso por la voluntad de las partes, de acuerdo con la acepción más estricta del principio de la autonomía de la voluntad. Tratándose de delitos privados –en la denominación defendida por GIMENO SENDRA–, como se sabe, las partes pueden disponer del Derecho material mediante renuncia o transacción (art. 78°.3 CP), pero una vez iniciado se someten a su regulación legal, sin perjuicio de las normas dispositivas que contiene, como sería el caso en los delitos privados de la conciliación (art. 306° CPP) y del perdón (art. 85°.4 CP). (4) Las normas que rigen la actividad del juez en ningún caso son dispositivas, ni tampoco las potestades que ellas le conceden, dado que este se encuentra ante una norma que no prescribe su actividad de modo preciso, dejándole un margen de decisión en el caso particular –que se denomina flexible, elástica o discrecional–, no puede elegir opción alguna

(37) ORTELLS RAMOS, Manuel: *Introducción al Derecho procesal*, Comares, Granada, 1999, pp. 337-338.

a su arbitrio, sino hacerlo, tras un juicio valorativo, por la alternativa más adecuada para alcanzar en el caso concreto el fin perseguido por la norma (art. III, primer párrafo, Título Preliminar CPC).

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY PROCESAL PENAL

1. LEY PROCESAL PENAL EN EL ESPACIO

Sostiene BELING que la finalidad de la ley procesal penal es "ofrecer a los órganos de la justicia penal las normas a que han de atenerse en su conducta propia y al juzgar las conductas ajenas"(38).

Las leyes procesales penales son normas territoriales. Señala Domingo GARCÍA RADA, que la ley procesal solo surte sus efectos en el ámbito dentro del cual el Estado ejerce su soberanía y que su vigencia tiene su misma extensión territorial(39). Rige, en consecuencia y con carácter general, el brocardo *"lex fori"*, de manera que todo acto procesal llevado a efecto en el Perú por nuestros jueces se tramitará conforme a nuestras normas, inclusive las actuaciones procesales realizadas por jueces nacionales en funciones de auxilio judicial internacional y, por tanto, en el marco de un proceso extranjero regido, pues, por los preceptos imperantes en ese país(40).

El Código de Procedimientos Penales de 1940 contiene tres normas en materia de ley procesal en el espacio; normas que según José HURTADO POZO son semejantes a las disposiciones del Código de 1920, tienen una clara influencia francesa y no se encuentran en completa armonía con las disposiciones del Código Penal de 1924(41).

El art. 6° contiene una regla de carácter general de extensión del conocimiento de los delitos por los jueces peruanos: si un peruano que delinque en el extranjero y dicha conducta también es penada por la ley penal peruana, su autor puede ser juzgado a su regreso al Perú (*principio de la nacionalidad activa*). El art. 7° consagra el *principio real o de defensa*, al precisar que si un extranjero que comete un delito fuera del territorio nacional y si ese delito es contra la seguridad del Estado, falsificación de moneda, billetes o documentos nacionales, será juzgado conforme a las leyes peruanas si es detenido en

(38) BELING: *Derecho procesal penal*, cit., p. 10.

(39) GARCÍA RADA, Domingo: *Manual de Derecho procesal penal*, EDDILI, Lima, 1984, p. 17.

(40) ASENCIO MELLADO: *Introducción al Derecho procesal*, cit., p. 30.

(41) HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho penal. Parte general*, EDDILI, Lima, 1987, p. 208.

el Perú o si el Gobierno obtiene su extradición. El art. 8° reconoce efectos parciales a las sentencias o actuaciones jurisdiccionales extranjeras: no procede la persecución si por el hecho delictivo, cuyo enjuiciamiento puede ser realizado por el Perú, un tribunal extranjero ya emitió sentencia absolutoria o si habiendo emitido sentencia condenatoria, la pena ya fue cumplida o el reo hubiera obtenido su remisión o su aplicación haya prescrito.

En realidad estas normas no definen un marco de actuación procedimental a los órganos penales. Resulta preciso señalar que en materia de Derecho Procesal Penal internacional rige un principio básico: en los procedimientos que se sigan ante un órgano de la justicia penal del país, todos los sujetos, y particularmente el juez, han de atenerse al derecho interno. Si se trata de una solicitud de cooperación judicial internacional, el juez nacional se regirá con arreglo a las normas del derecho interno, mientras que los actos procesales de un Estado extranjero solo tienen para el Perú una significación de simple hecho, con las excepciones que fije el Derecho Internacional y los Tratados respectivos(42).

Los arts. 6° al 8° del Código de 1940 han sido abrogados por los arts. 1° al 4° del Código Penal de 1991. Este Código define el principio de territorialidad (art. 1°) de la ley penal como criterio rector de aplicación de la ley penal en el espacio, a la par que asume a un nivel de supletoriedad los demás principios, con sus respectivas excepciones (arts. 2°, 3° y 4°). Consecuentemente, es lógico afirmar que las normas o pautas que rigen la aplicabilidad de los preceptos penales en el espacio también se aplican a la ley procesal. Como al aplicar el Código Penal siempre debe cumplirse el procedimiento legalmente establecido, se puede partir como de un todo, para el estudio de esta situación (43).

2. LEY PROCESAL PENAL EN EL TIEMPO

Dado que el proceso se desarrolla en el tiempo, no es raro que a una norma jurídica le suceda otra que regule el mismo supuesto de hecho aunque de manera diversa. La Constitución prescribe que las leyes en general no tienen fuerza ni efecto retroactivo (art. 103°). Ello es así en el Derecho Procesal penal porque el Juez únicamente puede actuar conforme a la norma procesal vigente al tiempo en que se desarrolla el proceso(44).

Un análisis ponderado de la ley procesal penal en el tiempo, en cuanto *norma de aplicación*, parte de establecer el denominado *"factor de aplicación"*

---

(42) BELING: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 10-11.

(43) MARTÍNEZ RAVE, Gilberto: *Procedimiento penal colombiano*, Temis, Bogotá, 1994, p. 35.

(44) ESCUSOL BARRA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 91.

de la misma en atención a su naturaleza jurídica. En la medida en que las normas procesales están en función al proceso, estas –como atinadamente precisa ORTELLS– rigen los hechos, actos y situaciones jurídicas realizadas tras su entrada en vigor, salvo las excepciones que la propia norma establezca, en sus disposiciones transitorias(45). La norma material o sustantiva, aplicable al fondo del tema controvertido en un proceso penal, por el contrario, acostumbra a ser la vigente en el momento de suceder los hechos que motivan el proceso, aunque ya haya sido derogada en el momento de iniciarse el proceso, mientras –es de insistir– las normas procesales aplicables son, en principio, aquellas vigentes en el momento en que se sustancia el proceso; todo lo cual, enseña ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, no es sino una mera manifestación del principio general de irretroactividad de las normas jurídicas(46).

En atención a lo expuesto, en tanto se supere el equívoco de entender que la norma procesal es reguladora de la relación jurídica material deducida en juicio y, si por el contrario, como corresponde, se entiende que la norma procesal no rige tal relación, sino el proceso mismo, como enfatiza PÉREZ CRUZ MARTÍN (47), es claro que si durante la pendencia de la litis se modifican las normas procesales, estas deben regir o aplicarse a los futuros actos procesales que correspondan, sin que limite esta aplicación la invariabilidad de la norma penal sustantiva. ROXIN, con cita de la jurisprudencia ordinaria y constitucional alemana, acotó que es "obvio que, desde su entrada en vigor, los nuevos preceptos del Derecho procesal rigen también respecto de los procedimientos ya en curso"(48).

La retroactividad prohibida de una norma procesal penal se produce cuando se afecta la validez de los actos procesales ya cumplidos y que han quedado firmes bajo la vigencia de la norma anterior; es decir, cuando se vulnera el principio de preclusión, que tiene su anclaje en el derecho de defensa y en la garantía genérica del debido proceso. En puridad, será aplicación retroactiva, como precisa RUBIO CORREA, cuando la norma es aplicada a hechos o actos –nosotros precisaríamos "procesales"– ocurridos antes de su vigencia, la afectación de los procesos ya terminados o de los actos procesales ya hechos. Esta posición, defendida por GÓMEZ ORBANEJA, ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional (STC, Exp. N° 309-2002-HC/TC, Asunto Roberto

---

(45) Cfr.: ORTELLS RAMOS: *Introducción al Derecho procesal*, cit., p. 338.

(46) Cfr.: ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo: *Introducción al Derecho procesal*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 118.

(47) PÉREZ CRUZ MARTÍN, Agustín y GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando: *Derecho procesal civil*, I, Fórum, Oviedo, 2002, pp. 40-41.

(48) Cfr.: ROXIN, Claus: *Derecho Penal. Parte General*, I, Civitas, Madrid, 1997, p. 164.

Carlos Poémape Chávez, de 9 de febrero de 2002) al sostener en esencia, en su FJ 1, que una nueva ley procesal penal, inclusive aquellas referidas a la prisión preventiva, no puede aplicarse a actos procesales ya cumplidos o cuando el plazo previsto por la norma anterior ya venció o cuando el juez aplicó una de las posibilidades previstas en la norma anterior(49).

Un tema conflictivo tiene que ver con las normas procesales que limitan derechos fundamentales, respecto de las cuales un sector de la doctrina, específicamente la penalista, considera que una modificación de estas normas durante el curso del proceso no pueden aplicarse si son más gravosas para el imputado (esta posición, por lo demás, fue compartida por nosotros en la edición anterior del presente libro, siguiendo fundamentalmente a BUSTOS, CARBONELL y BINDER) (50). Tal posición se sustenta en el art. 103°, II Párrafo, de la Constitución cuando dice que "ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, *salvo en materia penal, cuando favorece al reo*"; esto es, cuando instaura la regla de la retroactividad benigna de las leyes en materia penal. De esa disposición el Tribunal Constitucional estimó que también están comprendidas las normas restrictivas de derechos individuales aplicables en el proceso penal (que, por cierto, está incluida en la Constitución española, pero no en la nacional).

Esa argumentación no es de recibo. Las normas procesales no son normas de materia penal, no están destinadas a determinar, sostiene ROXIN, un derecho del ciudadano referido a saber si puede ser castigado y, en su caso, en qué medida. Por consiguiente, si durante el transcurso del proceso se modifican en sentido negativo las instituciones procesales que inciden en derechos individuales, su aplicación estricta está condicionada a que no modifiquen actos procesales ya cumplidos con la legislación anterior. Tanto es así, que inclusive si la nueva norma fuera más favorable –ya no más perjudicial–, aun cuando se estime que la regla constitucional analizada comprende las disposiciones restrictivas de derechos fundamentales individuales, acota LUZÓN PEÑA, como la Constitución no se pronuncia al respecto, seguirán rigiéndose, dado que no son normas penales, por las disposiciones generales ya esbozadas en la ley ordinaria (el Código de Procedimientos Penales no contiene disposiciones transitorias que resuelvan de modo general el

---

(49) RUBIO CORREA, Marcial: *Estudio de la Constitución Política de 1993*, IV, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pp. 192-193; GÓMEZ ORBANEJA, Emilio: *Derecho procesal penal*, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987, pp. 28-29; *El Peruano*, Lima, 16 de agosto de 2002, pp. 5228-5229.

(50) Para mayores explicaciones, véase: SAN MARTÍN CASTRO, César: "Plazos, causas complejas y derecho transitorio en el proceso penal", en: *Actualidad Jurídica*, T. 105, agosto, Lima, 2002, pp. 15-36.

problema en cuestión) y no por las reglas del Código Penal(51). Finalmente, el Tribunal Constitucional, en decisiones posteriores señaló que la norma que debe regir, por ejemplo, respecto del plazo de la prisión preventiva no es la vigente cuando deba decidirse la excarcelación o no del imputado, sino aquella vigente cuando se dictó el mandato de prisión preventiva, a cuyo efecto invoca el art. 139°.11 de la Constitución(52).

Un problema se presenta cuando se trata de actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado, como sería el caso de una modificación del plazo de la prisión preventiva. Constitucionalmente, en tanto las disposiciones restrictivas de derechos individuales no están reconocidas como normas de aplicación de esa jerarquía en nuestra Carta Política, como por ejemplo sí lo hace la Constitución española en el art. 9°.3, no es posible considerar, dado que nuestra ley fundamental acepta la teoría del *hecho cumplido* (STC, Exp. N° 07-96-AI/TC, Asunto Bernardo Fernández Gil y otros, de 23 de abril de 1997y STC, Exp. N° 08-96-AI/TC, Asunto Maximiliano Cárdenas Díaz y otros, de 23 de abril de 1997) (53), la aplicación ultractiva favorable de la norma procesal vigente cuando se dictó el auto de prisión preventiva.

Como ya se adelantó líneas arriba, nuestro Código de Procedimientos Penales no tiene normas transitorias, constitutivas de lo que se denomina Derecho Transitorio o Derecho Intertemporal, por lo que en caso la ley modificatoria no tenga preceptos específicos en la materia, es de acudir al Código Procesal Civil por imperio de su Primera Disposición Final. La Segunda Disposición Final de dicho Código establece como criterio rector la aplicación inmediata de la nueva norma, incluso al proceso en trámite; empero, introduce un conjunto de excepciones a la vigencia ultractiva de la ley anterior en lo referente a las reglas de competencia, a los medios impugnatorios interpuestos, a los actos procesales con principios de ejecución y los plazos que hubieran empezado (este sería el caso de las normas que, por ejemplo, modifican el plazo de duración de la prisión preventiva).

El Código Procesal Penal de 1991, en su artículo IX del Título Preliminar, ratifica el principio de aplicación inmediata de la nueva norma procesal penal. Pero, siguiendo pautas enraizadas en la lógica de la favorabilidad

---

(51) ROXIN: *Derecho Penal. Parte General*, I, cit., p. 165; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, Universitas, Madrid, 1995, p. 193.

(52) STC, Exp. N° 1724-2002-HC/TC, Asunto Marco Antonio Roca Alí, de 8 de agosto de 2002 (*El Peruano*, Lima, 7 de marzo de 2003, p. 5887); STC, Exp. N° 2133-2002-HC/TC, Asunto Giuseppe Papia, de 14 de octubre de 2002 (*El Peruano*, Lima, 2 de abril de 2003, pp. 6065-6066).

(53) *El Peruano*, Lima, 26 de abril de 1997, pp. 148813-148824.

–como si fueran similares las normas penales y las procesales penales–, excepciona su aplicación si éstas fueran disposiciones menos favorables al imputado. Obviamente, será de interpretar que las normas más favorables sólo pueden estar referidas a aquellas que incidan en los derechos fundamentales del procesado, pues de otro modo se altera la propia lógica de su incorporación al ordenamiento jurídico.

El Tribunal Constitucional, más allá de toda polémica, en reiterada jurisprudencia, ha considerado, *primero*, que la ley procesal penal aplicable en el tiempo es la vigente al resolverse el acto(54), y no la que estuvo vigente cuando se cometieron los delitos (55); y, *segundo*, que cuando se trata de normas procesales que restringen derechos fundamentales o individuales, como es el caso del plazo de la prisión preventiva, debe estarse a la norma vigente cuanto se dictó tal medida provisional penal, siempre que esta última sea menos restrictiva de la libertad(56). Es de insistir, en este último supuesto, que siempre debe estarse a la norma vigente cuando corresponda emitir el acto procesal, y que por excepción –deducida de la ley fundamental por el Tribunal Constitucional– tal norma no rige cuando afecta derechos fundamentales(57); pero en ese caso el factor de comparación envuelve, de un lado, la existencia

---

(54) La aplicación en el tiempo de la ley procesal, como dice DE LA OLIVA SANTOS (en DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho Procesal. Introducción*, cit., p. 135), viene caracterizada y determinada por dos factores o elementos: la irretroactividad de la ley y el desarrollo temporal sucesivo del proceso. Agrega que al proceso que se inicie estando en vigor una determinada ley procesal se le aplicará dicha ley, con absoluta independencia del objeto procesal correspondiente, que estará regido por el Derecho sustantivo en el tiempo preprocesal propio del caso. Continúa diciendo el autor, la común irretroactividad general de las leyes sustantivas y procesales se refleja en una forma de aplicación distinta a la hora del proceso: la ley sustantiva aplicable en él puede estar derogada; la procesal, en cambio, siempre ha de estar vigente, lo que es así porque esa *"hora del proceso"*, que es, obviamente, la que cuenta para la aplicación de la ley procesal, es diferente de la *hora* de la relación o situación jurídica, o del derecho o deber que constituyen la *res in iudicio deducta*.

(55) STC, Exp. N° 290-2002-HC/TC, Asunto Eduardo Calmell del Solar, de 6 de enero de 2003 (http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/0269-2002-HC.html).

(56) Sentencias citadas recaídas en los Asuntos Marco Antonio Roca Alí, de 8 de agosto de 2002 (Exp. N° 1724-2002-HC/TC) y otras.

(57) ORTELLS RAMOS (en ORTELLS RAMOS *et al.*: *Derecho Procesal: Introducción*, cit., p. 427) acota que para que pueda afirmarse que una ley procesal es retroactiva, es necesario que efectos procesales producidos por actos procesales realizados bajo el imperio de una ley procesal dada, queden anulados o modificados por una ley procesal entrada posteriormente en vigor. La retroactividad benigna de la ley procesal penal, solo cuando se afecte nuclearmente derechos fundamentales –expresión del principio *pro reo* en el ámbito jurisdiccional penal–, tal como lo ha recogido la jurisprudencia, es una regla o *norma de aplicación de derecho transitorio* que homologa parcialmente las reglas del Derecho Penal material al Procesal Penal.

de una inmediata norma procesal preexistente que ya reguló o está en condiciones de regular el acto procesal; y, de otro, la presencia de una ley procesal posterior a la primera, que cambia la perspectiva normativa en términos de favorabilidad y que se proyecta a la situación procesal anteriormente generada o por generarse, v. gr.: cuando existe principio de ejecución o porque los plazos procesales están corriendo.

El Tribunal Constitucional, en el tema del plazo de la prisión preventiva, nuevamente ha cambiado de posición, aunque sin señalarlo expresamente. Las últimas decisiones que se han expedido sobre ese constante problema son las recaídas en los Asuntos José Luis y Luis Frank Ayvar Cancho, de 27 de marzo de 2003(58). En estos casos, establece que si la nueva ley –de un contenido más limitativo que la anterior– entra en vigencia cuando el preso preventivo no ha cumplido el íntegro del plazo previsto en la ley vigente cuando se decretó la medida, entonces, la nueva ley es la aplicable, con lo que vuelve a la doctrina que había sentado en la sentencia recaída en el Asunto Poémape Chávez, de 9 de julio de 2002(59).

3. LEY PROCESAL PENAL POR RAZÓN DE LAS PERSONAS

El principio general en materia del ámbito de vigencia personal de la ley procesal penal consiste en que esta es de aplicación general a todas las personas, cualquiera que fuese su condición subjetiva. Este principio está incardinado en la idea, constitucionalizada, de igualdad ante la ley (art. 2°.2 de la Constitución). Sin embargo, desde siempre se reconoce a determinadas personas, por excepción y en razón de la función pública que desempeñan, el estar excluidas temporalmente –mientras dure el cargo– de la persecución penal. Se trata de un privilegio real o funcional, de ahí su carácter temporal.

No pertenece a esta área de problemas la denominada *Inviolabilidad de los congresistas y magistrados del Tribunal Constitucional*, en cuya virtud

(58) STC, Exp. N° 0506-2003-HC/TC, Asunto José Luis Ayvar Cancho, de 27 de marzo de 2003; y STC, Exp. N° 539-2003-HC/TC, Asunto Luis Frank Ayvar Cancho, de 27 de marzo de 2003 (http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/0506-2003-HC.html y http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/0539-2003-HC.html, respectivamente). En estricto derecho procesal, esa es una posición más correcta, tanto más si –como insistimos– no podemos seguir al TC de España, pues la ley fundamental del Perú no tiene las adiciones que tiene la española, aunque cabe acotar que esa definición es un problema del derecho transitorio y que si la ley analizada no hubiera fijado una disposición transitoria única, el CPC fijaba un criterio distinto que no haría aplicable la ley vigente al definirse la excarcelación.

(59) STC, Exp. N° 309-2002-HC/TC, Asunto Roberto Carlos Poémape Chávez, de 9 de julio de 2002; y STC, Exp. N° 310-2002-HC/TC, Asunto Roger J. Poémape Chávez, de 9 de julio de 2002 (*El Peruano*, Lima, 16 de agosto de 2002, pp. 5228-5230).

quienes gozan de este privilegio no pueden ser castigados en tanto se trate de delitos de expresión, a tenor de los arts. 93°, segundo párrafo, y 201°, segundo párrafo, de la Constitución(60). Esta excusa absolutoria o inmunidad de jurisdicción material no se traduce en una inaplicabilidad de la ley procesal por un obstáculo temporario para la persecución penal(61).

BERNALES BALLESTEROS y otros consideran que la *inmunidad parlamentaria* consiste en que los congresistas no son responsables ante autoridad ni tribunal alguno por los votos u opiniones que emiten en el ejercicio de sus funciones, mientras que la *inviolabilidad* es un componente de la inmunidad que consiste en la prohibición de que un congresista pueda ser detenido o procesado sin haber gozado, previamente, de las inmunidades de arresto y de proceso(62). Las denominaciones utilizadas para las definiciones no son correctas; conforme a uniforme doctrina, la *inviolabilidad* es un instituto de Derecho Penal material de relevancia constitucional, que implica una exención de responsabilidad de determinados sujetos en relación con su cargo; mientras que la inmunidad es un instituto de Derecho Procesal Penal de relevancia constitucional que importa obstáculos a la persecución penal(63).

Dos son las situaciones que generan la imposibilidad transitoria de perseguir penalmente a una persona. La primera está referida a los *privilegios establecidos en el Derecho Internacional*. MAIER acota que esta institución es una derivación del privilegio de extraterritorialidad del que goza el país extranjero cuando obra como tal, esto es, como persona de Derecho público(64). Comprende a los Jefes de Estado extranjeros, a los Embajadores y Ministros Plenipotenciarios y a sus familiares, incluyendo al personal administrativo y técnico de las misiones diplomáticas. Entre las fuentes normativas se tiene al Código de Bustamante, al Tratado de Montevideo de 1889, la Convención de la Habana sobre funcionarios diplomáticos de 20 de febrero de 1928 y el Convenio de Viena de 18 de abril de 1961. Por lo general, este privilegio cesa si el Estado extranjero permite la persecución

---

(60) HURTADO POZO: *Manual de Derecho penal*, cit., p. 397.

(61) MAIER: *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 252.

(62) BERNALES BALLESTEROS, Enrique; HUÁROC PORTOCARRERO, Jean Carlo; MENDOZA CÁNEPA, Raúl; OTÁROLA PEÑARANDA, Alberto; PRADO RAMOS, Alfredo: *Manual Parlamentario*, Comisión Andina de Juristas/USAID, Lima, 2003, p. 180.

(63) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; SERRANO-PIEDECASAS, José; GARCÍA RIVAS, Nicolás: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Praxis, Barcelona, 1999, p. 74; MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 2000, pp. 194-202; GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 846.

(64) MAIER: *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 249.

de su representante, si cesa en su cargo o representación, o si desaparece la personería internacional del Estado extranjero como tal.

La segunda situación abarca a los altos dignatarios que taxativamente precisa la Constitución. De un lado, según el art. 99° de la Constitución, por la imputación de delitos de función, esto es, que cometen en el ejercicio de su función, se encuentran el Presidente de la República –en los límites impuestos por el art. 117°–, los Congresistas, los Ministros de Estado, los Magistrados del Tribunal Constitucional, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, los Vocales de la Corte Suprema, los Fiscales Supremos, el Defensor del Pueblo y el Contralor General de la República. De otro lado, en atención a lo prescrito en los arts. 93°, tercer párrafo, 161°, segundo párrafo, y 201°, segundo párrafo, el impedimento de prisión y procesamiento, por delitos ordinarios no vinculados a la función que desempeñan, en el caso de los congresistas, el Defensor del Pueblo y los Magistrados del Tribunal Constitucional. Se trata de lo que se denomina el privilegio –funcional o real– de la inmunidad, que constituye un impedimento procesal y se funda en la necesidad de que esas funciones sean ejercidas eficientemente, contra lo cual conspira la posibilidad de someter continuamente a esos funcionarios a un procedimiento de persecución penal y a la autoridad judicial.

La *inmunidad* consiste, de un lado, en que toda imputación por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en estas, requiere la previa autorización del Congreso a través del procedimiento de acusación constitucional: la Comisión Permanente del Congreso acusa ante el Pleno del Congreso. Si el Congreso aprueba la acusación y emite resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación denuncia ante la Corte Suprema, correspondiendo al Vocal Supremo Penal abrir la instrucción correspondiente (arts. 99° y 100° Const.). El trámite parlamentario está regulado por el Texto Único Ordenado del Reglamento del Congreso publicado el 30 de junio de 1998.

De otro lado, y en el caso exclusivo de los congresistas (art. 93°, tercer párrafo, Const.), del Defensor del Pueblo (art. 161°, tercer párrafo, Const.) y de los Magistrados del Tribunal Constitucional (art. 201°, segundo párrafo, Const.), la inmunidad también abarca los delitos no funcionales u ordinarios. En esos casos, los congresistas 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 en 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. Similar procedimiento debe seguirse cuando se trata del Defensor del Pueblo, a tenor

de lo dispuesto en el art. 5° *in fine* de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Ley N° 26520, de 8 de agosto de 1995. Los Magistrados del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad que los congresistas (art. 201°, segundo párrafo, Const.), en cuya virtud –según el art. 13° de la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 6 enero de 1995– en los delitos ordinarios o no funcionales para su detención o procesamiento se requiere la autorización del Pleno del Tribunal, salvo flagrante delito en cuyo caso deben ser puestos a disposición del Tribunal para que decida lo conveniente.

A tenor de las normas constitucionales citadas, es del caso puntualizar que la inmunidad consiste en un especial reforzamiento de las garantías procesales en los procesos penales que se pudieran seguir contra altos dignatarios por cualquier tipo de infracción penal cometida (se encuentre o no relacionada con su función oficial), independientemente del momento de su comisión (antes o durante el mandato). La inmunidad tiene un carácter temporal: se mantiene –según nuestra Constitución– desde la elección hasta un mes después de haber cesado en el cargo, para el caso de delitos ordinarios, y durante el cargo y hasta cinco años después de que hayan cesado en estas, para el caso de los delitos funcionales. Se refleja, como afirma MORENO CATENA, en una doble garantía: la imposibilidad de proceder a su detención, salvo el caso de delito flagrante, y la necesidad de una autorización de carácter político (solicitada a través de un requerimiento por cualquier congresista o por la persona directamente agraviada, lo que no excluye por cierto al Ministerio Público en cuanto órgano acusador del Estado) que debe otorgar el Congreso o el Pleno del Tribunal Constitucional, según el caso(65).

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en dos ocasiones concretas en materia de inmunidad. En un primer fallo, reconoció que a los Magistrados del Tribunal Constitucional les asiste la prerrogativa de inmunidad (art. 201, segundo párrafo, en concordancia con el art. 93°, tercer párrafo, Const.), la cual debe ser entendida en un sentido amplio, esto es, que dichos magistrados no pueden ser detenidos ni procesados (cualquiera que sea la naturaleza de la imputación, o el momento de la presunta comisión de un delito), sino dentro del procedimiento preestablecido, es decir, con plena autorización del Pleno del Tribunal, conforme al art. 13° de la Ley Orgánica N° 26435 (STC, Exp. N° 430-97-HC/TC, Asunto Delia Revoredo de Mur y otros, de 15 de enero de 1998). En un segundo fallo, entendió que la inmunidad parlamentaria es una prerrogativa de los miembros del Poder Legislativo consistente en la imposibilidad de que sean procesados o detenidos salvo flagrante delito previo levantamiento de la inmunidad por parte del correspondiente Poder Legislativo, lo que configura

(65) En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 846.

un impedimento procesal para la apertura de la instrucción penal, cuya estricta observancia constituye un elemento de especial importancia del procedimiento preestablecido por la ley y, desde tal perspectiva, como atributo integrante del derecho al debido proceso (STC, Exp. N° 1011-2000-HC/TC, Asunto Francisco Errázuriz Talavera, de 18 de enero de 2001).

Es de precisar que este segundo fallo del Tribunal Constitucional tiene un elemento adicional: se aplicó el art. 343° del Tratado de La Habana o Código de Bustamante ("No están sujetos en lo penal a la competencia de los jueces y tribunales de los Estados contratantes, las personas y los delitos y faltas a que no alcanza la ley penal del respectivo Estado"), por considerar que el Señor Errázuriz, cuando ocurrieron los hechos imputados, era un Senador de Chile y que a él no le alcanza la ley penal chilena, porque la Constitución de ese país le reconoce la prerrogativa de inmunidad. Este último criterio no es de recibo, en tanto que la inmunidad sólo representa un obstáculo procesal, no es una excusa absolutoria; no se trata de la inviolabilidad, que sí representa una excepción a la aplicación del Derecho Penal.

III. INTERPRETACIÓN DE LA LEY PROCESAL PENAL

Desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas es la labor de la teoría de la interpretación jurídica. Al respecto Reinhart MAURACH apunta que "se entiende por interpretación la determinación del sentido de los preceptos jurídicos para el objeto de su aplicación a situaciones concretas de hecho"(66). En lo específicamente procesal, es del caso precisar dos principios hermenéuticos: a) la conformidad constitucional del resultado interpretativo; y, b) dentro de los márgenes establecidos líneas arriba, la afiliación a los métodos gramatical, histórico, teleológico, etc.

Señala CORTÉS DOMÍNGUEZ que la interpretación de las normas procesales debe hacerse por los órganos judiciales en consonancia con los preceptos y principios constitucionales y de acuerdo con los criterios que emanen del Tribunal Constitucional, con lo que se somete la ley ordinaria al imperio de la Constitución, que es la que define el sentido y el espíritu de todo el ordenamiento jurídico. Igualmente, y dentro de los márgenes establecidos por el primer principio, las normas procesales deben interpretarse de acuerdo con el sentido propio de sus palabras en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del

(66) MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl y ZIPF, Heinz: *Derecho penal. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1994, T. I, p. 142.

tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas(67).

Tampoco es posible olvidar que la interpretación válida debe ser *sistemática*, es decir, que la interpretación, en atención al principio de unidad del ordenamiento jurídico, debe hacerse siempre evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones(68). De igual manera es pertinente tener presente que toda interpretación debe realizarse teniendo en consideración las transformaciones del medio social, cultural y político, lo que permite que las leyes conserven su lozanía y vigencia no obstante el tiempo que pueda transcurrir(69).

El art. IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 1991 contiene dos directivas de carácter material en materia de interpretación de la ley procesal. La primera, estatuye que todas las disposiciones que restringen la libertad del imputado, limiten el ejercicio de sus facultades o de un poder conferido a los sujetos procesales, serán interpretadas restrictivamente. Al respecto, la interpretación será *restrictiva* –como apunta HURTADO POZO siguiendo a Karl LARENZ–, cuando se limita el significado de una expresión estrictamente al núcleo de la representación, esto es, a aquella zona central sólida donde su aplicación es predominante y cierta(70). Como quiera que las normas que restringen o limitan la libertad del imputado y el ejercicio de derechos y facultades procesales de las partes importan una afectación básica al entorno jurídico de los sujetos procesales y, por lo general, son normas de relevancia constitucional por estar en juego la presunción de inocencia y el derecho de defensa, es absolutamente razonable admitir que su interpretación debe ser restrictiva. Esto último significa, en el caso concreto, que la interpretación normativa debe realizarse en el sentido más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales.

En torno a la citada Disposición IX del Título Preliminar, VIADA y ARAGONESES sostienen que la interpretación restrictiva está referida a normas procesales en las que la ley penal sustantiva puede producir un determinado efecto perjudicial, medidas cautelares, las que por su similitud con las penas exigen ese criterio de aproximación hacia los criterios interpretativos de las normas penales peruanas(71).

---

(67) En: MORENO CATENA *et al.*: *Introducción al Derecho procesal*, cit., p. 317.

(68) SOLER, Sebastián: *Derecho penal argentino*, TEA, Buenos Aires, 1983, T. I, p. 141.

(69) COUSIÑO MAC IVER, Luis: *Derecho penal chileno. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975, T. I, p. 113.

(70) HURTADO POZO: *Manual de Derecho penal*, cit., pp. 196 y 174.

(71) VIADA, Carlos y ARAGONESES, Pedro: *Curso de Derecho procesal penal*, 3ª ed., Editorial Prensa Castellana, Madrid, 1971, T. I, p. 68.

La segunda directiva tiene que ver con los supuestos de duda entre varias opciones hermenéuticas, entendida como un supuesto realmente excepcional, en tanto que el juez siempre debe elegir la interpretación correcta al amparo de las reglas de interpretación reconocidas por la dogmática jurídica[72]. En este caso, debe estarse a lo más favorable al reo (*"in dubio mitius"*). Esta directiva, negada por muchos juristas (LEONE, FONTÁN BALESTRA, CURY URZÚA, etc.) tiene que ver con la idea de limitación de los poderes punitivo y coercitivo del Estado, una de cuyas concreciones se expresa en el principio del *favor rei*.

Finalmente, el Tribunal Constitucional ha establecido tratándose de estos casos de "interpretación de la Ley procesal penal", que en los casos en que el texto aislado de una norma concreta permita un resultado inconstitucional, debe acudirse a la interpretación sistemática, a cuyo efecto es de invocar en el análisis interpretativo las normas ordinarias que rigen una determinada institución procesal, como sería el caso por ejemplo de la prisión preventiva y del procesamiento penal, integrando de ese modo lo dispuesto en el art. 13° del Decreto Ley N° 25475 con lo dispuesto en el art. 77° del Código de Procedimientos Penales y en el art. 135° del Código Procesal Penal (STC, Exp. N° 010-2002-AI/TC, Asunto Inconstitucionalidad de legislación sobre terrorismo, de 3 de enero de 2003) [73]. De otro lado, aunque en esa misma perspectiva, el Tribunal Constitucional ha señalado que las normas constitucionales sobre detención, en especial el art. 2°.24.'f') de la ley fundamental, deben interpretarse de manera teleológica, vale decir, "como prescripciones garantistas con la finalidad de tutelar el derecho a la libertad individual" (STC, Exp. N° 1364-2000-HC/TC, Asunto Alfredo Sihuay Morales, de 19 de enero de 2001; y STC, Exp. N° 1318-2000-HC/TC, Asunto Cornelio Lino Flores, de 19 de enero de 2001) [74].

IV. EL PROCESO PENAL

El proceso penal, como recuerda DE LA OLIVA SANTOS, es un instrumento esencial de la jurisdicción, de la función o potestad jurisdiccional. Decir el *Derecho* no puede ser instantáneo, sino que a él se llega a través de una serie o sucesión de diferentes actos, llevados a cabo a lo largo del tiempo. Para imponer una pena resulta imprescindible la garantía procesal, como lo exige el art. 139°.10 de la Constitución, que es la concreción del principio *nullun*

---

[72] JESCHECK: *Tratado de Derecho penal*, cit., Vol. I, p. 208.

[73] *El Peruano*, Lima, 4 de enero de 2003, pp. 236530-236553.

[74] *El Peruano*, Lima, 11 de abril de 2001, pp. 4001-4002; y 13 de abril de 2001, pp. 4003-4004.

poena (y, antes, *nullun crimen*) *sine previa lege penale et sine previo processo penale* (75). El proceso penal es, pues, necesario. A través de él, los titulares de la potestad jurisdiccional cumplen las funciones atribuidas constitucionalmente. Al respecto, MONTERO AROCA aclara que el Derecho Penal se actúa única y exclusivamente por los tribunales y precisamente por medio del proceso(76).

Podemos definir el proceso penal, desde un punto de vista descriptivo, como el conjunto de actos realizados por determinados sujetos (jueces, fiscales, defensores, imputados, etc.), con el fin de comprobar la existencia de los presupuestos que habilitan la imposición de una sanción y, en el caso de que tal existencia se compruebe, establecer la cantidad, calidad y modalidades de esta última(77). El proceso penal busca, pues, proteger la integridad del ordenamiento jurídico penal, que en nuestro país, no solo importa imponer –siempre que dicho ordenamiento punitivo haya sido vulnerado– la pena o medida de seguridad respectiva, sino también determinar conjuntamente las consecuencias civiles de los mismos hechos (art. 92° del Código Penal). En otros términos más precisos, el proceso penal es un instrumento previsto por el Estado para la realización del Derecho punitivo y, como tal, tiene un carácter necesario, es de interés público y tiene una finalidad práctica(78).

El proceso penal, como ya se ha dejado sentado, tiene como marco de referencia un conflicto suscitado entre el delincuente y la sociedad, que es del caso que el Estado decida. Todo proceso penal importa enjuiciar una conducta que se reputa delictiva. Para que sea posible este enjuiciamiento, debe existir una *acusación* del Ministerio Público y reconocerse el equivalente derecho de *defensa* del imputado; además, su dilucidación requiere de una *contradicción* efectiva, sobre la base de argumentos jurídicos y pruebas concretas y determinadas, cuyo corolario es la sentencia penal.

Paralelamente, el proceso penal es un "proceder", es decir, un procedimiento regulado en la Ley(79). A través de él se realizan actividades de investigación, destinadas a reunir la prueba necesaria para determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de su perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la

---

(75) DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit. pp. 4-5.

(76) 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. 12.

(77) BINDER: *Introducción al Derecho procesal penal*, cit., p. 49.

(78) CALDERÓN CEREZO, Angel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: *Derecho Procesal Penal*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 18.

(79) GÓMEZ ORBANEJA / MARÍA HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 2.

existencia del daño causado, con fines de enjuiciamiento y la consiguiente condena o absolución.

El proceso penal, como ya se ha apuntado invocando a ROXIN, tiene como objetivo la decisión sobre la punibilidad del inculpado, pero no cualquier decisión, sino aquella: a) materialmente correcta; b) alcanzada con arreglo al ordenamiento procesal; y, c) creadora de la paz jurídica(80).

La anterior precisión de ROXIN obliga a tomar en consideración al fin social que persigue el proceso penal. Dos ideas centrales aportan al respecto RIFÁ SOLER y VALLS GOMBAU(81), quienes señalan, en primer lugar, que el proceso penal persigue tanto el castigo del responsable penal cuanto la protección del inocente mediante una serie de garantías procesales que eviten su sometimiento a vejaciones odiosas o a una condena injusta; y, en segundo lugar, la justa protección de los perjudicados, erradicando la autotutela. Esta perspectiva múltiple del proceso penal, insisten dichos autores, lo hacen girar en torno a dos principios constitucionales básicos: el principio acusatorio penal (arts. 139°.4 y 159°.5 Const.) y la presunción de inocencia (art. 2°.24.'e' Const.).

V. SISTEMAS PROCESALES

1. ASPECTOS GENERALES

El proceso y el Derecho Procesal es, como materia de estudio, un objeto cultural. Es creado por el hombre a medida que establece formas de convivencia y, por ello, el contenido de sus reglas es contingente(82). En el marco de la represión de los delitos, la influencia del tiempo ha sido más sensible a las evoluciones de cada momento histórico, en atención a la gama de preocupaciones jurídicas, ciudadanas y políticas.

Históricamente se han dado tres grandes sistemas procesales penales que han determinado la configuración externa del proceso penal. Se trata de los sistemas acusatorio, inquisitivo y mixto, que se suceden en su aparición y responden a criterios dispares.

2. SISTEMA ACUSATORIO

El carácter esencial de este sistema es que configura el proceso como una contienda entre partes iguales frente a un juez imparcial supra partes.

---

(80) ROXIN: *Derecho procesal penal*, cit., p. 2.

(81) RIFÁ SOLER, José María y VALLS GOMBÁU, José Antonio: *Derecho procesal penal*, Iurgiun Editor, Madrid, 2000, p. 24.

(82) MAIER: *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 259.

Inicialmente se consideró que el ofendido por el delito era el único que podía ser acusador. Luego se estimó –en una primera etapa– que el delito también ofende a la sociedad, por lo que acusador podría ser cualquiera del pueblo, y –en una segunda etapa– que la persecución debía asumirla el Estado conforme al principio de legalidad.

Sus características son:

1. El proceso se pone en marcha cuando un particular formule la acusación. El Juez no procede de oficio.

2. La acusación privada determina los ámbitos objetivo y subjetivo del proceso, es decir, el hecho punible y la persona que se va a procesar.

3. Rige el brocardo "*iuxta allegata et probata*", es decir, el juez no investiga los hechos ni practica pruebas no ofrecidas por las partes.

4. El juez no puede condenar ni a persona distinta de la acusada, ni por hechos distintos de los imputados. Es el principio de inmutabilidad de la imputación.

5. El proceso se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad, permaneciendo el acusado en libertad.

3. SISTEMA INQUISITIVO

El carácter esencial del proceso inquisitivo es el predominio absoluto del juez, que es al mismo tiempo acusador, contra un acusado colocado en situación de desigualdad. Se estimó que existe un interés público en la persecución del delito, pero se unificó en una misma persona, el juez, las funciones de acusación y enjuiciamiento.

Sus características son:

1. La iniciación del proceso no depende de un acusador. Rige el brocardo "*procedat iudex ex officio*".

2. El Juez determina subjetiva y objetivamente la acusación.

3. La investigación de los hechos y la fijación de las pruebas a practicar las realiza el juez-acusador.

4. No existe correlación entre acusación y sentencia. El juez puede en cualquier momento alterar la acusación.

5. No hay contradicción ni igualdad. No hay partes. Los poderes del juez son absolutos frente a un acusado inerme ante él. Lo normal es la detención.

Sobre esa base también surgió la figura del juez profesional, la escritura y el secreto, la denuncia o delación como forma de hacer llegar al juez la

notitia criminis, la no motivación de las sentencias, la concesión de recurso de apelación en dos efectos(83).

4. SISTEMA MIXTO

El carácter esencial de este sistema, surgido al calor de la revolución francesa, es la ruptura de los sistemas anteriores, es decir, la persecución judicial de los delitos no es un derecho de los particulares y el juez no puede ser al mismo tiempo acusador.

Sus características, señala Joan VERGUER GRAU(84), son:

1. La separación entre la función de acusar, la de instruir y la de juzgar, confiadas a órganos distintos, esto es, al fiscal, al Juez de Instrucción y al tribunal con jurado, respectivamente.

2. Excepto para el Tribunal con jurado, rige el principio de la doble instancia.

3. También rige el principio del Tribunal colegiado.

4. La justicia está a cargo de jueces profesionales, excepto cuando interviene el jurado.

5. La prueba se valora libremente.

6. La acción penal es indisponible y rige el principio de necesidad en todo el curso del procedimiento. La acción penal también es irretractable.

VI. SISTEMA PROCESAL PERUANO

En rigor, durante nuestra compleja historia patria, se han sucedido tres leyes procesales integrales: a) El Código de Enjuiciamiento en Materia Penal; b) el Código de Procedimientos en Materia Criminal; y, c) el Código de Procedimientos Penales. Igualmente, se promulgó el Código Procesal Penal, pero el grueso de sus normas se encuentran suspendidas.

1. EL CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTOS EN MATERIA PENAL

Entró en vigencia el 1° de marzo de 1863. Tiene una marcada influencia española. Sus características son las siguientes:

---

(83) MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III, (*Proceso penal*), ed. 1991, pp. 18-20.

(84) VERGUER GRAU, Joan: *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1994, pp. 38-39.

1. El proceso –juicio criminal– se divide en dos etapas: sumario y plenario. El sumario tiene por objeto descubrir la existencia del delito y la persona del delincuente. El plenario, comprobar la culpabilidad o inocencia del imputado, y condenarlo o absolverlo.

2. Se permiten los acusadores particulares y la acusación popular. El Fiscal tiene la obligación de acusar y de cooperar a la acusación que entable el agraviado o quien lo represente. El Juez, sin embargo, puede actuar de oficio.

3. El procedimiento es escrito. El plenario se limita a analizar la prueba obtenida durante el sumario, la cual tiene marcos tasados muy claros y una clasificación entre prueba plena, semiplena e indicios. Corresponde al Agente o Promotor Fiscal formalizar la acusación formulada por el acusador. Existe una oportunidad de actuar nuevas pruebas en un plazo de seis días comunes prorrogables hasta quince días, previa confesión o declaración del imputado.

4. El imputado es incomunicado hasta que preste su instructiva. La captura es obligatoria en las causas en que el Fiscal tenga obligación de acusar (todas, menos en delitos contra la honestidad, el honor, hurtos domésticos y lesiones leves). Si se pasa a la etapa del plenario, el auto de prisión es obligatorio. La libertad bajo fianza siempre es consultable.

5. Contra la sentencia del Juez del Crimen se puede interponer recurso de apelación ante la Corte Superior, que absuelve el grado previa vista del Fiscal. Contra ese fallo existe recurso de nulidad, sea por infracción de la ley en la aplicación de la pena o por omisión de algún trámite o diligencia esencial.

6. Profusión de impugnaciones. Son apelables no solo las sentencias, sino los autos definitivos sobre la jurisdicción o personería, y los que denieguen la prueba ofrecida dentro del término probatorio, así como los autos de detención, prisión y demás interlocutorios. La única decisión no impugnable son los decretos de mera sustanciación.

7. No se permite la condena del ausente. El Código regula los procedimientos de la querella, el juicio por falta y el proceso de revisión.

2. El Código de Procedimientos en Materia Criminal

Entró en vigencia el 2 de enero de 1920. Tiene definida influencia francesa. Sus características más saltantes son:

1. La acción penal es pública. Se ejercita por el Ministerio Fiscal y de oficio, excepto en delitos privados y cuando proceda acción popular. Rige el principio de legalidad. Se incorpora la acción civil por los daños causados por el crimen, delito o contravención, la cual se ejercita por los que han sufrido el daño acumulativamente con la acción penal.

2. Se incorporan las excepciones y las cuestiones prejudiciales, que son resueltas por el Superior Tribunal.

3. El proceso se divide en dos etapas, ambas dirigidas por un Juez: la instrucción, cuyo objeto es reunir los datos necesarios sobre el delito cometido, y sobre sus autores, cómplices o encubridores, para que pueda realizarse el juzgamiento; y el Juicio Oral a cargo del Tribunal Correccional o del Jurado.

4. La instrucción es reservada y escrita. Puede iniciarse de oficio en los casos de delitos flagrante y cuasi flagrante. Contra el imputado puede dictarse orden de comparecencia o de detención siempre que se conozca o presuma quién es el delincuente. Las causales de detención son muy amplias.

5. El Juicio es oral y público, sea ante el Tribunal Correccional o ante el Jurado. La asistencia del Fiscal es obligatoria, así como del acusado y del abogado defensor. El Tribunal aprecia las pruebas con criterio de conciencia, pero en el fallo debe exponer las razones de su decisión. La sentencia solo tiene en consideración lo pasado en los debates (los documentos y declaraciones leídos en los debates son los únicos que pueden servir como medios de prueba).

6. Contra los fallos del Tribunal Correccional procede recurso de nulidad. La Corte Suprema tiene facultad de conocer sobre los hechos y, en su caso, está autorizada a absolver al indebidamente condenado, pero no puede hacerlo respecto del absuelto.

7. Se reconocen como procedimientos especiales los seguidos por delitos de injurias, calumnias y contra la honestidad, por delitos flagrantes y por faltas.

3. El Código de Procedimientos Penales

Se promulgó el 23 de noviembre de 1939. Tiene las siguientes características:

1. Insiste en reconocer que el proceso se desarrolla en dos etapas: la instrucción (reservada y escrita) y el juicio (público y oral); que se realiza en instancia única y su iniciación está informada por el principio de legalidad u oficialidad; que la acción penal es pública o privada; que contra los fallos de los Tribunales Correccionales solo procede recurso de nulidad; que el Juez Instructor no tiene competencia para dictar sentencia; que los hechos y las pruebas se aprecian con criterio de conciencia; y que no se condena al ausente.

2. Otorga una nueva dimensión a la instrucción. No solamente se supera la concepción de considerarla como una mera etapa preparatoria del juicio, sino que se confiere la calidad de prueba a los actos de investigación contenidos en las actas, que al leerse pueden ser invocadas por el Tribunal en la sentencia.

3. Se elimina el Jurado. La justicia penal se ejerce por jueces profesionales.

4. La acción civil derivada del delito es obligatoria.

5. Se reconocen como procedimientos especiales: el seguido para delitos de calumnia, difamación, injuria y contra el honor sexual; el seguido por delitos de imprenta y otros medios de publicidad; el juicio por faltas; y las audiencias públicas extraordinarias.

4. LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL ESPECIAL

Con posterioridad a 1940 y, fundamentalmente, en las dos últimas décadas, se han dictado una serie de leyes procesales penales que, de hecho, han alterado sustancialmente el modelo del Código de Procedimientos Penales, estatuto de por sí involutivo en comparación con el de 1920 al reforzar las formas inquisitivas en desmedro de las acusatorias y garantistas. Estas normas han venido incorporando instituciones de dudosa legitimidad e instituyendo procedimientos más restrictivos y de naturaleza especial. Es de destacar los siguientes:

1. El Juez Instructor recupera competencia para emitir sentencias. *Primero*, en el año 1964, con la Ley Orgánica del Poder Judicial, se le autoriza a sentenciar en los juicios sujetos a ejercicio privado de la acción penal. *Segundo*, con el Decreto Ley N° 17110, de 8 de noviembre de 1969, que crea el denominado "juicio sumario" y le permite emitir sentencia en siete delitos de menor entidad. *Tercero*, en el año 1981 y, luego, en el año 1992, con el Decreto Legislativo N° 124 y el Decreto Ley N° 26147, respectivamente, se amplía sustancialmente su competencia multiplicando los delitos objeto de dicho procedimiento, en el que se elimina el Juicio Oral y no se toma en cuenta el principio del "juez no prevenido". *Cuarto*, en el año 1996 con la Ley N° 26689, el juicio sumario pasa a convertirse en el proceso-base, puesto que salvo expresos delitos graves, todas las figuras han sido "sumarizadas".

2. El Decreto Legislativo N° 52, Ley Orgánica del Ministerio Público, de 21 de abril de 1981, estableció el monopolio del ejercicio de la acción penal en los delitos de persecución pública y limitó el procedimiento judicial para forzar la acusación al control jerárquico, sin perjuicio de instituir a la Fiscalía como el órgano encargado de supervigilar y orientar la investigación policial del delito.

3. Tres normas con rango de ley han alterado instituciones sustanciales del procedimiento penal. En primer lugar, el Decreto Legislativo N° 126, de 12 de junio de 1981, modificó –entre otras instituciones– las cuestiones prejudiciales, las excepciones, los incidentes, la instructiva y el juicio oral. En

segundo lugar, el Decreto Ley N° 21895, de 2 de agosto de 1977, reformó la estructura del Atestado Policial, eliminó su ratificación en sede judicial, mejoró la regulación de los embargos y del recurso de nulidad, y autorizó la presencia del Juez de Paz en las "diligencias especiales" cuando por razones de distancia no pueda estar presente el Juez Instructor. En tercer lugar, la Ley N° 24388, de 3 de diciembre de 1985, redefinió el objeto de la instrucción, dio valor de elemento probatorio a las actuaciones de la Policía Judicial, siempre que en ellas hubiera intervenido el Fiscal y el abogado defensor del implicado, así como permitió la libertad condicional a solicitud de parte y que si se trataba de un solo imputado esta importaba el sobreseimiento de la causa.

4. El Decreto Ley N° 22633, de 14 de agosto de 1979, instauró el procedimiento denominado *sumaria investigación*. Este procedimiento se concentró en los delitos contra el honor cometidos por medio de órganos de comunicación social, en el cual se previó tres instancias, sin juicio oral ni publicidad.

5. El Decreto Ley N° 25582, de 22 de junio de 1992, creó una modalidad de *procedimiento por colaboración eficaz* en los delitos en agravio del Estado, con excepción de los delitos de tráfico ilícito de drogas y terrorismo. En estas causas, si el imputado proporciona información eficaz, oportuna y significativa, se le exime de pena y pasa a la condición de testigo.

6. La Ley N° 26320, de 2 de junio de 1994, incorporó el *procedimiento de terminación anticipada*, bajo la influencia del *pattegiamento* italiano y la originaria fórmula colombiana. Este procedimiento inicialmente se circunscribió a la figura básica de tráfico ilícito de drogas y a los tipos periféricos y luego, mediante la Ley N° 26461, de 8 de junio de 1995, se extendió a los delitos aduaneros (la actual Ley de los Delitos Aduaneros, Ley N° 28008, de 19 de junio de 2003, mantiene esta postura). Se caracteriza porque en la etapa de instrucción el imputado, en el marco de una audiencia especial y privada, puede acordar con el fiscal la aceptación de los cargos y consensuar una sanción, lo que determinará una sentencia consensuada impuesta por el Juez.

7. El Decreto Legislativo N° 815, de 20 de abril de 1996, de un lado, instauró un procedimiento por colaboración eficaz, con fuerte intervención de la Administración Tributaria, y que permite impunidades y atenuaciones especiales de pena a los que presten información veraz, oportuna y significativa en relación a los delitos tributarios; y, de otro lado, posibilitó, bajo pago de recompensas, las informaciones de terceros al delito para descubrirlo y sancionar a sus autores. Además, en el control penal tributario, el Decreto Legislativo N° 813, del mismo 20 de abril de 1996, eliminó la prejudicialidad de los delitos tributarios, previno que la investigación del delito tributario es de competencia de la Administración Tributaria y que ella –si lo tiene

a bien– puede denunciarlo; delito que por lo demás no puede iniciarse de oficio, sino solo a instancia de la autoridad tributaria. En esta investigación preprocesal del delito, no interviene el Ministerio Público.

8. El Decreto Legislativo N° 824, de 24 de abril de 1996, instituyó un procedimiento de colaboración eficaz para los delitos de tráfico ilícito de drogas, salvo para los dirigentes, jefes y cabecillas de organizaciones dedicadas al tráfico ilícito de drogas. Esta norma también incorporó las técnicas de investigación denominadas *remesa controlada* y *agente encubierto,* bajo el control del Ministerio Público.

9. Los Decretos Legislativos N° 312, de 12 de noviembre de 1984, y 653, de 30 de julio de 1991, introdujeron una medida cautelar innovativa en los casos de delitos de usurpación denominada *ministración provisional de posesión*, en cuya virtud el agraviado o despojado de un bien inmueble puede solicitar a la justicia penal, de modo inmediato y previa inspección ocular, se desaloje al imputado o a quienes estén en el predio, sin perjuicio de continuar con la secuela del proceso penal.

10. En los delitos de más fuerte incidencia estadística, como son los de tráfico ilícito de drogas y terrorismo, desde el año 1978 se ha venido construyendo una legislación procesal especial, con un marcado acento restrictivo en cuanto a los derechos fundamentales y una desmesurada concesión de poderes a la administración, en desmedro de la jurisdicción.

En cuanto al delito de *tráfico ilícito de drogas*, el Decreto Ley N° 22095, de 21 de febrero de 1978, al igual que el Decreto Ley N° 22929, de 4 de marzo de 1980, amplió los poderes coercitivos autónomos de la policía y limitó severamente los derechos procesales de los imputados. Estas normas introdujeron al procedimiento común ordinario especialidades procedimentales circunscritas a las medidas limitativas de derechos, así como privilegios para el personal policial que investigaba estos delitos, tendencia que coronó el Decreto Legislativo N° 824, de 24 de abril de 1996, al prohibir tanto la concurrencia como testigos a los policías que han intervenido en las diligencias de investigación, cuanto el Hábeas Corpus para determinados supuestos de detención arbitraria.

Respecto al delito de *terrorismo*, la legislación de emergencia configuró un procedimiento con especialidades procedimentales y un procedimiento especial por colaboración eficaz, a través (a) del Decreto Ley N° 25499, de 16 de mayo de 1992, y (b) de la Ley N° 26620, de 19 de agosto de 1993, el mismo que culminó con (c) la Ley N° 26435, de 30 de agosto de 1994.

El *procedimiento antiterrorista* aún está regulado esencialmente por el Decreto Ley N° 25475, de 6 de mayo de 1992. En él ha destacado la fuerte

incidencia que se otorgó a la investigación policial, las importantes facultades que se confirieron a la policía (incomunicación y traslado de detenidos sin previa orden judicial), la obligación del mandato de detención, la prohibición de citar como testigos a los policías que intervinieron en la investigación, la competencia nacional de los jueces y tribunales, la figura de los *jueces* y *fiscales sin rostro*, la reducción irrazonable de los plazos procesales, etc. Paralelamente, se dispuso la intervención de la justicia militar para juzgar los tipos penales especialmente agravados de terrorismo, a los que se les denominó impropiamente *delitos de traición a la patria* (Decretos Leyes N° 25659, de 13 de agosto de 1992, y 25880, de 26 de noviembre de 1992, y Ley N° 26508, de 21 de julio de 1995); estos ilícitos estuvieron sujetos al procedimiento previsto en los Decretos Leyes N° 25708, de 10 de setiembre de 1992, y 25744, de 27 de setiembre de 1992, que contemplaban una investigación policial con las mismas características que el procedimiento por el delito de terrorismo y el procedimiento judicial denominado "*juicio en teatro de operaciones*", que es un procedimiento sumarísimo al que se adicionó la figura del juez y del fiscal sin rostro.

Esta legislación, progresivamente, ha venido siendo normalizada, aunque no del todo. Se han dado tres instrumentos legislativos de reforma: a) La Ley N° 26248, de 25 de noviembre de 1993, que permitió el recurso o acción de revisión, sin necesidad de nueva prueba (una suerte de casación atípica), derogó la condena en ausencia del acusado, autorizó la acción de hábeas corpus ante el juez especializado de terrorismo y permitió la libertad incondicional, imponiéndole la consulta obligatoria al Superior Tribunal y suspendiéndose la excarcelación hasta la decisión de vista. b) La Ley N° 26671, de 12 de octubre de 1996, que puso punto final al juez y fiscal sin rostro. c) La Ley N° 26655, de 17 de agosto de 1996, que creó una Comisión Especial de Indultos, integrada por el Defensor del Pueblo, el Ministro de Justicia y un representante del Presidente de la República, para proponer a la máxima autoridad del Poder Ejecutivo indultos a los injustamente condenados por los delitos de terrorismo y traición a la patria.

11. El cambio más intenso, de un claro perfil involutivo, que ha padecido la legislación procesal nacional, sin embargo, partió de la Ley autoritativa N° 26950, de 19 de mayo de 1998, que facultó al Poder Ejecutivo para legislar sobre la materia de *Seguridad Nacional*. El art. 2° precisó que la delegación legislativa se circunscribe a erradicar la "situación de violencia creciente que se viene produciendo por las acciones de la delincuencia común organizada en bandas utilizando armas de guerra y explosivos y provocando un estado de zozobra e inseguridad permanente en la sociedad".

a) La primera norma promulgada, el Decreto Legislativo N° 895, de 23 de mayo de 1998, creó el denominado *delito de terrorismo agravado*, que

consistía "en integrar o ser cómplice de una banda, asociación o agrupación criminal que porta o utiliza armas de guerra, granadas y/o explosivos, para perpetrar un robo, secuestro, extorsión u otro delito contra la vida, el cuerpo y la salud, el patrimonio, la libertad individual o la seguridad pública, aunque para la comisión del delito actúe en forma individual". Paralelamente, configuró nueve modalidades típicas, destacándose la sanción penal a los mayores de 16 años y menores de 18 años de edad. Estos delitos eran de conocimiento de la justicia militar, a la que también se entregó la competencia para conocer de las acciones de hábeas corpus derivadas de la actuación de las autoridades policiales y militares. El modelo procesal era intensamente restrictivo, con detención obligatoria, prohibición de excarcelaciones, impedimento de citar como testigo a los policías que intervinieron en la fase preprocesal, enmarcados en un procedimiento sumarísimo que no podía demorar más de 20 días, prorrogables a 10 días en su fase de instrucción. Los reos no podían acogerse a beneficios penitenciarios y el régimen de internamiento era el de máxima seguridad con aislamiento celular continuo de un año. Tampoco se respetó la regla competencial del *forum comissi delicti*, pues la jurisdicción era nacional. Se consideraba que en estos delitos el agraviado era el Estado.

b) La segunda norma promulgada, el Decreto Legislativo N° 896, de 24 de mayo de 1998, denominado *de los delitos agravados*, introdujo nuevas circunstancias calificativas y redefinió siete delitos clásicos: asesinato, secuestro, violación sexual de menor de 14 años, violación de menor de edad seguida de muerte o lesiones graves, robo, robo agravado y extorsión. Estos delitos eran objeto de un procedimiento con determinadas especialidades procedimentales, inspirado en el modelo del *delito de terrorismo agravado*, pero ante la justicia ordinaria. A su configuración restrictiva y antigarantista (denegación de excarcelaciones, sumariedad del procedimiento, imposibilidad de convocar a los policías como testigos), se agregó una nota singular: la detención policial de 24 horas, pero a pedido de la policía el juez *obligatoriamente* (¡!) debía autorizar su prolongación hasta por 15 días, en que los detenidos permanecerían a disposición policial. El Decreto Legislativo N° 898, de 27 de mayo de 1998, incorporó dentro de ese modelo procesal a los delitos de tenencia de armas y explosivos y de sustracción de armas de fuego y armamento de guerra.

c) El Decreto Legislativo N° 899, de 28 de mayo de 1998, creó la figura penal denominada "*pandillaje pernicioso*", aplicable a adolescentes infractores, a la vez que modificó el Código del Niño y del Adolescente desde una perspectiva punitiva. Además, creó un nuevo delito: el descrito en el art. 148°-A del Código Penal, que castiga con pena privativa de libertad no menor de 10 años ni mayor de 20 años, al "(...) que instiga o induce a menores de edad a participar en pandillas perniciosas (...)".

d) Los Decretos Legislativos N° 901, de 31 de mayo de 1998, y 902, de 1° de junio de 1998, instituyen, de un lado, los beneficios clásicos del Derecho Penal premial y, de otro lado, el correspondiente procedimiento por colaboración eficaz. Los beneficios creados son los de reducción de la pena, exención de la pena y remisión de la pena, en la medida en que los arrepentidos abandonen su adscripción a las bandas criminales o que, según el caso, proporcionen información oportuna y veraz para desmantelar dichas organizaciones. El procedimiento está fuertemente intervenido por las Fuerzas de Seguridad y la participación judicial es ulterior y limitada a las constataciones realizadas por la policía. Este modelo premial por colaboración eficaz fue ampliado a los delitos de atentado contra el sistema crediticio mediante la Ley N° 27146, de 24 de junio de 1999, que modificó el art. 212° del Código Penal.

12. Un ámbito novedoso del control penal es el referido a la violencia familiar. Al respecto se publicó la Ley N° 26260, de 24 de diciembre de 1993, y, posteriormente, el Texto Único Ordenado de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar, aprobado por Decreto Supremo N° 006-97-JUS, de 27 de junio de 1997. Esta norma, reglamentada por Decreto Supremo N° 002-98-JUS, de 25 de febrero de 1998, en el orden procesal penal, incorporó otro presupuesto material para dictar mandato de prisión preventiva: el peligro de reiteración delictiva (art. 25°), por lo demás expresamente reconocida como finalidad legítima de esa medida por la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 7°), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todos, STEDH, Asunto Guzzardi, de 6 de noviembre de 1980, párr. 102) –aunque obviamente la función que cumple no es cautelar sino tuitiva(85)–, y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe N° 12/97, de 11 de marzo de 1997, párr. 32. Asimismo, autorizó al Juez Penal a dictar, durante el curso del proceso penal, medidas de protección en favor de la víctima y sus familiares (art. 26°), las que incluyen la posibilidad de fijar una pensión provisional de alimentos; y, estableció que los certificados de salud física y mental expedidos por los establecimientos de salud del Estado y de las Municipalidades tienen valor probatorio (art. 29°). Esta Ley fue modificada por la Ley N° 27306, de 15 de julio de 2000, precisando en lo pertinente que tienen valor probatorio los certificados médicos expedidos por los centros parroquiales y las instituciones privadas, previo convenio y autorización del Ministerio de Salud o del Ministerio Público o Poder Judicial (nuevo art. 29°); y, que tratándose de delitos de violación de la libertad sexual vinculados a la violencia familiar se extienden las medidas de protección previstas en la Ley.

(85) Cfr. MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco: "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", en *Justicia*, N° 1-2, Barcelona, 2002, p. 137.

13. La Ley N° 27335, de 31 de julio de 2000, no solo modificó diversos artículos del Código Tributario y extinguió sanciones tributarias, además modificó la tipificación del delito de comercio clandestino de productos del art. 272° del Código Penal. En la Novena Disposición Final estableció que el Juez al dictar auto de apertura de instrucción podía decidir directamente la adjudicación de petróleo, gas natural y sus derivados fijados en la Ley de Promoción de la Inversión de la Amazonía. Asimismo, agregó una causal de improcedencia del ejercicio de la acción penal una vez que el sujeto implicado haya superado determinados trámites administrativo-tributarios y el pago de las acotaciones respectivas.

En esa misma línea, al aprobarse el Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor, Decreto Supremo N° 039-2000-ITIN-CI, de 11 de diciembre de 2000, reiteró que antes de iniciar acción penal por los delitos cometidos en el ámbito de dicha Ley previstos en los arts. 165°, 190°, 191°, 216°, 217° 218°, 219°, 220°, 222°, 223°, 224°, 225°, 238°, 239° y 240° del Código Penal, el Fiscal deberá requerir Informe técnico al Indecopi, el mismo que sólo constituye "uno de los elementos a ser apreciados por el Juez o el Tribunal al emitir resolución o sentencia", esto es, no es vinculante a la jurisdicción, lo que por cierto supera todo cuestionamiento constitucional en orden a la exclusividad jurisdiccional.

14. La Ley N° 27115, de 17 de mayo de 1999, cambió radicalmente la persecución penal de los delitos sexuales. En efecto, en primer lugar, estableció que estos delitos son siempre públicos, descartando que el procedimiento aplicable sea el fijado en el art. 303° del Código de Procedimientos Penales, que precisa el trámite en los delitos privados; en segundo lugar, señaló que todo el proceso por tales delitos es reservado, disponiendo además que la identidad de la víctima debía preservarse en todo momento; en tercer lugar, estatuyó que el examen médico legal de la víctima, previo consentimiento, se realizará por el médico encargado del servicio y la asistencia de un profesional auxiliar, limitándose la presencia de otras personas salvo consentimiento expreso de la víctima (esta norma trae una dificultad adicional, al estimar que una diligencia probatoria esencial para determinar –según los casos– la realidad de una agresión sexual está sujet al.consentimiento de la víctima); y, en cuarto lugar, incorporó una regla básica para la realización de las diligencias de investigación y prueba: se tomará en cuenta el estado físico y emocional de la víctima.

Bajo esta misma lógica, la Ley N° 27055, de 24 de enero de 1999, fijó las siguientes pautas: 1) en los casos de violencia sexual contra niños o adolescentes (hasta 14 años), servirá como preventiva la declaración de la víctima prestada ante el Fiscal de Familia; 2) la confrontación entre el imputado

y la víctima solo procede si la víctima es mayor de catorce años o cuando esta, siendo menor de edad, expresamente lo solicita; y, 3) la diligencia de reconstrucción no puede realizarse con la asistencia de la víctima, si esta tiene catorce años de edad o menos.

15. La Ley N° 27264, de 21 de mayo de 2000, modificó el art. 148° del Código de Procedimientos Penales, referido a la excepción al deber de concurrencia a la sede judicial de un testigo. Dicha norma precisó, y amplió, la lista de dignatarios que estaban autorizados a escoger entre su domicilio y su despacho oficial como lugar donde debían declarar. Incorporó en ese privilegio procesal al Presidente del Jurado Nacional de Elecciones, al Defensor del Pueblo, al Contralor General de la República, a los miembros del Directorio del Banco Central de Reserva, a los magistrados del Tribunal Constitucional, y al Superintendente de Banca y Seguros.

16. Luego de la caída del régimen autoritario del ex Presidente Fujimori Fujimori, tanto en el gobierno de transición presidido por el Dr. Paniagua Corazao como en la actual administración del Presidente Toledo Manrique, se han dictado un conjunto de normas procesales que, a modo de paliativo de urgencia, han venido a dar respuesta a concretas lagunas legislativas y deficiencias de la legislación vigente, lo que no obsta a considerar que esa legislación, parcial y asistemática, no hace sino profundizar el ya confuso y caótico sistema procesal penal nacional, y pone en la agenda democrática la necesidad de una nueva ordenanza procesal penal. Las principales leyes son las siguientes:

a) Las leyes anticorrupción, que buscan responder eficazmente a la lucha contra la inmensa red de corrupción para estatal dirigida por el Presidente Fujimori Fujimori y su asesor y jefe de facto del Servicio de Inteligencia Nacional, son:

i) Ley N° 27378, de 21 de diciembre de 2000, que estableció beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada, y que siguiendo un modelo de justicia negociada, muy similar al colombiano y diferente al modelo premial creado para los delitos de tráfico de drogas, tributario, contra el sistema crediticio y contra la delincuencia violenta común, configuró un modelo de procedimiento más ágil, transaccional y con un fuerte papel del Ministerio Público para la celebración con el colaborador de un Acuerdo de Beneficios y Colaboración, sin perjuicio del control judicial y de la expedición de la sentencia aprobatoria correspondiente. Esta Ley previó medidas de protección, siguiendo no solo el modelo colombiano, sino también la Ley española de protección de testigos y peritos (Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre). El Poder Ejecutivo reglamentó tanto el propio procedimiento por colaboración eficaz como el sistema de medidas

de protección, mediante los Decretos Supremos N° 035-2001-JUS, de 19 de octubre de 2001, y 020-2001-JUS, de 7 de julio de 2001, respectivamente. Este sistema premial y procesal negocial ha sido extendido a los delitos de terrorismo, apología terrorista y lavado de activos terrorista mediante el Decreto Legislativo N° 925, de 20 de febrero de 2003. Inicialmente esta norma tenía un carácter temporal, de dos años (IV Disposición Final), pero luego la Ley N° 27885, de 18 de diciembre de 2002, dispuso su carácter permanente.

ii) Ley N° 27379, de 21 de diciembre de 2000, que permitió expresamente a la Fiscalía realizar investigaciones preliminares antes del ejercicio de la acción penal, así como solicitar medidas excepcionales limitativas de derechos tales como la detención preliminar, la comparecencia restrictiva, el impedimento de salida del país o de la localidad, la incautación, apertura e interceptación de documentos privados, libros contables y bienes, el embargo y la orden de inhibición para disponer o gravar bienes, el levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria, la exhibición y remisión de información en poder de instituciones públicas o privadas, el allanamiento, la inmovilización de muebles y clausura temporal de locales. La posibilidad de realizar investigaciones preliminares y de requerir la imposición de medidas limitativas de derechos, mediante Ley N° 27399, de 13 de enero de 2001, fue extendida al Fiscal de la Nación cuando se trata de la comisión de delitos cuyos autores o cómplices ostentan el privilegio constitucional del antejuicio.

b) Ley N° 27482, de 15 de junio de 2001, que regula la publicación de la declaración jurada de ingresos y de bienes y rentas de los funcionarios y servidores públicos del Estado. El art. 7° de dicha Ley agregó un párrafo al art. 401° del Código Penal que tipifica el delito de enriquecimiento ilícito, incorporando una norma de presunción a los efectos de la acreditación del mencionado delito. El agregado dice: "Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita".

c) Ley N° 27686, de 19 de marzo de 2002, que incorporó la *videovigilancia*, en cuanto actividad policial reglada de investigación, circunscribiéndola a los delitos de violencia, lesiones y daños cometidos en el curso de manifestaciones públicas. A estos efectos consideró que los registros fotográficos o fílmicos auténticos tienen el carácter de elemento probatorio. Llama la atención, sin embargo, que no haya establecido el procedimiento necesario para su incorporación al proceso penal ni las reglas específicas para su validez constitucional y legal.

d) Ley N° 27411, de 17 de enero de 2001, que instaura un procedimiento penal auxiliar: el de homonimia, que anteriormente estaba regulado por el Decreto Supremo N° 035-93-JUS, de 31 de agosto de 1993. Esta norma prevé un procedimiento judicial y otro administrativo, cuando "una persona, detenida o no, tiene los mismos nombres y apellidos de quien se encuentra requisitoriado por la autoridad competente" (art. 2°). Lo interesante de esta norma es que todo mandato de detención debe contener un conjunto de datos inexcusables para justificar la requisitoria (es de destacar que el mandato debe precisar la fecha y lugar de nacimiento del requisitoriado, sin perjuicio de sus nombres y apellidos completos, su edad y su sexo). Igualmente, establece un sistema de competencia territorial plural según el lugar de detención o el lugar de emisión de la orden, y precisa los mecanismos procesales para decidir acerca de la homonimia. Es de mencionar que el art. 13° establece que cuando los datos obtenidos no permitan definir la homonimia al vencerse el plazo de ley, se dispondrá la inmediata libertad del detenido, lo que no procede en los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. Esta norma, a nuestro juicio, es de dudosa constitucionalidad por posible vulneración de la garantía de igualdad ante la ley, al no poder justificarse la razonabilidad de la diferencia que explicaría este trato diferente. Si el punto esencial es si la orden de detención se dictó contra quien corresponde (*fumus delicti*), la clase o naturaleza de delito objeto de imputación no guarda relación con la excepción legislativa al no tomar en cuenta el factor probatorio, base de la legitimidad de una orden de prisión preventiva.

e) Ley N° 27454, de 24 de mayo de 2001, que dejando atrás una antigua y lesiva jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia, incorpora el principio de la *interdicción de la reformatio in peius*, que al decir de PICÓ I JUNOY, es un principio general del Derecho Procesal que forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos y, en todo caso, de la prohibición constitucional de la indefensión (*vid.* art. 139°, incs. 3° y 14, Const.)[86]. El Tribunal Constitucional, asimismo, aceptó esa tesitura[87]. La Ley, conforme a ese principio, no permite que si el recurso contra una sentencia solo es interpuesto por el imputado, el órgano de alzada puede absolver el grado en su perjuicio. Adicionalmente, circunscribe el ámbito de la decisión de alzada al objeto del recurso, salvo que la modificación sea favorable al imputado; y, delimita la procedencia del recurso a su debida motivación, esto es, exige la forma-

(86) PICÓ I JUNOY, Joan: *Las garantías constitucionales del proceso*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 85.

(87) STC, Exp. N° 1231-2002-HC/TC, Asunto Ann Vallie Lynelle, de 21 de junio de 2002 (*El Peruano*, Lima, 18 de septiembre de 2002).

lización del mismo luego de su interposición formal. La Ley, finalmente, extiende estos lineamientos al recurso de apelación contra sentencias.

f) Ley N° 27553, de 13 de noviembre de 2001, que modifica dos importantes artículos de la Ley procesal penal: el art. 137° del Código Procesal Penal, referido al plazo de la prisión preventiva (utilizamos este término por su unánime aceptación en el derecho comparado y, fundamentalmente, porque así lo denomina el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9°.3); y, el art. 202° del Código de Procedimientos Penales, que establece el plazo de la etapa de instrucción.

En primer lugar, se amplía el plazo de la prisión preventiva, se dispone que la prolongación del mismo ya no requiere previa audiencia del imputado (lo que es censurable, a tenor de la doctrina establecida por el TEDH –STEDH, Asunto Schiesser, de 4 de diciembre de 1979, párrs. 29 y ss.–, que interpretando las exigencias de la Convención Europea de Derechos Humanos, exactamente igual en este extremo a la Convención Americana de Derechos Humanos –ambas exigen que una persona debe ser llevada ante un juez para que decida sobre su situación jurídica–, estableció que una decisión de prisión preventiva, sea su imposición, mantenimiento o prolongación, exige procesalmente oír personalmente al imputado antes que se adopte), se fija un plazo específico una vez que se haya dictado la sentencia de primer grado, y se configura excepcionalmente el inicio del plazo cuando se declaró la nulidad de un proceso o cuando se trata de nulidades vinculadas a la vulneración de la competencia objetiva. En segundo lugar, el plazo de prórroga de sesenta días de la instrucción judicial se amplía, cuando se trata de procesos complejos, a ocho meses, a la vez que se permite la impugnación de esa decisión.

g) En esa misma línea, se promulgó la Ley N° 27652, de 24 de enero de 2002, que modificó las normas sobre recusación de jueces y medidas cautelares (*vid.* arts. 33°, 34°, 36° y 95° CPP). Es de destacar que dicha reforma establece, en primer lugar, que durante el tiempo que demore la resolución de la misma, el plazo de la instrucción se suspende; en segundo lugar, la ampliación del número de diligencias que pueden actuarse durante ese lapso, bajo la intervención obligatoria del Ministerio Público y traslado a las partes personadas; en tercer lugar, que la recusación planteada por un procesado no afecta el trámite de las incidencias promovidas por los demás procesados; en cuarto lugar, que es posible dictar la medida de embargo, pero no la excarcelación del imputado recusante (llama la atención que esta última norma colinde flagrantemente con la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional –STC, Exp. N° 006-2000-HC/TC, Asunto Román Bueno Aceña, de 12 de marzo de 2000–[88], en cuya virtud la norma

[88] En: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2000/0066-2000-HC.html

en cuestión es deficiente y debe estarse a lo dispuesto en el art. 139°.8 de la Constitución, de suerte que el juez no puede dejar de resolver un pedido de libertad aunque esté recusado); en quinto lugar, que la resolución de la Sala Superior se emite en un plazo perentorio, con dictamen fiscal o sin el, la cual no es impugnable; en sexto lugar, que la recusación no podrá renovarse, a no ser por una nueva causal; en séptimo lugar, que es posible dictar embargos e incautaciones de oficio, que siempre debe requerirse al reo señale bienes libres, que con su información o sin ésta las medidas trabadas continuarán o se impondrán en los bienes que se sepa son de propiedad del imputado, y que la notificación de las resoluciones respectivas se producirán una vez que se haya verificado la medida.

h) Ley N° 27697, de 12 de abril de 2002, que desarrolla la autorización constitucional para conocer y controlar las comunicaciones de las personas por razones de imputación penal y en el marco de una investigación penal o judicial. Esta medida instrumental restrictiva de derechos está circunscrita a determinados delitos graves (art. 1°). La comunicación comprende cualquier forma de transmisión del contenido del pensamiento, o de una forma objetivada de este, por cualquier medio (soporte material o energético en el cual se porta o se transmite la comunicación). La intervención de la comunicación comprende dos fases, la recolección y el control, a cargo del Fiscal; la intervención del Juez se limita a la autorización para la intervención, lo que es sumamente cuestionable dado que, en puridad, la participación del juez en tanto garante de los derechos individuales debe extenderse a la genuinidad de todos los actos de control. El procedimiento de intervención se extiende a los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos, así como a todo a otro documento privado útil para la investigación.

i) Ley N° 27753, de 9 de junio de 2002, que modifica el art. 135° del Código Procesal Penal –presupuestos materiales de la prisión preventiva–, norma que anteriormente había sufrido otra modificación (Ley N° 27226, de 17 de diciembre de 1999). De ambas disposiciones fluye, en primer lugar, que desde el *fumus delicti* la perspectiva de apreciación cuando se cometen delitos tras personas jurídicas no puede comprender la sola referencia al cargo social que ostenta el imputado; en segundo lugar, desde el *periculum libertatis* –que significa, en palabras de GREVI, un supuesto de "cautela final"–, no constituye criterio suficiente la pena prevista en la ley para el delito que se imputa al denunciado; y, en tercer lugar, desde el primer motivo de prisión preventiva el delito perpetrado, sea doloso o culposo, debe merecer en el caso concreto una pena superior a los cuatro años de privación de libertad –antes el delito perpetrado debía ser doloso, nunca culposo–. Por otro lado, la citada norma en su art. 3°, tratándose de intoxicación alcohólica, prevé, en primer lugar, la ejecución como diligencia preventiva en los delitos vincula-

dos al consumo de bebidas alcohólicas de una "prueba en aire aspirado"; y, en segundo lugar, la realización de un "examen de sangre" como diligencia confirmatoria, todo ello sin perjuicio de establecer –según el art. 4°– una tabla de alcoholemia con valor meramente referencial.

j) Ley N° 27664, de 8 de febrero de 2002, que modifica el art. 2° del Código Procesal Penal, norma que fue modificada anteriormente por la Ley N° 27072, de 23 de marzo de 1999. El citado art. 2° del Código Procesal Penal incorporó el denominado principio de oportunidad reglada, fijando los requisitos y el procedimiento para acordarlo. La primera norma, Ley N° 27702, precisó que el acuerdo de reparación del daño debe estar referido a la reparación civil como institución prevista en el Código Penal; la segunda norma, Ley N° 27664, precisó que si el acuerdo con la víctima consta en instrumento público o documento privado legalizado por Notario no será necesario que el Juez cite a las partes a que presten su consentimiento expreso.

k) Ley N° 27729, de 24 de junio de 2002, que en los delitos contra los Derechos Intelectuales modifica el art. 224° del Código Penal, en cuya virtud a los efectos procesales permite expresamente una medida instrumental restrictiva de derechos: el allanamiento de un lugar cerrado donde se estaría cometiendo el delito en cuestión; así como una medida cautelar real: la incautación de los ejemplares de procedencia ilícita, o de los aparatos o medios utilizados para la comisión del delito.

l) Ley N° 27765, de 27 de junio de 2002, que tipifica el delito de lavado de activos. Dicha Ley, en su art. 5°, establece reglas de investigación, en concreto, las medidas instrumentales restrictivas de derechos de levantamiento del secreto bancario, de la reserva tributaria y de la reserva bursátil. También, en su art. 6°, fija una pauta indiciaria para determinar el tipo subjetivo del delito en cuestión, precisando que el conocimiento, presente o potencial, corresponde a conductas punibles que generen ganancias ilegales, con excepción del delito de receptación, las cuales no han de haber sido objeto de investigación, procesamiento o condena.

m) Ley N° 27833, de 21 de septiembre de 2002, que modifica el art. 9° del Decreto Legislativo N° 124, norma que en su día estableció que el recurso de nulidad es *improcedente* en los procesos sumarios o abreviados. Los nuevos párrafos regulan el recurso de queja por denegatoria del recurso de apelación, siguiendo similares pautas, aunque más precisas, a las establecidas para el recurso de queja por denegatoria del recurso de nulidad (*vid.* art. 297° CPP). Asimismo, establece que "cumplida la instancia plural no procede ningún recurso". Esto último permite cuestionar si dicha norma abrogó la institución del recurso de queja excepcional (*vid.* art. 298° *in fine* CPP, modificado por el Decreto Legislativo N° 126, y art. 3° de la Ley

N° 26689, de 30 de noviembre de 1996). Nuestra respuesta es negativa a esa posibilidad, dado que el recurso de queja excepcional tiene una naturaleza especial que atribuye al Supremo Tribunal una función de revisión facultativa en aras de garantizar el imperio de la ley, de suerte que como atribución recursal directamente derivada de su posición institucional en el ordenamiento judicial sólo puede ser retirada por ley expresa, lo que no ocurre en el presente caso.

n) Ley N° 27834, de 21 de septiembre de 2002, que modifica el art. 127° del Código de Procedimientos Penales, en orden al silencio del imputado respecto al interrogatorio judicial en sede de instructiva. La norma primigenia establecía que en esos casos el Juez debía repetir las preguntas aclarándolas en lo posible y que si el imputado mantenía silencio, se dejaría constancia de tal hecho en el acta, agregando que el "juez le manifestará (al imputado) que su silencio puede ser tomado como indicio de culpabilidad". Precisamente ese párrafo, por colisionar con el art. 8°.2 de la CADH, ha sido eliminado con la reforma. Con esto no solo se reconoce lo que ESER denomina *"libertad de declaración negativa"*, en cuya virtud el imputado tiene derecho a no someterse a un interrogatorio[89], sino que además se establece, a *contrario sensu*, que su ejercicio no puede importar indicio de culpabilidad alguno. Es de anotar, sin embargo, que tal derecho aún no está lo suficientemente protegido, toda vez que no se incluye expresamente la obligación de información de esta libertad negativa por las autoridades del control penal, ni se exige una intimación integral, que comprenda una comunicación puntual y detallada de los hechos objeto de imputación y de sus consecuencias jurídico-penales (*vid.* arts. 124° y 125° CPP).

ñ) Ley N° 27938, de 12 de febrero de 2003, que siguiendo el modelo del control de drogas y de delitos aduaneros, dispuso que los inmuebles, vehículos y equipos de comunicación e informáticos incautados durante la investigación preliminar y el proceso penal, vinculados a la comisión de delitos de secuestro y contra el patrimonio en banda, serán puestos a disposición del Ministerio del Interior, para su asignación en uso para servicio oficial de la Policía, la Fiscalía, el Poder Judicial y el Ministerio de Justicia, circunscritos a las actividades de cada entidad en la lucha contra la criminalidad organizada.

17. Con motivo de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en la acción de inconstitucionalidad contra la legislación sobre terrorismo (STC, Exp. N° 010-2002-AI/TC, Asunto acción de inconstitucionalidad del

---

(89) ESER, Albin: "La posición jurídica del inculpado en el proceso penal", en su: *Temas de Derecho penal y procesal penal*, Idemsa, Lima, 1998, pp. 21-22.

Decreto Ley N° 25475 y otros, de 3 de enero de 2003), se expidió la Ley N° 27913, de 9 de enero de 2003, que delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia antiterrorista mediante Decretos Legislativos a fin de cumplir con lo dispuesto por el órgano de control de la Constitución. En materia procesal se dictaron cuatro Decretos Legislativos. Son los siguientes:

a) Decreto Legislativo N° 922, de 11 de febrero de 2003, que regula la nulidad de los procesos por delito de traición a la patria seguidos ante la jurisdicción militar, dispuesta por la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 010-2002-AI/TC, de 3 de enero de 2003, bajo un modelo parcialmente parecido al de la Ley N° 27569, de 2 de diciembre de 2001, norma expedida con motivo de una anterior Sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucional la legislación sobre terrorismo especial (STC, Exp. N° 005-2001-AI/TC, Asunto Inconstitucionalidad de la legislación sobre terrorismo especial, de 15 de noviembre de 2001). La ley se pone en todos los supuestos fijados por el Tribunal Constitucional para dar respuesta a cada situación de nulidad o en su caso de revisión favorable de los fallos en cuanto al tipo penal objeto de condena. Fija también reglas de prueba específicas de cara a los nuevos procesos, sin perjuicio de establecer disposiciones vinculadas a la exclusión de la anulación y de los supuestos de quienes obtuvieron el derecho de gracia o de conmutación de penas, así como de reducción de pena por colaboración eficaz.

Adicionalmente, el art. 12° estatuye diez reglas procesales específicas para los nuevos procesos por delito de terrorismo: permite la aplicación de las medidas limitativas de derechos fijadas en la Ley N° 2379; regula la incomunicación del reo en sede policial, que requiere autorización judicial; permite la realización de investigaciones policiales complementarias por orden judicial, bajo la conducción del Ministerio Público; impone un plazo adicional para la instructiva del reo; incorpora nuevas reglas de acumulación, sobre una base muy flexible, pues procede "*...cuando resulta necesaria para garantizar el conocimiento integral de los delitos objeto de instrucción, salvo que la acumulación ocasione grave y fundado retardo en la administración de justicia*"; autoriza se dicten las medidas de protección previstas en el Capítulo IV de la Ley N° 27378; reconoce, siguiendo el modelo del Código Procesal Penal, amplias facultades disciplinarias al órgano jurisdiccional; arbitra las restricciones a la publicidad de la audiencia, bajo los modelos italiano y germano, aunque como pauta general no permite "*...el ingreso ni la utilización de cámaras de video, grabadores de sonido, cámaras fotográficas u otros medios técnicos similares*"; y, siguiendo el modelo alemán, prevé un mecanismo en el acto oral de examen especial de testigos por razones de temor ante la presencia del imputado.

b) Decreto Legislativo N° 923, de 20 de febrero de 2003, que regula el funcionamiento de la Procuraduría Pública Especializada para delitos de terrorismo, adscrita al Ministerio del Interior. La procuraduría, en tanto integra la abogacía del Estado (Decreto Ley N° 17537), está facultada para participar en las investigaciones preliminares o complementarias llevadas a cabo por el Ministerio Público o la Policía Nacional; para interponer queja contra la decisión del fiscal de no formalizar denuncia, así como los recursos impugnatorios que la ley franquea; para intervenir en las acciones de garantía derivadas del delito de terrorismo; y para solicitar se dicten toda clase de medidas cautelares o limitativas de derechos, así como intervenir en los procedimientos respectivos, incluso en los de excarcelación. Dos modificaciones importantes trae esta norma; en primer lugar, instaura la consulta contra las resoluciones que ponen fin a la instancia desfavorable al Estado, a cuyo efecto el Procurador tiene un plazo de dos días antes de la vista de la causa para expresar agravios, pues de no hacerlo se declara sin efecto la consulta; y, en segundo lugar, determina que la constitución en parte civil del Estado es automática, con el solo mérito del primer escrito de personación. Todo ello revela que la posición del Procurador en el proceso penal por delito de terrorismo es distinta al de cualquier otro agraviado de un delito, pues su intervención es más intensa y no tiene los límites propios que el Código de 1940 rodea a la institución de la parte civil.

c) Decreto Legislativo N° 925, de 20 de febrero de 2003, que extiende los alcances del procedimiento de colaboración eficaz regulado por la Ley N° 27378. Tres adiciones importantes: 1. Incluye en los supuestos premiales el caso de la persona que sin haber participado en la comisión de terrorismo, sino en otros delitos distintos, proporcione información eficaz sobre los delitos con propósito terrorista. 2. Niega la posibilidad de acceder a los beneficios premiales a quienes obtuvieron similares beneficios con arreglo al Decreto Ley N° 25499 y las Leyes N° 26220 y 26345, y cometan nuevamente delito de terrorismo. 3. Da fuerza de ley e impulsa el funcionamiento de la Comisión Evaluadora de la Ley de Arrepentimiento, creada en la legislación anterior.

d) Decreto Legislativo N° 926, de 20 de febrero de 2003, que dispone la anulación de oficio de la sentencia, juicio oral y acusación en los procesos penales que en su día se siguieron por vocales y fiscales con identidad reservada (tema no contemplado en la STC, Exp. N° 010-2002-AI/TC, de 3 de enero de 2003, pero sí en diversos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (90), destacando su ilegitimidad), así como la anulación

(90) SCIDH, Asunto Cantoral Benavides vs. Perú, de 18 de agosto de 2000, párr. 127; y SCIDH, Asunto Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, de 30 de mayo de 1999, párr. 133.

de los procesos cuando se aplicó la prohibición de recusación, declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en la citada sentencia. En el primer caso, la anulación se limita a los condenados y por los hechos objeto de la condena, así como a los contumaces y ausentes. Asimismo, la anulación no afecta la situación jurídica de los que han cumplido las penas impuestas, de los que obtuvieron un derecho de gracia –en el caso de la conmutación, siempre que hayan cumplido la pena–, de los que obtuvieron la exención o la reducción de pena por razones premiales siempre que, en este último caso, hayan cumplido la pena.

Otra excepción, esta vez condicional, a la anulación, está reservada a quienes renuncien expresamente a la anulación del juicio. En el segundo supuesto, la anulación se realiza a pedido de parte; y se producirá siempre que el afectado haya presentado recusación y haya sido rechazada de plano, que la causal invocada esté debidamente acreditada, y que durante el juicio se haya afectado sustancialmente la imparcialidad y el derecho de defensa a consecuencia de la intervención del magistrado recusado. De ampararse la nulidad, se repondrá la causa al estado anterior a la interposición de la recusación.

Conforme ha precisado el Tribunal Constitucional en la aludida sentencia (sexto párrafo de su parte resolutiva) la anulación dispuesta no tendrá como efecto la libertad de los imputados, ni la suspensión de las requisitorias existentes.

e) Decreto Legislativo N° 927, de 20 de febrero de 2003, que establece normas sobre ejecución penal, en concreto, beneficios penitenciarios y el procedimiento aplicable al efecto. Solo se permite el beneficio penitenciario de liberación condicional, siendo el requisito base que haya cumplido *efectivamente* las tres cuartos de la pena impuesta (ello significa que no puede adicionarse al cómputo la redención de la pena por el trabajo y la educación), y que no tenga proceso pendiente con mandato de detención. El requisito material, no muy bien esbozado, está referido al grado de readaptación del interno, que se determina de acuerdo con la calificación del Informe del Consejo Técnico Penitenciario, en cuya formación inicial interviene el Ministerio Público. La norma prevé un sistema muy estricto de reglas de conducta y condiciones de la liberación condicional, así como órganos de control, inspección y supervisión, bajo la intervención del Ministerio Público y con el apoyo de la Dirección contra el Terrorismo. Los liberados pueden ser objeto de control de sus comunicaciones y de vigilancia electrónica.

18. A propósito de la preocupación pública por el tema de la seguridad ciudadana, el Congreso autorizó a su Comisión Permanente que expida la

legislación correspondiente en la materia[91]. Desde el ámbito procesal, es de señalar las Leyes N° 27934, 27939 y 27936, todas de 12 de febrero de 2003.

a) La Ley N° 27934, en esencia incorpora lo dispuesto en el art. 106° del Código Procesal Penal y regula la intervención de la Policía y del Ministerio Público en la investigación preliminar –o preprocesal– del delito. Según esta Ley la Policía investiga delitos en tanto el Fiscal no pueda hacerlo de manera inmediata, siempre dando cuenta dentro de las 24 horas al Ministerio Público. Es interesante destacar, dentro de las facultades policiales de investigación, que las diligencias que puede realizar son aquellas que pueden calificarse de urgentes y aseguratorias del cuerpo del delito, incluyendo la captura en flagrancia de los implicados en el delito. De otro lado, la norma incluye un listado de derechos para el capturado, que se supone se extiende al implicado que no está detenido, pero no incluye el de guardar silencio; también el derecho de conocer las actuaciones y de intervención en las diligencias de investigación. El Fiscal debe precisar, por resolución fundamentada, por qué no se abocó a la investigación de inmediato. Se reconoce además una facultad implícita de su poder de conducción de la investigación: el revisar las actas y, en su caso, ordenar su ampliación o repetición, bajo su dirección. Llama la atención que no incluya dentro de las facultades policiales la fijada en el art. 106.12 del Código Procesal Penal: "Recibir excepcionalmente la manifestación de los presuntos autores o partícipes del delito (...)", con lo que el dilema es múltiple; no solo es de preguntarse si cabe que la policía interrogue a los implicados (sobre ese extremo el Código de Procedimientos Penales no dice nada; tampoco lo hace la Ley Orgánica de la Policía Nacional y su Reglamento (*vid.* arts. 8° y 9° LOPNP, y 10° y 11° Regl. LOPNP, aunque sí la Resolución Directoral N° 1184-96-DGPNP/EMG, de 21 de marzo de 1996, expedida por el Director de la Policía Nacional, que aprueba el Manual de Procedimientos Operativos Policiales: Libro II "Manual de Procedimientos Operativos Policiales", Título II "Método General de la Investigación Policial", B. "Fases de la Investigación Policial", 10. "Interrogatorio y Entrevista. H. "Normas Generales del Interrogatorio[92]) y, además,

---

(91) La Ley N° 27933, de 12 de febrero de 2003, crea el Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana (SINASEC). La define como "la acción integrada que desarrolla el Estado, con la colaboración de la ciudadanía, destinada a asegurar su convivencia pacífica, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos. Del mismo modo, contribuir a la prevención de la comisión de delitos y faltas". Esta institución tiene como una de sus funciones establecer políticas y aprobar planes, programas y proyectos de seguridad ciudadana; asimismo, una de sus atribuciones es la de dictar directivas sobre seguridad ciudadana.

(92) POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ: *Manual de Procedimientos Operativos Policiales*, Lima, 1996, pp. 276-284.

si la policía elabora Atestados, Partes o Informes Policiales (arts. 60° y 61° del Código de Procedimientos Penales), dado que el último párrafo del art. 1° de la Ley solo menciona a las actas de las diligencias y a su entrega al Fiscal para el control de legalidad y de utilidad.

Por otro lado, la ley define el concepto de flagrancia, incorporando el supuesto de *cuasi flagrancia*, por lo demás establecido en el art. 106°.8 *in fine* del Código Procesal Penal, supuesto último que en alguna sentencia del Tribunal Constitucional no ha sido aceptado por no estar previsto o aludido en la Constitución(93).

Los arts. 3° y 4° de la Ley autoriza al Fiscal a solicitar al Juez la expedición de una medida de detención preliminar por un plazo de 24 horas, fuera de flagrancia delictiva, siempre que existe urgencia y peligro en la demora, en el curso de la investigación preprocesal; también se podrá solicitar la prisión preventiva y la comparecencia con restricciones (arts. 235° y 143° CPP de 1991), aunque esto último, sin duda, es contradictorio con la propia lógica de la prisión preventiva, pues estas tienen como presupuesto el procesamiento penal. En tal virtud, se trata de una disposición inaplicable. La intervención judicial se limita a resolver la solicitud fiscal, sin perjuicio de comunicar su autorización por correo electrónico, facsímil o teléfono.

b) La Ley N° 27936 regula las condiciones del ejercicio de la legítima defensa. Más allá de la obviedad de la reforma, desde la perspectiva procesal es de destacar que ante la invocación de la legítima defensa (causa justificativa prevista en el art. 20°.3 CP) como ante la eximencia del art. 20°.8 del Código Penal: obrar por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, el Juez Penal está autorizado a denegar la apertura de instrucción y, de decidir el procesamiento penal, debe dictar mandato de comparecencia, siempre que existan indicios válidos de legítima defensa; antes, el Fiscal está autorizado a abstenerse de promover la acción penal o, de haber formulado acusación, a retirarla.

c) La Ley N° 27939 que establece las normas que regulan el alcance de la punición en materia de faltas, así como su procedimiento (art. 1°), muy similar por cierto a lo dispuesto los arts. 386° a 391° del CPP de 1991. Según la ley, corresponde a los Jueces de Paz Letrados investigar y juzgar en los procesos por faltas; excepcionalmente, en las localidades en que no exista Juez de Paz Letrados, intervendrá el Juez de Paz. En los casos de flagrancia delictiva, la policía comunicará inmediatamente el hecho al Juez de Paz Letrado y lo pondrá a su disposición con un Parte, quien rechazará *in*

(93) STC, Exp. N° 1318-2000-HC/TC, Asunto Cornelio Lino Flores, de 19 de agosto de 2001, FJ 3 (*El Peruano*, Lima, 13 de abril de 2001, pp. 4003-4004).

limine la denuncia si el hecho no constituye falta, mientras que si el hecho constituye delito trasladará los actuados al Fiscal Provincial. La instructiva se tomará inmediatamente, en cambio si el imputado está libre se hará dentro del tercer día de notificado por la policía. La actuación probatoria se lleva a cabo en una audiencia, que consta de un solo acto, salvo que fueran necesarias otras diligencias, en cuyo caso el plazo de investigación será de diez días. La diligencia de lectura de sentencia tiene lugar sea esta, condenatoria o absolutoria. La apelación es absuelta por el Juez Penal mediante un procedimiento recursal escrito y con vista de la causa e informe oral.

5. El Código Procesal Penal

Se aprobó por Decreto Legislativo N° 638, de 25 de abril de 1991, cuya vigencia se encuentra suspendida, a la espera de su modificación, por la Ley N° 26299, de 30 de abril de 1994. Solo entraron en vigor las normas referidas al principio de oportunidad (art. 2°), a la detención judicial, comparecencia y libertad provisional (arts. 135°-138°, 143°-145° y 182°-185°) y a las diligencias especiales (arts. 239°-245°). Así se advierte de lo dispuesto en las siguientes normas con rango de ley: a) el propio Decreto Legislativo N° 638; b) los Decretos Leyes N° 25824, de 9 de noviembre de 1992, y 25825, de 9 de noviembre de 1992; y, c) la Ley N° 26840, de 15 de junio de 1995.

Las características más saltantes son:

1. Insiste, siguiendo el modelo eurocontinental, en señalar que la acción penal es de naturaleza pública, que su ejercicio corresponde al Ministerio Público y que solo se exceptúan los casos expresamente establecidos por la ley. Incorpora a los actores sociales como colaboradores en la persecución del delito, asumiendo las calidades de actores civiles.

2. El principio de legalidad u oficialidad de la acción penal, se exceptúa en los supuestos de oportunidad reglada, que siguiendo el modelo germano se sustenta en razones de falta de necesidad de pena (*poena naturalis*) y falta de merecimiento de pena (delitos bagatela y mínima culpabilidad). Corresponde al Ministerio Público, sin control judicial, decidir cuándo aplica dicho principio.

3. El ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público comprende el inicio y dirección de la investigación, la acusación y la participación del fiscal en el juicio oral. Es de destacar que la etapa de investigación es de titularidad fiscal, con lo que se desestima la figura del Juez Instructor. El Juez Penal interviene en la etapa de investigación para aprobar la promoción de la acción penal, dictar las medidas cautelares e instrumentales restrictivas de derechos y decidir el sobreseimiento.

4. El órgano jurisdiccional asume el control o supervisión de la investigación fiscal y tiene a su cargo las fases intermedia y del juicio oral. Todo proceso, en cuanto define la culpabilidad de una persona y, en su caso, determine la imposición de una pena, requiere inevitablemente el debate oral. La investigación tiene un objetivo definido: reunir la prueba necesaria que permite al Fiscal decidir si formula o no acusación.

5. La Fiscalía asume el control jurídico-funcional de la policía, la cual en sus labores de policía judicial tiene circunscritas sus atribuciones de actuación *ex officio* y debe comunicar sus investigaciones al Fiscal Provincial.

6. En materia de derecho probatorio, resalta las exigencias de contradicción, inmediación, publicidad y oralidad en la actuación de las pruebas, así como inhabilita de todo valor a las actuaciones probatorias actuadas con violación de las disposiciones constitucionales y legales (BELING las denominó *"pruebas prohibidas"*). Además, el juez no interviene activamente en la actividad probatoria. Se sigue el principio de aportación, en cuya virtud las partes ofrecen las pruebas y solo ellas interrogan a los testigos y peritos.

7. En el Juicio Oral la función del órgano jurisdiccional es dirigir su desarrollo. El imputado, que tiene derecho a guardar silencio, puede ser interrogado una vez culminado el interrogatorio de testigos y peritos y el debate de la prueba instrumental.

8. En materia recursal, se instaura el recurso de casación con reenvío en todos los casos y se precisa los supuestos de recurso de apelación. Se introduce el principio de interdicción de la reforma peyorativa, se exige la motivación del recurso y se permite al Fiscal recurrir en favor del reo e interés de la ley.

9. Se reconocen varios procedimientos. Dos son los principales: el procedimiento ordinario, radicado en los delitos de mínima y mediana entidad, que es juzgado por el Juez Penal; y el procedimiento especial por razón de delito, circunscrito a los delitos graves, que es juzgado por la Sala Penal Superior. En ambos procedimientos, el juicio oral y público es imprescindible. Otros procedimientos son los de querella, por faltas y por delitos funcionales.

10. Es de tener presente que el régimen de las necropsias, que incluía la obligatoriedad de la necropsia dispuesta por el Fiscal en los supuestos de muerte sospechosa de criminalidad, fue modificado por la Ley N° 26715, de 27 de diciembre de 1996, que estableció que en los supuestos de fallecimiento producido por accidente en un medio de transporte o como resultado de un desastre natural, en que las causas del deceso sean consecuencia directa de estos hechos, no será exigible la necropsia, salvo el caso de quien tenía a cargo la conducción del medio de transporte o lo exijan los familiares de las víctimas.

6. El Proyecto de marzo de 1995

La Ley N° 26299, de 30 de abril de 1994, no solo suspendió la vigencia del Código Procesal Penal, sino que creo una Comisión Especial encargada de revisar la conformidad del texto de dicho Código con las disposiciones de la nueva Constitución. La Comisión Especial, en marzo de 1995, cumplió con presentar un nuevo Proyecto de Código Procesal Penal, que respetaba el modelo parcialmente acusatorio del Código de 1991 e incorporaba las propuestas normativas contenidas en el nuevo Código italiano (sistema de constitución de las partes, medidas cautelares, recurso de casación, procedimientos monitorio y de terminación anticipada), en el Proyecto argentino (concepto de peligrosidad procesal); y, en las últimas reformas colombianas (procedimiento de colaboración eficaz) y españolas (límite temporal de la prisión preventiva, naturaleza jurídica y validez de los actos sumariales, instituto de la conformidad y recurso de apelación contra sentencias por delitos menos graves).

El Congreso Constituyente Democrático, que duró hasta julio de 1995, no se pronunció sobre el nuevo texto procesal. El Congreso, luego de la presentación de un último proyecto a cargo del congresista Javier Alva Orlandini y de su estudio por una Subcomisión Especial de la Comisión de Justicia, proyecto que reprodujo el propuesto por la Comisión Especial, aprobó por unanimidad el nuevo Código a finales de la Legislatura de 1995. Sin embargo, el Presidente de la República observó dicho Proyecto en dos extremos: a) errores formales de concordancia; y, b) falta de correlación entre las facultades policiales respecto a la investigación del delito y la propia estructura del Código. Esta observación fue asumida por el Congreso, que en la Legislatura de 1997 aprobó el Proyecto definitivo, con algunos cambios mínimos. Empero, nuevamente fue observado por el Poder Ejecutivo, que esta vez se sustentó en los informes elaborados por los Consejos Ejecutivos del Poder Judicial y del Ministerio Público. Los indicados informes adujeron tanto razones presupuestarias, por el fuerte aumento de la plantilla de fiscales que el nuevo Código implicaría, cuanto que supuestamente vulneraba algunas disposiciones constitucionales, especialmente las relativas a los poderes policiales. La observación se encuentra en estudio por la Comisión Especial de Elaboración de Códigos del Congreso, que hasta el momento no se ha pronunciado al respecto.

Transcurrido el tiempo e instaurado el nuevo Gobierno democrático del Presidente Toledo Manrique, se expidió el Decreto Supremo N° 005-2003-JUS, de 14 de marzo de 2003, que constituyó una Comisión Especial de Alto Nivel, de conformación plural, encargada de proponer las modificaciones y mecanismos legales para la implementación del Código Procesal Penal en un plazo de 120 días contados a partir de su instalación.

Independientemente de los esfuerzos pre-legislativos y de la oscura realidad procesal penal descrita(94), es de insistir en los alcances de nuestro paradigma constitucional en materia de configuración del proceso penal, el cual se encuentra definido en lo estructural en los arts. 139°, inciso 14, y 159°, incisos 1, 4 y 5, de la ley fundamental. En este sentido, siguiendo a CAFFERATA NORES, resulta imprescindible instituir un proceso "[...] en el que el tribunal *no procure* por sí las fuentes de las que podrá inferir su convencimiento, sino que se las *procuren* el acusador y –si así lo quiere– el acusado; no piensa en un tribunal que *se convenza* (o no lo logre) por *obra* de su autoreflexión, sino que sea *convencido* (o no) por obra (y no sólo con el auxilio) de la iniciativa probatoria y la dialéctica argumentativa de aquéllos; no admite un "monólogo" unilateral del juez con la prueba para buscar la verdad, sino que quiere que se procure lograrla por vía de síntesis"(95).

7. ALGUNAS PREMISAS EN TORNO A LA REFORMA DEL PROCESO PENAL

A. Aspectos generales

Sin duda alguna, la necesidad de plantearse a fondo la reforma integral de la legislación procesal penal constituye un objetivo nacional que debe ser acometido en el más breve plazo. Empero, resulta imprescindible partir de un criterio básico: *un nuevo Código requiere de un consenso político y cultural, acerca de sus principales directrices.*

La necesidad de reformar integralmente el proceso penal y la propia justicia penal, debe tener muy en claro que la resistencia a la reforma fue liderada por los sectores ligados a una concepción que privilegia una mayor intervención de las Fuerzas de Seguridad y toma como eje teórico, aunque sin mencionarlo expresamente, el valor seguridad u orden público, ante lo que estiman sustantivos ataques y significativos avances de la criminalidad, especialmente de la violenta y organizada, respecto del que los proyectos de reforma procesal no se erigen en firme pauta de contención.

Es claro, por lo demás, que la pretendida oposición *garantías vs. eficacia* es falsa en sí misma y genera discursos perversos desde una óptica conservadora. Un Código debe tomar en cuenta ambas perspectivas y buscar la forma más adecuada para que la obligación o deber social del Estado –garantizar

---

(94) Con mayores detalles, ORÉ GUARDIA, Arsenio, "Diagnóstico del Estado actual de la reforma del proceso penal en el Perú", en: CEAS, *Materiales de Lectura*, CEAS, Lima, 2001, pp. 239-255.

(95) CAFFERATA NORES, José Ignacio: "Proceso penal «mixto» y sistema constitucional", en: *Nueva Doctrina Penal*, 1997/A, Buenos Aires, 1997, p. 84.

la seguridad ciudadana sancionando a los delincuentes– sea eficaz, pero sin mengua del respeto de los derechos fundamentales de la persona.

También debe tomarse en consideración, para el equilibrio de toda reforma procesal, la legislación penal material o sustantiva y la legislación orgánica. Un Código procesal debe compartir los principios del Código Penal, pues de esa forma los desarrollará coherentemente. Además, un sistema procesal determinado requiere de un ordenamiento orgánico (Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Ministerio Público, así como de la Policía Nacional), que sea compatible con las directivas que instaura. Debe, pues, enfrentarse la reforma de modo integral o, por lo menos, teniendo en cuenta esas variables.

Un tema esencial –y anterior a todos– es el relacionado con la Constitución. El programa de la Constitución impone un sistema acusatorio, aunque con las pautas propias de un modelo eurocontinental. Organizacionalmente, la ley ordinaria debe tener en claro dos puntos esenciales: a) el Ministerio Público conduce la investigación del delito y es el director jurídico funcional de la Policía (principios oficial y acusatorio); y, b) el proceso judicial es indispensable para imponer una pena a una persona, el mismo que debe ser público, a partir del cual rigen imperativamente una serie de principios propios de la judicialización del enjuiciamiento (inmediación, contradicción, oralidad y concentración).

Esto último, unido a la doctrina constitucional y procesal que le es propia, exige una configuración del procedimiento respetuosa del derecho de defensa, de la presunción de inocencia y del conjunto de derechos individuales reconocidos en la ley fundamental y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos –que en palabras de DELMÁS-MARTY apuntan hacia un proceso contradictorio(96)–, concebidos y regulados sin mengua de la eficacia propia de todo proceso penal serio y ponderado.

Un análisis del CPP de 1991 e incluso del Proyecto de 1995 y sus versiones sucesivas, permite encontrar los siguientes puntos resaltantes:

(1) defectos técnicos en la estructura general del CPP;

(2) omisiones sensibles al regular algunas instituciones procesales (el tema es patente en lo que respecta a las medidas coercitivas, a las medidas contra las personas jurídicas, a la cooperación judicial internacional, al principio acusatorio, a la ejecución penal, etc.);

(3) incorrecta configuración de la investigación fiscal, que la burocratiza y –en cierto estadio– la hace depender de la autorización judicial, amén de

(96) DELMÁS-MARTY, Mirielle: "El proceso penal en Europa: perspectivas", en: *Poder Judicial*, II Época, N° 37, marzo, Madrid, 1995, p. 87.

que 'construye' una fase formalizada que solo generará retardo y pérdida de eficacia (ello es un defecto grave, pues implicaría una organización de la instrucción muy cercana al modelo judicialista y, por tanto, un mero cambio de titular –el fiscal por el juez– sin consecuencias prácticas efectivas);

(4) recusable modelo de la etapa intermedia, sin un efectivo control jurisdiccional e intervención de la defensa, tanto más importante si la fase de instrucción debe concebirse –acorde con el derecho comparado (*vid.* Italia, Alemania y Portugal)– como una etapa no jurisdiccional y sometida al principio inquisitivo, lo que torna indispensable, para garantizar el principio de "igualdad de armas", una *Audiencia Preliminar* para debatir la procedencia de la acusación (o sea, para establecer si el imputado es "suficientemente sospechoso" de haber cometido un delito) y para decidir si resulta imprescindible, en respet al.derecho de defensa del imputado, la actuación de actos de investigación adicionales;

(5) simplificación excesiva del juicio oral, pese a ser la etapa principal del procedimiento penal; y,

(6) confuso y a la vez limitativo modelo de impugnación, que a su vez guarda relación con una cuestionable clasificación de procedimientos penales, al radicar la sentencia de primera instancia en los delitos graves a una Sala Penal Superior (siguiendo el esquema iniciado en 1920, y que ni siquiera imitó creativamente el desarrollo del modelo francés del que fue formalmente tributario) y, por tanto, eliminando el recurso de apelación, de imposible eliminación (*vid.* art. 139°.6 de la Constitución). Ello trae consigo una carga irracional de procesos al Supremo Tribunal convirtiéndolo no en un Tribunal de Casación, sino en uno de Apelación *sui generis*, lo que lesiona el principio de audiencia propio de todo juicio de apelación e impide la aplicación del *certiorari*.

A lo expuesto se agregan dos puntos cruciales: 1) el problema de los cambios legislativos de Derecho Penal material, de Derecho Procesal y de Derecho Orgánico producidos en los últimos años, señaladamente la reforma judicial y sus secuelas; y, 2) el problema presupuestario, que determina el tipo de innovación institucional que dispone la Constitución y el nuevo Código Procesal: *aumentar la plantilla del Ministerio Público y adecuar su infraestructura material y de organización*.

Sobre esas premisas es que debe enfocarse el análisis del Proyecto CPP. Por ello, es indispensable: (a) realizar una enumeración prolija de los ejes o bases fundamentales del nuevo CPP: de sus principios básicos (el consenso en este punto es imperativo); y, (b) señalar, acto seguido, qué instituciones deben corregirse, cuáles deben incorporarse, etc.; en suma, identificar y proponer artículos alternativos.

Es de tener presente que desde 1995, en que se estructuró el Proyecto CPP, han ocurrido cambios legales importantes. En América Latina, se han puesto en vigencia varios Códigos Procesales Penales, siendo de destacar –por su rigurosidad y búsqueda de consenso– el nuevo Código chileno. Asimismo, la dogmática procesal penal ha adquirido mayor grado de complejidad y un mayor compromiso con el Derecho constitucional.

B. Bases necesarias para una nueva estructuración del Código Procesal Penal

El eje de la reforma está conformado, sin duda alguna, por las pautas de la Constitución y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DUDH, CADH y PIDCP). No es posible un enfoque serio del nuevo proceso penal, si no se toma en consideración, en toda su dimensión, lo dispuesto básicamente en los arts. 2° y 139° de la Constitución, así como en los numerales 13° del PIDCP y 8° de la CADH.

Desde una perspectiva técnica, respecto de la forma cómo se organiza el CPP, sería un error iniciar las normas procesales con el ejercicio de la acción penal, pues estas corresponden propiamente a la estructura del procedimiento penal, propia de un Libro II.

No solo es menester mejorar la consistencia del Título Preliminar, (1) identificando el derecho a la tutela jurisdiccional, (2) desarrollando la garantía de presunción de inocencia, (3) fijando las bases de la coerción penal bajo dos principios claves hoy en día: intervención indiciaria y proporcionalidad; y, (4) incorporando las pautas del juez legal. También es del caso trabajar en el Libro Primero todo lo relativo a la jurisdicción y competencia penales, así como a las partes y a la actividad procesal, que en el Proyecto se encuentra incorporado en el Libro IV, Títulos I al III. No está definido el problema de las personas jurídicas, respecto de las cuales el Código Penal desarrolla exigencias mínimas que deben desarrollarse procesalmente: en este caso, la persona jurídica es parte acusada de carácter penal, por lo que debe fijarse un ámbito propio, distinto de la responsabilidad vicaria. Por lo demás, resulta indispensable, en la perspectiva aceptada por el derecho comparado de ampliar las posibilidades de intervención de la víctima, incorporar la institución del *querellante adhesivo* con determinados derechos en el ámbito propiamente penal del objeto procesal.

El Libro II debe estar dedicado tanto a la instrucción fiscal cuanto al enjuiciamiento. De hecho, debe regularse el modo de intervención del Fiscal, la participación de la policía, la lógica y ámbito de las primeras diligencias de averiguación, incluidas las diligencias de aseguramiento de urgencia, la participación del imputado y su defensa, así como todo lo relacionado a la prueba y los medios de prueba (este es un Título distinto de la instrucción y

del juicio, pues debe diferenciarse actos de prueba de actos de investigación, sin perjuicio de reconocer lo que la doctrina procesalista denomina prueba sumarial anticipada y preconstituida).

Un capítulo propio del enjuiciamiento debe quedar referido a la sentencia penal; allí debe concretarse el papel del principio acusatorio y del derecho de defensa, en torno a la idea de desvinculación, tanto del título de condena cuanto del pedido de sanción por el Fiscal y las demás partes (ello depende del modo que se regule la figura del querellante adhesivo).

Otro capítulo especial, con sus correspondientes secciones, debe estar referido a las medidas penales provisionales, en sus funciones cautelar, aseguratoria y tuitiva. Resulta fundamental reinstaurar la detención o arresto preliminar, y corregir los presupuestos materiales de la detención "definitiva", incorporando el principio de audiencia y su carácter rogado a pedido exclusivo del Fiscal y fijando pautas precisas para definir la temporalidad de la medida (según la jurisprudencia del TEDH los plazos fijados por las leyes procesales son siempre referenciales, de suerte que el estándar de comparación es concreto y en función al principio de proporcionalidad). De igual modo, es indispensable regular la incautación o secuestro de bienes de carácter cautelar y, desde ese ámbito, las medidas cautelares patrimoniales contra las personas jurídicas (aquí mucho tiene que ver una reforma del decomiso en el sentido de la legislación alemana, por ejemplo). También deben incorporarse una serie de actos de injerencia en derechos fundamentales o medidas instrumentales restrictivas de derechos, parte de las cuales se plantearon en la legislación anticorrupción (son muy interesantes al respecto las pautas de la legislación alemana y de los tratados sobre delincuencia organizada a nivel europeo cuanto mundial, como es el caso de la Convención contra la delincuencia organizada transnacional).

El Libro III debe comprender la impugnación penal. Los presupuestos del recurso deben definirse con toda precisión, siendo obvio que todo recurso debe ser fundamentado, bajo sanción de rechazo *in limine*. Tal vez el punto más importante es definir el modelo de apelación penal contra sentencias. Según lo ha establecido el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando la apelación está referida al juicio o declaración de culpabilidad, necesariamente requiere de una etapa de pruebas en audiencia pública, con algunas limitaciones propias del principio de inmediación, de suerte que el Tribunal Revisor pueda llegar a una conclusión distinta y sobre esa base pueda absolver o condenar, según el caso. También debe precisarse el ámbito de la interdicción de la reforma peyorativa y la participación en el recurso de los no apelantes o, por lo menos, su necesaria notificación en el procedimiento recursal.

En este punto resulta imperativo fijar una posición muy clara en orden a la competencia funcional. No me parece que las Salas Penales Superiores

puedan intervenir celebrando juicios de primera instancia; su función es de apelación exclusiva, sin perjuicio de las excepciones, únicas por cierto, de personas que por ley tienen un aforamiento que exige la competencia objetiva de primera instancia a nivel de Fiscales Superiores y de Salas Penales Superiores. Por tanto, la organización de la justicia penal debe cambiar radicalmente, por lo que es de proponer que para los delitos menos graves exista un Juez Penal y para los delitos graves un Tribunal Penal Provincial, integrado por tres jueces penales. Con ello, la Corte Superior se convertiría, como corresponde, en Corte de Apelaciones, competente funcionalmente para conocer de los juicios de apelación.

En esa línea funcional debe analizarse el tema de los impedimentos de magistrados cuando han intervenido en determinadas actuaciones relevantes (v. gr.: haber dictado medidas provisionales o el auto de enjuiciamiento). La jurisprudencia del TEDH es particularmente sensible en este punto, en salvaguarda del derecho a un juez imparcial.

Otro tema crítico es el referido al recurso de casación. Desde luego, el ámbito y poderes del Tribunal de Casación son especialmente problemáticos. No es posible pensar que toda sentencia de segunda instancia debe ser pasible de recurso de casación (es claro que agotada la segunda instancia se cumple el principio de pluralidad de la instancia, por lo que el acceso al Supremo Tribunal, vía casación, no debe ser visto como la expresión de un derecho fundamental al recurso). Ello exige reconocer cierta flexibilidad para el acogimiento del recurso, el uso del *certiorari* y, esencialmente, cuando existen fallos contradictorios en segunda instancia sobre un mismo tema (algunas pautas del modelo chileno pueden ser útiles, así como determinados lineamientos del *certiorari* tanto en su versión hispana para el recurso de casación cuanto en su versión argentina para el recurso extraordinario).

Otro problema muy sentido es el de los procedimientos penales, que exige resolver el papel de las especialidades y su ámbito. Es interesante al respecto la lógica italiana, pues la simplificación y la aceleración del procedimiento es el eje para estos procedimientos. Existen varios modelos, pero creo que el del CPP italiano es muy interesante, sin perjuicio de instaurar otras pautas propias a partir de nuestra realidad. La Colaboración Eficaz debe pensarse seriamente y, con tal fin, me parece que la ley anticorrupción mejoró y redefinió con mejor técnica el Título respectivo del Proyecto CPP, pero hace falta pensar su ámbito desde una perspectiva general.

Debe mejorarse sensiblemente el procedimiento relativo a la cooperación judicial internacional, por lo que deben asumirse las nuevas pautas ya reconocidas en diversos tratados y, esencialmente, las exigencias del Tribunal Penal Internacional.

Capítulo III
CONSTITUCIÓN Y PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL

SUMARIO: I. Aspectos generales: 1. Alcances procesales. 2. Las garantías procesales. **II.** Garantías procesales genéricas: 1. El debido proceso. 2. El derecho a la tutela jurisdiccional. 3. El derecho a la presunción de inocencia. 4. El derecho de defensa. **III.** Garantías procesales específicas: 1. Consideraciones generales. 2. La garantía de la igualdad. 3. La garantía de la investigación oficial. 4. La garantía de la publicidad. **IV.** Garantías procesales penales de la víctima.

I. ASPECTOS GENERALES

1. ALCANCES PROCESALES

Es sabido que en el proceso penal moderno, fruto del Estado de Derecho, la Constitución adquiere una gran relevancia, no solo porque ocupa la posición de primer nivel en el ordenamiento jurídico (art. 138°, segundo párrafo), sino porque materialmente en el proceso penal los derechos en conflicto son fundamentales, de relevancia constitucional, al estar integrados –de un lado– por el derecho de perseguir o de acusar que ejercita el Ministerio Público (art. 159°, incs. 4 y 5 Const.), paralelo al derecho de punir que corresponde al juez (arts. 138° y 139°, inc. 10 Const.), y –de otro– por el derecho a la libertad del imputado que hace valer la defensa (arts. 2°.24 y 139°.14 Const.)[97]. Lo expuesto es consecuencia de haber adoptado Constituciones *rígidas* (que no pueden ser modificadas por la ley ordinaria) y *normativas* (que se integran al ordenamiento como normas supremas)[98].

En este orden de ideas, la Constitución, especialmente en el art. 139°, ha reconocido un conjunto de derechos y principios procesales que es del caso desarrollar en este capítulo, sobre la base de la *necesidad del proceso penal* o

---

(97) GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 43.

(98) VIVES ANTÓN, Tomás: "*«Ne bis in idem»* procesal", en su: *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 353.

principio de jurisdiccionalidad, a tenor del art. 139°.10 de la ley fundamental. Esta *garantía jurisdiccional* tiene un doble componente, pues, por un lado atiende, a que la pena se impone solo por los tribunales y, por otro, a que la pena se impone por los tribunales exclusivamente por medio del proceso(99).

Del conjunto de esos derechos y principios procesales, como es obvio, se derivan un conjunto de consecuencias en orden tanto a los derechos y garantías de los justiciables, como a los límites de los poderes públicos. Es de recordar que en tanto el proceso es una estructura constituida por una serie ordenada de actos que se realizan en el tiempo, el quehacer de los sujetos procesales se halla gobernado por principios, que son categorías lógico-jurídicas, muchas de las cuales han sido positivizadas en la Constitución o en la Ley, cuya finalidad es señalar el marco dentro del cual debe desenvolverse la actividad procesal(100). Con mayor énfasis y aplicación práctica, señala ARMENTA DEU, los principios son proposiciones jurídicas de carácter general y abstracto que dan sentido o inspiran a las normas concretas y que, a falta de éstas, pueden resolver directamente los conflictos(101).

La Constitución ha incorporado un conjunto de *garantías genéricas* y una extensa relación de *garantías específicas.* Se trata, en ambos casos, de una vasta relación de cláusulas de relevancia constitucional que definen los aspectos orgánicos de la jurisdicción penal, la formación del objeto procesal y régimen de actuación de las partes (proceso), así como de la actuación formal de la pretensión punitiva y de su resistencia hasta la sentencia definitiva (procedimiento). Estas garantías, en cuanto tales, se proyectan en bloque en todo el ámbito procesal penal; son expansivas y polivalentes, pues una misma garantía tanto se la encuentra en una fase del proceso como en otra(102).

Sostiene Luigi FERRAJOLI que mientras las garantías penales o sustanciales subordinan la pena a los presupuestos sustanciales del delito (lesión, acción típica y culpabilidad), las garantías procesales o instrumentales permiten la efectividad de esas garantías en tanto se afirme la presunción de inocencia, la separación entre acusación y juez, la carga de la prueba y el derecho del acusado a la defensa. De igual manera, insiste el mismo autor, la

---

(99) MONTERO AROCA, Juan: *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 21.

(100) ALZAMORA VALDEZ, Mario: *Derecho procesal civil. Teoría general del proceso*, Sesator, Lima, 1974, pp. 237-238.

(101) ARMENTA DEU, Teresa: *Lecciones de derecho procesal penal*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 69.

(102) RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El proceso penal. Tercera lectura constitucional*, 3ª ed., José María Bosch Editor, Barcelona, 1993, p. 9.

principal garantía procesal, presupuesto de todas las demás, es la de *jurisdiccionalidad* (*nulla culpa sine iudicio*), que tiene su origen en el art. 39° de la Carta Magna inglesa de 1215 y que incluía garantías contra la detención, la reserva de jurisdicción (juicio legal de un sujeto imparcial e independiente) y la presunción de inocencia; en tal virtud, esta garantía de jurisdiccionalidad, en sentido estricto, exige la acusación, la prueba y la defensa(103).

2. LAS GARANTÍAS PROCESALES

Son *garantías genéricas*, aquellas normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal. En ocasiones, sirven para reforzar el contenido de las garantías específicas. Su valor se acrecienta, expresa MONTERO AROCA, cuando pueden ampararse en ellas garantías concretas que, por la circunstancia que fuere, no quedaron incluidas de modo expreso en la Constitución(104). Son las siguientes:

1. El debido proceso (art. 139°.3 Const.).
2. El derecho a la tutela jurisdiccional (art. 139°.3 Const.).
3. El derecho a la presunción de inocencia (art. 2°. 24.'e' Const.).
4. El derecho de defensa (art. 139°.14 Const.).

Las *garantías específicas* se refieren a aspectos puntuales y concretos del procedimiento, a la estructura y actuación de los órganos penales. Son, entre otras, las siguientes:

1. Derecho de igualdad procesal (art. 2°. 2. Const.).
2. Intervención necesaria del fuero común para el conocimiento de los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social (art. 2°.4. Const.).
3. Derecho al secreto bancario y la reserva tributaria, salvo su levantamiento ordenado por el Juez, el Fiscal de la Nación o una comisión investigadora del Congreso (art. 2°.5. Const.).
4. Derecho a la inviolabilidad del domicilio, salvo ingreso y registro por mandato judicial o en flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración (art. 2°.9. Const.).

---

(103) FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 539.

(104) MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III (*Proceso penal*), ed. 1991, pp. 35-37.

5. Derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados, salvo incautación, interceptación o intervención por mandamiento motivado del juez (art. 2°. 10. Const.).
6. Derecho a la libertad de tránsito, salvo mandato judicial (art. 2°. 11. Const.).
7. Derecho al secreto profesional (art. 2°. 18. Const.).
8. Derecho a la libertad individual (art. 2°. 24.'f' Const.).
9. Derecho a no ser incomunicado, salvo con fines penales. La autoridad debe indicar el lugar de detención de la persona detenida (art. 2°. 24.'g' Const.).
10. Derecho a no ser víctima de violencia, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Carencia de valor de las declaraciones obtenidas por la violencia (art. 2°.24.'h' Const.).
11. Formulación de cargos ante el Poder Judicial por el Fiscal de la Nación en los casos de enriquecimiento ilícito de funcionarios y servidores públicos (art. 41° Const.).
12. Privilegio de los congresistas de no 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 en delito flagrante (art. 93° Const.).
13. Privilegio del antejuicio. Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso a determinados Altos Dignatarios por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas (art. 99° Const.).
14. Derecho de defensa, en el procedimiento parlamentario de antejuicio, ante la Comisión Permanente y ante el Pleno del Congreso. Si se expide resolución acusatoria, la denuncia es formulada por el Fiscal de la Nación ante la Corte Suprema. La denuncia y la resolución judicial admisoria de la misma no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso (art. 100° Const.).
15. Unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. Se permite la jurisdicción militar y la arbitral (art. 139°.1 Const.).
16. Independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional (art. 139°.2 Const.).
17. Garantía del Juez legal (art. 139°.3 Const.).

18. Garantía de la publicidad de los procesos (art. 139°. 4 Const.).
19. Garantía de la motivación escrita de las resoluciones judiciales (art. 139°.5 Const.).
20. Principio de la pluralidad de la instancia (art. 139°.6 Const.).
21. Principio de la inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos (art. 139°. 9 Const.).
22. Principio de no ser condenado en ausencia (art. 139°.12 Const.).
23. Prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada (cosa juzgada) (art. 139°.13 Const.).
24. Derecho de ser informado, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención (art. 139°.15 Const.).
25. Principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala (art. 139°.16 Const.).
26. Derecho a la participación popular en el nombramiento y en la revocación de magistrados, conforme a ley (art. 139°. 17 Const.).
27. Jurisdicción de la Corte Suprema limitada a fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema. Asimismo, en casación de las resoluciones del fuero militar en caso de imposición de pena de muerte (art. 141° Const.).
28. Derecho de las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, de ejercer funciones jurisdiccionales de conformidad con el derecho consuetudinario (art. 149° Const.).
29. Función del Ministerio Público de conducción desde su inicio de la investigación del delito, de dirección jurídico-funcional de la Policía Judicial y de promoción de la acción penal, de oficio o a petición de parte (art. 159°. 4 y 5 Const.).
30. Privilegio de inmunidad jurisdiccional del Defensor del Pueblo, a semejanza de los congresistas (art. 161° Const.).
31. Competencia del Fuero militar para conocer de los delitos de función cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, a quienes le es aplicable el Código de Justicia Militar. También, si el legislador ordinario lo decide, para conocer de los delitos de traición a la patria y de terrorismo cometidos por civiles (art. 173° Const.).

32. Privilegio del miembro del Tribunal Constitucional a la inmunidad jurisdiccional al igual que los congresistas (art. 201° Const.).

Las garantías que se han enumerado, como apunta FERRAJOLI, no solo son garantías de libertad, también lo son de verdad: de una verdad más reducida, pero más controlada, reduciendo la intuición judicial(105). Unas son *garantías orgánicas:* a) relativas a la formación del juez; b) a la colocación institucional de la judicatura respecto a los demás poderes del Estado; y a la relación con los otros sujetos del proceso: independencia, imparcialidad, responsabilidad, separación entre juez y fiscal, autonomía del Ministerio Público y Juez legal. Otras garantías son propiamente *garantías procesales* e inciden en la formación del juicio, es decir, a la recolección de las pruebas, al desarrollo de la defensa, contradicción, formas de interrogatorios, publicidad, oralidad, derechos de defensa, motivación, etc.

II. GARANTÍAS PROCESALES GENÉRICAS

1. EL DEBIDO PROCESO

A. Aspectos generales

Esta garantía, tal como hoy la conocemos, fue introducida formalmente en esos términos, en la Constitución de los Estados Unidos, a través de la V Enmienda (1791). Progresivamente fue evolucionando y de ser considerada una garantía de mera legalidad –como simple reserva de ley– pasó a configurarse como una garantía de justicia. La noción del Estado de Derecho (arts. 43° y 44° Const.) exige que todo proceso esté informado por la justicia y la equidad (106).

En la evolución de dicha garantía americana, dice VIGORITTI, se pueden identificar las siguientes garantías específicas:

a) derecho a ser adecuadamente emplazado y a gozar de un tiempo razonable para preparar la defensa;

b) derecho a ser juzgado por un juez imparcial;

c) derecho a la tramitación oral de la causa y a la publicidad;

d) derecho a la prueba, que importa derecho a las solicitudes probatorias, a la participación en la actuación probatoria, a investigar sobre la prueba antes del juicio y a la carga de la prueba por la acusación; y,

---

(105) FERRAJOLI: *Derecho y razón*, cit., p. 541.

(106) ESPARZA LEIBAR, Iñaki: *El debido proceso*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, p. 241.

e) derecho a ser juzgado en base al mérito del proceso y a tener copia de las actas.

Para nuestro ordenamiento jurídico de raíz eurocontinental, el *debido proceso* es una cláusula de carácter general y residual o subsidiaria; por tanto, constitucionaliza todas las garantías establecidas por la legislación ordinaria –orgánica y procesal–, en cuanto ellas sean concordes con el fin de justicia a que está destinada la tramitación de un caso judicial penal o cuyo incumplimiento ocasiona graves efectos en la regularidad –equitativa y justa– del procedimiento(107). En líneas generales, el citado derecho es utilizado para amparar derechos no expresamente reconocidos en otros apartados de la ley fundamental(108).

El debido proceso comprende numerosas instituciones relacionadas tanto con las partes como con la jurisdicción que han de preservar la certeza en el proceso. Busca, en suma, rodear al proceso de las garantías mínimas de equidad y justicia que respaldan en legitimidad la certeza en derecho de su resultado(109). A través del *debido proceso,* se precipitan todas las garantías, derechos fundamentales y libertades públicas de las que es titular la persona en el Estado Social y Democrático de Derecho. Pueden ser reconducidas, según FERRAJOLI, a cuatro axiomas: *nulla culpa sine iudicio, nullum iudicium sine accusatione, nulla accusatione sine probatione* y *nulla probatio sine defensum*(110).

La virtualidad de esta garantía genérica es manifiesta cuando se pone en relación con los Convenios Internacionales, a través de los cuales pueden integrarse garantías concretas no recogidas expresamente en la Constitución, pero sí en esos Convenios(111). Empero, esta no puede confundirse con las que la propia Constitución ha autonomizado y otorgado un ámbito propio, de ahí que no sea posible acudir a una definición de la institución que lo único que hace es detallar la existencia de aquellas como elementos que integran su contenido esencial. Dada esta perspectiva, a propósito de las explicaciones

---

(107) CAROCCA PÉREZ, Alex: "Las garantías constitucionales del debido proceso y de la tutela judicial efectiva en España", en: *Revista Jurídica del Perú*, Año XLVI, N° 2, abril-junio, Trujillo, 1996, p. 70.

(108) PICÓ I JUNOY: *Las garantías constitucionales del proceso*, cit., p. 131.

(109) 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, p. 112.

(110) BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE: *Lecciones de Derecho penal*, cit., pp. 72-73.

(111) MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho jurisdiccional*, cit., T. III (*Proceso penal*), ed. 1991, pp. 35-36.

de MONTERO AROCA, tendrían nivel constitucional, a mérito de lo estipulado por la Cuarta Disposición Final de la ley fundamental, las siguientes:

a) La garantía de la no incriminación (art. 8°.2.'g' CADH). Reconocida legislativamente por el art. 284° CPP de 1991 a nivel del juicio oral. Limitación corregida por el art. 68°. 4 del Proyecto de 1995.

b) El derecho a un juez imparcial (art. 8°.1 CADH). Reconocido, parcialmente, a través de la institución de la abstención y la recusación (arts. 50°-54° CPP de 1991).

c) El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas (art. 14°.2.'c' PIDCP). Reconocido en el art. II del Título Preliminar del CPP de 1991: "la justicia penal se imparte sin retardo".

d) El derecho de interrogar a testigos y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, o de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos: derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 8°.2.'f' CADH).

De igual manera, está integrada a dicha garantía genérica, en cuanto es parte indispensable de un enjuiciamiento equitativo que limite el poder del aparato estatal, la garantía del *ne bis in idem*, el mismo que tiene un doble significado: *procesal*, según el cual nadie puede ser enjuiciado dos veces por los mismos hechos, y *material*, en virtud del cual nadie puede ser sancionado dos veces por una misma conducta[112]. Solo la primera, desde luego, integra el debido proceso, pues la segunda tiene una cobertura expresa en la ley fundamental.

El Tribunal Constitucional, bajo el concepto de *"proceso regular"* que abre su posibilidad de acceso al conocimiento de las decisiones adoptadas por la jurisdicción ordinaria, ha definido el debido proceso como un mecanismo rodeado de elementos compatibles con la justicia (STC, Exp. N° 16-2001-HC/TC, Asunto García Boza, de 19 de enero de 2002). Desde esa perspectiva amplísima sin reparar en las garantías específicas ha incorporado nueve derechos dentro de la noción de "debido proceso", de cuya evaluación más bien se desprende que no la toma como una garantía propia, sino como un principio informador y directivo de toda la actividad jurisdiccional. En efecto, los derechos son: 1) El derecho de defensa y el derecho de motivación de las resoluciones judiciales (STC, Exp. N° 1230-2002-HC/TC, Asunto Tineo Cabrera, de 20 de junio de 2002. STC, Exp. N° 1091-2002, de 12 de agosto de 2002, Asunto Silva Checa, de 12 de agosto de 2002); 2) el derecho al plazo razonable (STC, Exp. N° 1352-00-HC/TC, Asunto

(112) CARBONELL MATEU: *Derecho penal*, cit., p. 150.

Walter Ponce Fernández, de 10 de enero de 2001), sentencia que identifica proceso debido con proceso regular; posición reiterada en el Asunto Juan García Boza (STC de 19 de enero de 2001); 3) El derecho a la cosa juzgada material (STC, Exp. N° 797-99-AA/TC, Asunto Orlando Miraval Flores, de 11 de mayo de 2000; y STC, Exp. N° 280-93-AA/TC, Asunto Yolanda Falco de González, de 11 de julio de 2002); 4) El derecho a la jurisdicción y procedimientos preestablecidos y el derecho a la instancia plural (STC, Exp. N° 16-2001-HC/TC, Asunto Juan García Boza, de 19 de enero de 2001); 5) El derecho a la *igualdad de armas* entre las partes de un proceso, que se expresa por ejemplo en la imposibilidad de ejecución de un fallo (STC, Exp. N° 006-97-AI/TC, Asunto inconstitucional de la Ley sobre inembargabilidad de bienes del Estado, de 30 de enero de 1997); 6) El derecho a la presunción de inocencia (STC, Exp. N° 005-2001-AI/TC, Asunto Inconstitucionalidad del delito de terrorismo agravado, de 15 de noviembre de 2001); y, 7) El derecho al *ne bis in idem* procesal (STC, Exp. N° 109-98-HC/TC, Asunto Damas Espinoza, de 2 de julio de 1998).

La amplitud o, mejor dicho, vaguedad de toda concepción acerca del "debido proceso", no hace sino plasmar en dicha institución una perspectiva finalista de la actividad jurisdiccional, de un proceso judicial. Ya BUSTAMANTE ALARCÓN tiene afirmado que se está ante un derecho fundamental complejo de carácter instrumental, que cumple una función de garantía de los demás derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico político en su conjunto(113).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la base del art. 8° de la CADH ha ido modulando la definición de esta garantía genérica.

---

(113) BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo: *Derechos fundamentales y proceso justo*, ARA, Lima, 2001, p. 342. El Tribunal Constitucional, siguiendo esa concepción amplia, que establece el primer párrafo del inciso 3) del art. 139° de la Constitución, recoge un "modelo constitucional del proceso", es decir, un cúmulo de garantías mínimas que legitiman el tránsito regular de todo proceso; agrega que la exigencia de su efectivo respeto (de esas garantías) no solo tiene que ver con la necesidad de garantizar a todo justiciable determinadas garantías mínimas cuando este participa en un proceso judicial, sino también con la propia validez de la configuración del proceso; finaliza, señalando que de esta forma el debido proceso no es solo un derecho de connotación procesal, que se traduce en el respeto de determinados atributos, sino también una institución más compleja, "que no alude sólo a un proceso intrínsecamente correcto y leal, 'justo' sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también a un proceso capaz de consentir la consecución de resultados esperados, en el sentido de oportunidad y de eficacia" (STC, Exp. N° 2192-2002-HC/TC, Asunto Brígida Marcela Noreña Tolentino, de 14 de octubre de 2002 [http://www.tc.gob/jurisprudencia/2003/2192-2002-HC.html-, y STC, Exp. N° 2877-2002-HC/TC, Asunto Emiliano Palomino Chávez, de 10 de marzo de 2003 [http://www.tc.gob/jurisprudencia/2003/2877-2002-HC.html]).

Ha sostenido que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia, a lo cual contribuye el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal (OC 16-99, de 1 de octubre de 1999, párr. 117); que los lineamientos generales del denominado debido proceso legal o derecho de defensa procesal (sic) están contenidos en el art. 8° de la CADH (SCIDH, Asunto Genie Lacayo, de 29 de enero de 1997, párr. 74); que el citado artículo constituye un elenco de garantías mínimas, por lo que en circunstancias específicas otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal (OC 11/90, de 10 de agosto de 1990, párr. 24); que esta institución abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial (OC 9-87, de 1 de octubre de 1987, párr. 28); que, en última instancia, se trata de un derecho humano, mediando el cual se debe obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas (SCIDH, Asunto Baena Ricardo y otros, de 2 de febrero de 2001, párr. 127); y, que, por tanto, y de modo general, la afectación del debido proceso trae como efecto esencial la estimación de ilegales a las consecuencias jurídicas que se pretendieron derivar de un proceso concreto (SCIDH, Asunto Ivcher de 6 de febrero de 2001, párr. 130)[114].

En suma, es muy poco lo que la jurisprudencia ha avanzado en esa materia, tanto más si su origen como tal procede del Derecho anglosajón, con una tradición jurídica distinta a la eurocontinental, lo que por cierto genera confusión e imprecisión científica[115]. Por consiguiente, solo cabe definirla desde nuestra propia Constitución, vistas las numerosas garantías que incorpora, a fin de evitar otorgarle una dimensión excesiva y que deje vacías de contenido las garantías específicas. Es claro que más allá de considerar el "*debido proceso*" como un principio informador de carácter general –y de poca concreción– y de entender que su propia denominación, siguiendo a DE LA OLIVA, constituye un paradigma de petición de principio y una clara redundancia, instrumentalmente está ligado, a través de la Cuarta Disposición Final de la Constitución nacional, con derechos consagrados en textos

---

(114) Ver HUERTA GUERRERO, Luis Alberto: "El debido proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en: www/caj/org.

(115) El Tribunal Constitucional en la STC recaída en el Asunto Bedoya de Vivanco, Exp. N° 1076-2003-HC/TC, de 9 de junio de 2003, párr. 4 (http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/1076-2003-HC.html) llega a decir que el derecho al 'debido proceso legal', con más propiedad, se denomina también '*tutela procesal efectiva*', con lo que –ante la falta de una definición jurisprudencial específica al respecto– puede generarse un fenómeno similar al que está ocurriendo con el 'debido proceso legal'.

internacionales sobre garantías procesales, de manera que esos derechos se convierten en fundamentales, si no aparecen recogidos expresamente en la Constitución(116).

B. La garantía de no incriminación

Esta garantía funciona contra quien es objeto de una imputación penal, sin que a ello obste que se formule en sede judicial o extrajudicial: Policía, Fiscalía o Congreso, que se esté en cualquier fase del proceso o se tenga o no formalmente la calidad de imputado. Constituye, al decir de BINDER, una manifestación privilegiada del derecho a defenderse de una imputación penal. El imputado tiene el derecho a introducir válidamente al proceso la información que considere adecuada. Él es quien tiene el señorío y el poder de decisión sobre su propia declaración(117).

La libertad de declaración de un imputado, acota TEDESCO, está configurada por dos caras contrapuestas: por un lado, por el derecho que posee para "hablar", el cual no es otro que el derecho a ser oído, fundamento del derecho de defensa; y por el otro, por su derecho para "callar", garantía que protege a cada persona contra toda obligación que implique, no importando de qué manera, su autoincriminación(118).

El derecho al silencio, expresión de esta garantía, explica REVILLA GONZÁLEZ, es una de las formas de defensa en el proceso; representa la posibilidad de rechazar o negarse a prestar declaración, cuya existencia se concibe sólo en tanto el imputado se avenga a ofrecerla, "pudiendo elegir libremente entre hablar o callar, sin que la ausencia de su respuesta pueda interpretarse, de manera desfavorable. Y ello, no sólo frente a preguntas que pudieran comprometer su posición procesal –silencio parcial–, sino entendido de un modo total, pudiendo mostrar su negativa a sujetarse al interrogatorio en cualquier fase del proceso" (119).

---

(116) DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho Procesal. Introducción*, cit., p. 453. Francisco RAMOS MÉNDEZ (*El sistema procesal español*, Bosch, Barcelona, 2002, p. 35) en esa misma línea nos dice que "mediante este mecanismo –la cláusula contenida en el art. 10°.2 de la Constitución española, similar a la Cuarta Disposición Final de nuestra Constitución– se establece una nueva cláusula general que permite invocar, por doble vía, la mayoría de las garantías fundamentales del juicio (...)".

(117) BINDER: *Introducción al Derecho procesal penal*, cit., p. 179.

(118) TEDESCO, Ignacio F.: "La libertad de la declaración del imputado: un análisis histórico-comparado", en: HENDLER, Edmundo S. (comp.): *Las garantías penales y procesales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, p. 33.

(119) REVILLA GONZÁLEZ, José-Alberto: *El interrogatorio del imputado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 35.

Igualmente, íntimamente relacionado con el derecho al silencio, como expresión del derecho de defensa, aunque expresión de un derecho autónomo según lo ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, está la consagración del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (STEDH, Asunto Saunders vs. Reino Unido, de 17 de diciembre de 1996). Este derecho significa, siempre siguiendo a REVILLA GONZÁLEZ, "no sólo un simple derecho a no inculparse, o emitir declaraciones admitiendo la participación delictiva o el reconocimiento de conductas punibles, sino una plena libertad de manifestación en cuanto a lo que saben o quieren expresar en relación con los hechos objeto de investigación o enjuiciamiento. Puesto que, al no tener que declarar en su contra, se le está permitiendo dar una versión de los hechos que no les perjudique o, más aún, que pueda resultar provechosa para él, incluso con falta de sujeción a la verdad" (120), de suerte que el denominado "derecho a mentir", como acota ASENCIO MELLADO, debe interpretarse como que de su ejercicio no pueden derivarse consecuencias negativas para quien hace uso de él(121).

Sus principales efectos son los siguientes:

1. La no declaración –que exige a la autoridad el deber de advertencia de ese derecho a guardar silencio– no permite inferencias de culpabilidad (no es indicio de culpabilidad). Ratificando esta afirmación se modificó el art. 127° del CPP, mediante la Ley N° 27834, de 21 de septiembre de 2002. El no declarar, o dejar sin respuesta determinadas preguntas, no significa ni asentimiento ni negación, no pudiéndose dar otro alcance al silencio que el de una mera inexistencia de respuesta; así lo ha declarado, por ejemplo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, Asunto Murray vs. Reino Unido, de 8 de febrero de 1996). De otra opinión, respecto de las respuestas parciales o de la negativa a contestar ciertas preguntas es ROXIN, quien da cuenta de esta posición por la jurisprudencia germana, señalando que "quien declara voluntariamente, se somete, también de manera voluntaria, a una valoración de su declaración. No obstante, a la hora de realizarse esta valoración, debe apreciarse en su conjunto la conducta del procesado, es decir, se debe tener en cuenta qué ha dicho y qué no ha dicho, y sobre esto se han de deducir las respectivas conclusiones"(122).

---

(120) REVILLA GONZÁLEZ: *El interrogatorio del imputado*, cit., p. 56.

(121) ASENCIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, p. 126.

(122) ROXIN, Claus: *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 124.

2. El imputado tiene derecho a declarar cuantas veces quiera, pues es él quien controla la oportunidad y contenido de las informaciones que desea incorporar al proceso. En esta perspectiva, RAMOS MÉNDEZ apunta, en primer lugar, que la voluntad de declaración significa que lo que expone el imputado ante las preguntas de la autoridad judicial no es un verdadero interrogatorio, sino una declaración libre, por lo que es de rechazar el rótulo de "declaración *indagatoria*", en tanto la averiguación de la verdad no va más allá de lo que el imputado quiera declarar; y, en segundo lugar, que no existe una verdadera confesión del imputado en el sentido civil del término, en tanto que el reconocimiento de los hechos, de su participación, etc., no es más que una diligencia de instrucción a partir de las propias aportaciones del imputado; el sentido clásico del *reo confeso* no tiene trascendencia para el cierre de la instrucción, a lo sumo la facilita(123).

3. Rige, en términos generales, solo cuando se obligue al imputado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, de ahí que cuando se le obliga a someterse a una confrontación o careo, a una identificación, a una pericia (dar muestras de sangre, de orina o de cualquier fluido corporal, o muestras caligráficas o someterse compulsivamente a experimentos de voces o a usar determinada ropa, etc.) no se viola esta garantía; en rigor, lo que se protege son las comunicaciones o testimonio del individuo, no la evidencia real o física derivada de la persona del imputado. Otro punto tiene que ver cuando se requiere al imputado a presentar determinada información contenida en sus archivos, que debe tenerla en atención a exigencias legales (*required reports*). Un sector de la doctrina considera que no hay infracción a la garantía estudiada si existe alguna relación entre la actividad regulada y el interés público, esto es, cuando la existencia de los récord de información era impuesta al público en general, cuando prima el interés regulatorio-administrativo(124).

Sobre este último punto, cuando existe una obligación jurídica de tener una determinada documentación, cuya exhibición se exige por la autoridad, siendo el caso más notorio el de las obligaciones tributarias, se sostiene por un sector doctrinario –en especial COLLADO YURRITA– que en "el fondo [...] late la concurrencia de derechos y deberes fundamentales, que habrá de resolverse acudiendo a los postulados del principio de proporcionalidad en la intervención administrativa. De un derecho fundamental, el derecho a no declarar contra uno mismo y, por consiguiente, el derecho del contribuyente a la reserva de sus

(123) RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El proceso penal. Sexta lectura constitucional*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 123.

(124) CHIESA APONTE, Ernesto, *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Fórum, Bogotá, 1991, T. I, pp. 178-179.

datos económicos y el deber constitucional de contribuir a los gastos públicos. Por lo tanto, deberá ceder en favor de una obligación fundamental, deber general de sostenimiento de los gastos públicos, el derecho fundamental a no autoinculparse, siempre que no exista otra alternativa más favorable y resulta proporcional dicha cesión al fin que se persigue" (125). Es obvio, por lo demás, que si se trata de un requerimiento para producir pruebas incriminatorias, en tanto no se trata de documentos que deba tener por obligación legal y constitucional, ello equivale a compeler al imputado a declarar contra sí mismo(126).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene, a mi juicio correctamente, otra solución. En un primer asunto, estipuló que la no autoincriminación no se limita a las manifestaciones de voluntad o autoincriminatorias, sino que impide también que bajo la amenaza de sanción se constriña al sujeto a entregar todo tipo de pruebas, documentos, etc., entre los que se incluyen también los documentos contables (STEDH, Asunto Funke c. Francia, de 25 de febrero de 1993). En un segundo asunto, precisó que si en un procedimiento tributario se obtuvo declaraciones coactivamente –dadas las exigencias legales en materia tributaria–, no es posible que esas evidencias se utilicen en el proceso penal; en efecto, "Las exigencias generales de Justicia contenidas en el art. 6° (del CEDH), incluyendo el derecho a no declararse culpable, se aplican en todos los procesos penales en relación con los delitos sin distinción, desde el más simple al más complejo. No cabe invocar el interés público para justificar el uso de declaraciones obtenidas coactivamente en una investigación no judicial para incriminar al acusado durante el proceso penal. Es necesario advertir que, de acuerdo con la legislación aplicable, la declaración obtenida bajo medios coactivos por la *Serious Fraud Office* no puede, como regla general, ser alegada como prueba en el posterior juicio de la persona interesada. Además, el hecho de que las declaraciones fuesen realizadas por el solicitante antes de ser acusado no impide que su uso en las actuaciones penales constituya una violación del derecho" (STEDH, Asunto Saunders vs. Reino Unido, de 17 de diciembre de 1996) (127).

---

(125) COLLADO YURRITA, Pilar: *La actuación de la inspección financiera y tributaria en la instrucción del proceso por delito fiscal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 134-135.

(126) Así postula Alejandro D. CARRIÓ (*Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 350), con invocación a los "casos Boyd y Schemerber" (1966) resueltos por la Corte Suprema de Estados Unidos. Dicha Corte, en el "caso Fischer" (1976) declaró que la no autoincriminación no cubre el contenido de libros de contabilidad requeridos judicialmente en tanto su tenencia y utilización constituye una exigencia legal.

(127) Mayores referencias: LÓPEZ DÍAZ, Antonio: "El derecho a no autoinculparse y a no declarar contra sí mismo en el procedimiento sancionador en materia tributaria", en: VV.AA.: *Temas de Derecho penal tributario*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 53-77.

C. *El derecho a un juez imparcial*

La imparcialidad judicial garantiza una limpia e igualitaria contienda procesal, permite al juez desempeñar un papel *supra partes*. Su fin último es proteger la efectividad del derecho a un proceso con todas las garantías(128). MORENO CATENA señala que la independencia respecto de las partes y del objeto litigioso significa imparcialidad, es decir, ausencia de todo interés para la resolución del litigio que no sea la estricta aplicación del ordenamiento jurídico(129). Desde una perspectiva analítica, enseña PEDRAZ PENALVA, es posible separar imparcialidad, independencia y neutralidad; juez independiente es el que dentro del espacio competencial que le viene constitucionalmente reconocido con carácter exclusivo lleva a cabo su función de aplicar la ley; juez imparcial es el sometido a la ley, cuya decisión debe ajustarse a sus mandatos; por último, si bien el juez, por definición, ha de ser imparcial, en cambio, no ha de ser neutral, en tanto se entienda este concepto como algo más que objetividad. "El juez no tiene que permanecer equidistante entre los diversos intereses hechos valer en el proceso y resolver salomónicamente el conflicto, sino que ha de decidirlo según ley, es decir, llevando al caso concreto el mandato general y abstracto en que democráticamente se ha plasmado la voluntad general. No implica de este modo distanciamiento parejo de los contendientes, sino el examen de la contienda con objetividad (o sea, en y desde la ley procesal y material aplicables), y la emisión de un pronunciamiento"(130).

Es de distinguir, siguiendo a PICÓ I JUNOY, dos modos de apreciar la imparcialidad judicial: una *subjetiva*, que se refiere a la convicción personal de un juez determinado respecto al caso concreto y a las partes; y otra *objetiva*, que incide sobre las garantías suficientes que debe reunir el juzgador en su actuación respecto al objeto mismo del proceso (131).

Esta posición no hace sino asumir la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el famoso Asunto Piersack (STEDH, Asunto Piersack, de 1 de octubre de 1982) cuando dice: "Si la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicio o parcialidades, su existencia puede ser apreciada, (...) de diversas maneras. Se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto" (132).

---

(128) PICÓ I JUNOY: *Las garantías constitucionales del proceso*, cit., p. 133.

(129) En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 82.

(130) PEDRAZ PENALVA, Ernesto: *Derecho Procesal Penal*, I, Colex, Madrid, 2000, pp. 209-210.

(131) PICÓ I JUNOY: *Las garantías constitucionales del proceso*, cit., p. 134.

(132) Ver con mayores referencias, JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael: *Imparcial judicial y derecho al juez imparcial*, Aranzadi, Navarra, 2002.

Como es obvio, esta imparcialidad puede verse afectada, desde la perspectiva subjetiva: a) por razones de parentesco o situaciones asimiladas; b) por razones de amistad o enemistad; y, c) por razones de interés, de incompatibilidad o de supremacía.

Se exige que el juez esté en una posición alejada del conflicto que debe decidir; no hay jurisdicción sin esa lejanía. Para evitar estas situaciones, la ley prevé las causales de abstención y de recusación: si el juez no se aparta del proceso *motu proprio*, las partes tienen el derecho de proponer su apartamiento.

Corresponde al legislador establecer las causales de abstención y de recusación, de modo que razonablemente comprendan aquellos tres supuestos de incompatibilidad. Se debe establecer causales claras y comunes para todo el ámbito del proceso penal, a la vez que permitir el ejercicio efectivo de la recusación, sin que se limite por razones que no comprendan la efectividad de un proceso justo y equitativo.

Una derivación de esta garantía, ubicada en el tercer nivel de las causales de afectación al principio de imparcialidad –razones de incompatibilidad– es el denominado principio *del "juez no prevenido"*. La dualidad de fases en el proceso penal –instrucción y juicio– determina la intervención de diferentes jueces, en tanto en la primera etapa haya sido ordenada y dirigida por un juez. Ello es así, explica DE LA OLIVA SANTOS, por la convicción de que solo se administra justicia penal con garantías de acierto, si el Juez o los Magistrados que han de dictar sentencia tras la vista oral no han intervenido en la fase de instrucción o preliminar y carecen, por tanto, de las prevenciones o prejuicios que se suponen prácticamente inevitables como consecuencia de una labor de instrucción o investigación(133).

D. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas

El derecho de todo ciudadano –a todos los que sean parte en el proceso penal– a un proceso sin dilaciones indebidas o a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable o sin retraso, es un derecho fundamental de naturaleza reaccional que se dirige a los órganos judiciales, creando en ellos la obligación de actuar en un plazo razonable el *ius puniendi* o de reconocer y, en su caso, restablecer inmediatamente el derecho a la libertad. La lenta reacción judicial, sin justificación, origina y propicia una causa o motivo en cierto sentido de despenalización, porque el reproche judicial viene ya viciado por extemporáneo(134).

---

(133) DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit., p. 40.

(134) VEGA RUIZ, José Augusto de: *Proceso penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial*, Colex, Madrid, 1994, p. 123.

Este derecho no se identifica con el mero incumplimiento de los plazos procesales y comporta la utilización de un concepto jurídico indeterminado que necesidad ser dotado de contenido concreto en cada caso, atendiendo a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico(135). Su vulneración se produce siempre como consecuencia de una omisión que realiza un órgano jurisdiccional sobre aquella obligación constitucional de resolver dentro de los plazos previstos las pretensiones que se formulen(136).

El *objeto material* de este derecho, en cuanto es un derecho subjetivo de carácter reaccional, que nace como consecuencia de la prohibición del *non liquen* de la obligación que tiene el órgano jurisdiccional de resolver, dentro de los plazos previstos en las leyes procesales, los asuntos de que conozcan, al punto que un juez puede incurrir, si el retardo fuera malicioso, en el delito de denegación o retardo de justicia (art. 422° CP); por consiguiente, la vulneración de este derecho fundamental, enseña GIMENO SENDRA(137), se realiza siempre como consecuencia de la omisión que perpetra un órgano jurisdiccional sobre aquella obligación constitucional. Por otro lado, reiterando lo dicho en el párrafo anterior, en palabras del citado autor, el *contenido* del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas consta de dos elementos: que la dilación se produzca, lo que significa incumplimiento de los plazos legalmente previstos, y que sea indebida, cuya apreciación se hará en cada caso y según sus circunstancias(138).

La *primera condición* para ejercer este derecho es que se incumplan los plazos previstos en la ley; corresponde a la autoridad judicial, por imperio del principio de impulso de oficio, vigilar y subsanar, en su caso, el cumplimiento de los plazos procesales. La *segunda condición* –y decisiva– es que esta dilación o retraso sea indebido; se trata de un concepto jurídico indeterminado, cuya apreciación debe realizarse caso por caso y según las circunstancias, siendo de analizar tres elementos puntuales: a) la complejidad del asunto o causa; b) el comportamiento del agente –de la actuación de buena o mala fe dependerá la calificación de indebido– en el curso del procedimiento; y, c) la actitud del órgano judicial (determinar si medió inactividad de su parte, si fue el causante de las dilaciones).

---

(135) CORDÓN: *Introducción al Derecho procesal*, cit., p. 140.

(136) GIMENO SENDRA, Vicente: *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 142.

(137) GIMENO SENDRA, Vicente: "El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas", en: *Revista del Consejo General del Poder Judicial*, Derechos Humanos, Número Especial 1, Madrid, 1986, pp. 52-55.

(138) Mayores referencias: RIBA TREPAT, Cristina: *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

Este derecho vulnerado exige de parte de la autoridad judicial su inmediato restablecimiento, vale decir, la emisión de la resolución cuya tardanza se ha puesto de manifiesto, sin perjuicio –en su caso– de declarar el derecho indemnizatorio que asiste al perjudicado; por el Estado, si la dilación se debe a un funcionamiento anormal de la administración de justicia, o por el particular culpable, si a él se debe la dilación indebida. Sin embargo, la opción que va teniendo cada vez mayor consistencia, es aquella que postula declarar, junto a la vulneración del derecho al plazo razonable, la reducción de la pena que –como mínimo– requeriría su reparación(139).

Los criterios en referencia, inicialmente, fueron establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en numerosas sentencias entre las que destacan –indica LÓPEZ BARJA DE QUIROGA– los Asuntos Sanders (STEDH, de 7 de julio de 1989), Moreyra de Azevedo (STEDH, de 23 de octubre de 1990) y Vernillo (STEDH, de 20 de febrero de 1991)(140); resta agregar los Asuntos Köning (STEDH, de 10 de marzo de 1980, párr. 99), Etckle (STEDH de 15 de julio de 1982, párr. 80), Foti (STEDH de 10 de diciembre de 1982, párr. 56), Corigliano (STEDH de 10 de diciembre de 1982, párr. 37), y Zimmermann-Steiner (STEDH de 13 de julio de 1983, párr. 24). Igualmente, en fecha posterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos los acogió íntegramente (SSCIDH, Asuntos Genie Lacayo, de 29 de enero de 1997, párr. 77; y, Suárez Rosero, de 12 de noviembre de 1997, párr. 72)(141).

Este derecho vulnerado exige de parte de la autoridad judicial su inmediato restablecimiento, vale decir, la emisión de la resolución cuya tardanza se ha puesto de manifiesto, sin perjuicio –en su caso– de declarar el derecho indemnizatorio que asiste al perjudicado (obviamente en el procedimiento que corresponda, fuera del penal); por el Estado, si la dilación se debe a un funcionamiento anormal de la administración de justicia, o por el particular culpable, si a él se debe la dilación indebida (142).

Varios son los intentos que han venido suscitándose, en orden a la respuesta concreta que el proceso penal debe arbitrar cuando se acredita un supuesto de dilación indebida. Es obvio, como decía un fallo del Tribunal Supremo de

---

(139) VIVES ANTÓN, Tomás: *La reforma del proceso penal. II. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 99.

(140) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Instituciones de Derecho procesal penal*, Akal/Iuri, Madrid, 1999, p. 101.

(141) GIMENO SENDRA: "El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas", cit., p. 55.

(142) VIVES ANTÓN: *La reforma del proceso penal. II. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, cit., p. 99.

España, que la tardanza indebida convierte la respuesta punitiva en tardía y desproporcionada; el ritmo de la culpabilidad ya no late con la misma intensidad (STSE, de 7 de octubre de 1992), de suerte que las alternativas propuestas apuntan a eliminar el *plus* sancionador que el tiempo supone para el acusado. No obstante ello, hay que coincidir con FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ[143] que tal conclusión –si bien atendible– resultaría insuficiente, en tanto limita su perspectiva exclusivamente al imputado y radica la finalidad de la pena únicamente en él, sin advertir que la pena también se proyecta sobre la sociedad en su conjunto y sobre la víctima, y que en el proceso penal, como consecuencia de lo anterior, confluyen los intereses de la comunidad social junto con los del autor y sus víctimas; y que, en tanto la dilación indebida perjudica la certeza del derecho, la seguridad jurídica, que el proceso penal siempre ha de cumplir, es necesaria una respuesta de normas claras y precisas que determinen la vigencia o subsistencia del proceso en función del tiempo transcurrido.

Como decíamos, diversos intentos se han ensayado: a) la vía de la nulidad íntegra del proceso, incluyendo la absolución libre del imputado; b) la incorporación de una atenuante analógica de carácter especial –seguida por el Tribunal Supremo español y el Tribunal Supremo Federal alemán– determinante de una reducción de la culpabilidad y, por ende, de una pena menor; y c) la no ejecución de la pena impuesta, esto es, seguir el juicio, imponer la pena que corresponde, pero a continuación declarar que no procede su ejecución. Parece ser que la atenuación de la pena es, dentro de toda respuesta limitada como se ha dejado entrever, la más adecuada, aunque siempre de una legalidad harto complicada, puesto que la culpabilidad como categoría jurídico-penal no está en función al retardo del proceso, y porque no hay norma expresa que la sustente ni una estructura normativa procesal que tome en cuenta los otros dos intereses relevantes: el de la sociedad y el de la víctima. No obstante ello, el TEDH (STEDH, Asunto Eckle, de 15 de julio de 1982) estableció que la compensación de la lesión sufrida en el derecho fundamental con una atenuación proporcionada de la pena constituye una forma adecuada de reparación de la infracción del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable. En dicha sentencia, recuerda CHOCLÁN MONTALVO, el TEDH se pronunció favorablemente sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán en la que este sostuvo que "(...) la duración excesiva de un procedimiento penal puede constituir una circunstancia atenuante especial" (BGHSt 24, 239) y que, por lo tanto, el ámbito en el que debía tener lugar la reparación de la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no era el del sobreseimiento de la causa, sino el de la *individualización*

---

(143) FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, Plácido: *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 213-239.

de la pena. Igual criterio se ha adoptado recientemente en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el caso *'baustahlgewebe'*, que autoriza la moderación de la indemnización debida como consecuencia del retardo del proceso"(144).

En todo caso, una perspectiva, desde la dogmática penal, contundente en pro de la atenuación de la pena cuando se presenta un comportamiento antijurídico de los órganos de la justicia penal es la aportada por SILVA SÁNCHEZ(145). Dicho autor aclara que la individualización de la pena, esencialmente, es una operación de concreción del contenido delictivo del hecho, lo que no implica dejar de atender a las necesidades preventivas, porque las categorías dogmáticas deben ser reinterpretadas en clave político-criminal atendiendo a las finalidades preventivas que legitiman el recurso al Derecho Penal. Asimismo –ya entrando en materia– sostiene, de un lado, que los hechos posteriores a la comisión de la conducta juzgada no afectan al ilícito y a la responsabilidad –no compensan, en todo caso, la culpabilidad del autor–, pero ello en modo alguno rechaza que la categoría *punibilidad* desempeñe un papel concreto en la determinación de la pena; y, de otro lado, que la razón o el fundamento de la atenuación de la pena o de la menor punibilidad se encuentra, en estos casos, en una directa referencia a la *necesidad preventiva de pena*. En efecto, explica SILVA SÁNCHEZ, (1) se aplica esta perspectiva desde la prevención de integración, en estos casos, se da una disminución de la necesidad preventivo-general de la pena, porque desde un punto de vista social no se siente la misma necesidad de sanción cuando ha transcurrido un lapso importante de tiempo entre la comisión del hecho y la sentencia; y, (2) si se analiza la dilación desde el punto de vista clásico de prevención general negativa, la rebaja de pena tampoco produce menguas relevantes del efecto intimidatorio sobre la sociedad, de suerte que ninguna consideración de necesidad se opondría a ellas; a lo expuesto, podría sumarse incluso la menor necesidad preventivo-especial de pena, si es que el sujeto se ha resocializado o se halla en vías de hacerlo.

E. El derecho de utilizar los medios de prueba pertinentes

Este derecho está muy vinculado al derecho de defensa. Queda limitado cuando habiéndose intentado la realización de un medio de prueba

---

(144) CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: "La pena natural y sus efectos sobre la culpabilidad del autor", en: *Actualidad Penal*, N° 46, semana de 9 al 15 de diciembre de 2002, La Ley, Madrid, 2002, p. 5.

(145) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: "Problemas de la determinación judicial de la pena", en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María y SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J.: *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública*, Grijley, Lima, 2001, pp. 91, 101 y 106.

en tiempo y en forma, y siendo pertinente e influyente para la decisión del litigio, el juez lo rechaza, sin disponer al mismo tiempo la realización de otras actividades probatorias(146).

Una prueba es pertinente, cuando guarda relación con lo que es objeto del proceso penal. La formación de la convicción judicial se ve limitada, si no puede contar con un elemento de prueba relacionado con el debate judicial.

En cuanto se trata de un derecho fundamental, destinado a la protección de todos aquellos que acuden al órgano jurisdiccional en defensa de sus derechos e intereses legítimos, la ley ordinaria no puede impedir la actuación de medios de pruebas sustanciales para la defensa, ni priorizar otros intereses o bienes jurídicos, que no tengan expresa relevancia constitucional o igual nivel.

Junto a la pertinencia, el Derecho ha incorporado otros dos límites extrínsecos a la actividad probatoria: la utilidad y la licitud. La primera es aquella en que por existir una manifiesta inadecuación de medio a fin, se puede conjeturar razonablemente que no alcanzará el resultado pretendido. La segunda es aquella que respeta otros derechos fundamentales y no quebranta disposición ordenatoria alguna de la actividad probatoria(147).

Este derecho comprende no sólo el poder de lograr la comparecencia compulsoria de testigos y peritos, así como la incorporación de todo documento, informe o dato pertinente al proceso. También comprende lograr la información que estos puedan proporcionar y, en su caso, a posibilitar careos o confrontaciones con testigos de cargo o coimputados. Lo esencial en este último supuesto es asegurar al oponente la oportunidad de contrainterrogar, de formular directamente preguntas y de obtener respuestas inmediatas: es lo que se denomina *"derecho a la contraprueba"*. Además, impide que la ley cree prohibiciones que impidan declarar a una clase de testigos sobre la base de categorías *a priori*, v. gr.: rechazar el testimonio de policías o miembros de los cuerpos de seguridad. En buena cuenta, este derecho no sólo es una manifestación del contradictorio sino, en su esencia, la materialización de la necesaria equiparación entre las partes pasivas y activas: probar y controlar la prueba del adversario(148).

El Tribunal Constitucional (STC, Exp. N° 010-2002-AI/TC, Asunto Inconstitucionalidad de legislación sobre terrorismo, de 3 de enero de 2003) en orden a lo expuesto: a) reconoció que el derecho a la prueba goza

---

(146) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 290.

(147) CAROCCA PÉREZ, Alex: *Garantía constitucional de la defensa procesal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1998, pp. 300-302.

(148) MAIER: *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 577.

de contenido constitucional, indicando –párr. 148– que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso; b) declaró que como todo derecho constitucional, el de la prueba, también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión (párr. 149); c) precisó que los límites que pueden establecerse deben respetar su contenido esencial o en su caso los principios de proporcionalidad y razonabilidad; y, d) que un límite razonable y proporcional es la protección de la vida e integridad corporal de los testigos en tanto estos desempeñaron un papel en la investigación policial del delito y son miembros de la Policía. (párr. 159).

Esta concepción es a mi juicio inaceptable. Es cierto que pueden arbitrarse precisos límites en función a la protección de determinados valores o bienes constitucionalmente protegidos, pero la posibilidad de contar con un órgano de prueba cuya información puede ser vital para el imputado y necesario para reconstruir con la mayor fidelidad posible un hecho imputado no puede ser negada de plano y en abstracto por la sola invocación de la existencia de un riesgo, abstracto en este caso, de peligro para la vida de un testigo. Tres motivos justifican esta conclusión, en principio necesarios para medir la estricta proporcionalidad y necesidad de la prohibición. En primer lugar, se requiere que el peligro sea concreto, lo que obliga –caso por caso– a una ponderada apreciación judicial, sin que esa evaluación pueda serle enajenada al juez y entregada al legislador. En segundo lugar, la justicia es un valor inherente a un sistema democrático y determina la actuación de los poderes públicos, al punto que en lo penal, más aún tratándose de imputación por delitos graves, está en juego el derecho a la libertad personal, por lo que la invocación a riesgos –ni siquiera precisados en la ley– radicados en la integridad del testigo no tiene entidad suficiente para superponerse al deber de esclarecimiento del proceso penal –deber social del Estado– y al derecho de prueba del imputado, que tiene jerarquía constitucional. En tercer lugar, lo idóneo, según el derecho comparado, para afrontar los riesgos que puedan sufrir los órganos de prueba es instaurar un sistema eficiente de protección, pero de ninguna manera clausurar la intervención de quien pueda aportar información razonable sobre los hechos objeto de imputación.

Expuesto lo anterior, no puede sino invocarse a PICÓ I JUNOY, para apuntar que, en efecto, el derecho a la prueba no tiene un carácter ilimitado; su ejercicio debe acomodarse a las exigencias y condiciones impuestos por la normativa procesal. Así las cosas, se admiten tres límites razonables: a) la pertinencia de la prueba, esto es, solo se acepta una prueba que tenga relación con el objeto del proceso; b) la licitud de la prueba, en cuya virtud esta

debe haber sido obtenida sin infringir derechos fundamentales y practicada sin vulnerar la legalidad procesal; y, c) la prueba debe ejercitarse dentro del tiempo y bajo la forma legalmente previstos(149).

F. Ne bis in idem procesal

Desde su perspectiva sustancial, la garantía del *ne bis in idem*, cuyo reconocimiento constitucional de modo específico se encuentra en el art. 139°.13 de la ley fundamental, se expresa en dos exigencias. La primera exigencia consiste en que no es posible aplicar una doble sanción, siempre que se presente la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, esto es, cuando existe una misma ilicitud, de suerte que en el campo administrativo –donde se presentan los mayores problemas en su relación con la jurisdicción penal– estará vedado imponer al funcionario o servidor una sanción adicional a la penal cuando el interés jurídicamente protegido sea el mismo que el protegido por el tipo penal, no siendo suficiente al respecto la sola invocación de las relaciones de especial sujeción con la Administración(150).

La segunda exigencia se aplica en el concurso aparente de leyes, en cuya virtud se impide que por un mismo contenido de injusto puedan imponerse dos penas criminales. Al respecto, Carlos CARBONELL MATEU señala que esta garantía afecta a la aplicación de varias normas que se refieran a una identidad de sujeto, hecho y fundamento, esto es, que a un mismo individuo, como consecuencia de la realización de una misma conducta y de la producción de un mismo resultado, no se le pueden aplicar dos normas distintas cuya fundamentación sea la misma tutela del mismo bien jurídico(151). Esta garantía, igualmente, extiende también su operatividad a la concurrencia entre las leyes penales y cualquier otra clase de leyes sancionadoras, cuya virtud veda, en este caso, que una misma infracción pueda resultar doblemente sancionada(152).

Desde la perspectiva procesal, el *ne bis in idem* es un derecho constitucional a no ser enjuiciado dos veces por el mismo delito y su fundamento se halla en las exigencias particulares de libertad y seguridad del individuo. Igualmente, la fuente de conflicto se suscita cotidianamente con la potestad sancionadora de la Administración. En este caso, no solo la Administración

(149) PICÓ I JUNOY: *Las garantías constitucionales del proceso*, cit., pp. 146-148.

(150) GARCÍA ALBERO, Ramón, *Ne bis in idem*, Cedecs, Barcelona, 1995, p. 64.

(151) CARBONELL MATEU: *Derecho penal*, cit., p. 151.

(152) COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 75.

ha de estar subordinada a la autoridad judicial, sino que no puede realizar actuaciones en hechos que puedan ser constitutivos de delito o falta según la legislación penal y necesariamente debe respetar la cosa juzgada, imposibilitando que se produzca un nuevo pronunciamiento sobre el tema. Al respecto, VIVES ANTÓN enfatiza que si la jurisdicción penal declara que los hechos no están probados, la Administración u otro órgano jurisdiccional han de entender necesariamente que los hechos no existen, estando obligados a tener ya por inocente respecto de esos hechos al sujeto(153).

Asimismo, esta garantía se extiende a la propia calificación jurídica de los hechos cuestionados, en lo que se refiere al derecho sancionador; es decir, aun si se declara en sede penal que el hecho no es delito, en tanto existe una unidad del derecho sancionador (del penal y del administrativo), no es posible someter ese mismo hecho, ya juzgado, a un nuevo enjuiciamiento por razón de sucesión de normas en el tiempo, aunque sea en sede administrativa. *El imputado no puede ser sometido a un doble riesgo real*(154).

El Tribunal Constitucional en el "Asunto Dante Damas Espinoza" estimó que si por los mismos hechos la justicia ordinaria sobreseyó la causa a favor de un inculpado, no es posible que la justicia militar se avoque a su conocimiento y dicte una sentencia condenatoria, pese a que inclusive la declinatoria de jurisdicción había sido resuelta por la Corte Suprema a favor de la jurisdicción ordinaria(155). Resulta interesante el Fundamento Jurídico N° 7 del fallo constitucional, porque, *primero*, integra el *non bis in idem* –tal como así lo rotula– dentro del derecho al debido proceso del art. 139°.3 de la Constitución, sosteniendo que significa que el imputado absuelto por una resolución judicial firme no puede ser sometido a un nuevo proceso por los mismos hechos, esto es, reconoce la dimensión procesal de la garantía del *ne bis in idem*; y, *segundo*, señala que la *res iudicata* o cosa juzgada está reconocida en el art. 139°.13 de la Constitución, la cual supone la prohibición de que un individuo con resolución absolutoria y firme pueda verse sometido a un nuevo proceso judicial en que se juzgue los mismos hechos que motivaron la inicial sentencia, tesis última no bien formulada, dado que el *ne bis in idem* material, como ya se dejó expuesto, prescribe que nadie puede ser sancionado dos veces por una misma conducta.

Por otro lado, resulta trascendental al efecto la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recaída en el "Asunto Loayza Tama-

---

(153) VIVES ANTÓN, T.: "*«Ne bis in idem»* procesal", cit., p. 361.

(154) VIVES ANTÓN: "*«Ne bis in idem»* procesal", cit., p. 364.

(155) STC N° 109-98-HC-TC, de 2 de julio de 1998 (*El Peruano*, Lima, 29 de setiembre de 1998).

yo", que estableció que si la justicia militar al dictar una sentencia se pronuncia sobre los hechos objeto de la acusación, valorando los elementos probatorios del comportamiento atribuido, no es posible que esos mismos hechos, bajo otra perspectiva jurídica, sean de conocimiento por la justicia ordinaria(156). Este fallo constituye, en buena cuenta, la consagración jurídica del *ne bis in idem* procesal, que proscribe no la doble sanción, sino, propiamente, el doble enjuiciamiento, la posibilidad de que a un individuo se le someta a un doble riesgo real.

Es de entender, como conclusión, que el Estado solo tiene una oportunidad para hacer valer su pretensión sancionadora, si la pierde, ya no puede ejercerla, así se invoquen defectos técnicos o diferentes perspectivas jurídicas para resolver el caso. Llama la atención que el Tribunal Constitucional haya declarado que si un Tribunal especializado, como es el caso del establecido por delitos de terrorismo, absuelve a un acusado por considerar que los delitos imputados no están tipificados en la legislación sobre terrorismo, pues se trata de delitos comunes, debe remitir la causa a los órganos penales competentes para el procesamiento y enjuiciamiento correspondiente (STC, Exp. N° 678-99-HC/TC, asunto José Rengifo Aspinali y otro, de 1 de octubre de 1999, párr. 5)(157), pues ello importa desconocer la doctrina Loayza Tamayo sentada por la CIDH. Es de enfatizar que el error del Estado no puede pagarlo el imputado y que el Estado solo tiene una oportunidad para sancionar a una persona, quien tiene el derecho fundamental de la interdicción del doble riesgo real.

Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene establecido, en cuanto al ámbito administrativo sancionador, que el procedimiento respectivo ha de respetar todas las garantías materiales y procesales contenidas en la Convención, entre las que se encuentra la prohibición del *non bis in idem* (STEDH, Asunto Öztürk vs. RRFA, de 21 de febrero de 1984). También ha declarado que, a los efectos de la prohibición del *non bis in idem*, dicho principio ha de estar presente en los supuestos de aplicación, a los mismos hechos, de una sanción penal y otra administrativa, entre un injusto administrativo y un delito (STEDH, Asunto Gradinger vs. Austria, de 23 de octubre de 1995; STEDH, Asunto Franz Fischer vs. Austria, de 29 de mayo de 2002; STEDH, Asunto W.F. vs. Austria, de 30 de mayo de 2002; y STEDH, Asunto Sallen vs. Austria, de 6 de junio de 2002).

Pero, en este ámbito, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha llegado más allá, en posición que comparte GIMENO SENDRA(158). El citado

---

(156) Sentencia de 17 de setiembre de 1997.

(157) http:// www.TC.gob.pe/jurisprudencia/1999/0678-99-HC.html

(158) GIMENO SENDRA, Vicente: "Cuestiones prejudiciales devolutivas y *non bis idem* en el proceso penal", en: *La Ley*, Año XXIV, N° 5817, Madrid, 4 de julio de 2003, p. 15.

Tribunal Regional no solo ha insistido en la supremacía de la jurisdicción penal sobre el procedimiento administrativo y en la inclusión de los ilícitos administrativos en concurrencia con los penales a los efectos de la prohibición del *non bis in idem*, también ha estipulado, en el Asunto Franz Fischer vs. Austria, de 29 de mayo de 2002 (conducción en estado de ebriedad que causó un accidente con una víctima, en cuya virtud fue sancionado administrativamente por el ilícito de alcoholemia y en sede jurisdiccional penal por delito de homicidio culposo), y en los Asuntos Sailer vs. Austria, STEDH de 30 de mayo de 2002, y Gradinger vs. Austria, STEDH de 23 de octubre de 1995 (concurso entre delito de conducción en estado etílico y lesiones u homicidio por negligencia), similares vulneraciones al *non bis in idem* cuando se trata de casos en los que un acto, a primera vista, parece constituir más de un delito, mientras que un examen más atento muestra que únicamente debe ser perseguido un delito, porque abarca todos los ilícitos contenidos en los otros; o, lo que es lo mismo, cuando diferentes delitos basados en un acto son perseguidos consecutivamente, uno después de la resolución firme sobre el otro, pese a que dichos delitos tienen los mismos elementos esenciales.

De otro lado, no aprecia vulneración al *non bis in idem* en los casos de concursos ideales de delitos en los que, bien dos jurisdicciones, penal y administrativa, bien la propia jurisdicción penal aplican normas heterogéneas. En los Asuntos Ponsetti y Chesnel vs. Francia y Göktan vs. Francia (STEDH de 14 de setiembre de 1997 y STEDH de 2 de julio de 2002, respectivamente), se trató de un delito de tenencia de droga, importada del extranjero, con fines de comercialización y un delito de contrabando, mientras que en el Asunto Oliveira vs. Suiza (STEDH de 30 de julio de 1998) se trató de la comisión de un delito de conducción sin el pertinente permiso y la de un delito de lesiones. GIMENO SENDRA dice[159], resumiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que "[...]en todos los supuestos de infracción del *non bis in idem* es indiferente que se haya efectuado la compensación de sanciones –que es el modelo seguido por la jurisprudencia constitucional española– o que la sanción penal sea anterior o posterior a la administrativa, debiendo el Tribunal superior anular siempre la última, incluida la sentencia penal posterior a la administrativa".

2. EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL

El art. 139°.3 de la ley fundamental también incorpora esta garantía en el conjunto de las reglas genéricas de protección del ciudadano en el curso de un proceso judicial. Se trata de un derecho autónomo en el que se integran

(159) GIMENO SENDRA: "Cuestiones prejudiciales devolutivas y *non bis idem* en el proceso penal", cit., p. 16.

diversas manifestaciones y que engloba, al decir de ASENCIO MELLADO, los siguientes: a) derecho al proceso; b) derecho a obtener una resolución de fondo fundada en Derecho; c) derecho a los recursos legalmente previstos; y, d) derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales(160). Es de significar que en nuestra Constitución existe un derecho a la instancia plural o, como mínimo, al doble grado de jurisdicción (*vid.* art. 139°.6 Const.), que nuestro Tribunal Constitucional lo engloba dentro del derecho al recurso(161), lo que en estricto sentido no es correcto –sin perjuicio de entender la relación que existe entre ambos–, pues una cosa es tener derecho a que un fallo definitivo sea necesariamente revisado, en todos sus aspectos posibles: hecho y derecho (derecho al doble grado de jurisdicción, *vid.* art. 11° de la LOPJ) por un tribunal revisor, y otra distinta, es que en tanto la ley prevea recursos específicos contra las resoluciones, obviamente distintas a fallos definitivos, se tenga derecho a acceder a ellos desde una perspectiva favorable o efectiva a su cabal ejercicio.

En cuanto al derecho al proceso, es de acotar que el art. 14°.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estatuye, bajo la denominación, *derecho de acceso a la justicia*, el derecho que todas las personas tienen de ser oídas por el órgano jurisdiccional. El acceso al órgano jurisdiccional se debe manifestar no solo en la posibilidad de formular peticiones concretas (solicitudes probatorias, oposiciones, impugnaciones, alegatos, etc.), sino también en que se pueda instar la acción de la justicia en defensa de los derechos e intereses legítimos de las personas. Lo particular del proceso penal peruano es que el Ministerio Público es el órgano autónomo de derecho constitucional que tiene la exclusividad para promover la acción penal (art. 159°.5 Const.); sin embargo, ello no obsta a que los ciudadanos tengan el derecho de formular denuncias y que si el Fiscal las rechaza puedan instar el control jerárquico del Superior (art. 12° de la LOMP). Una vez promovida la acción penal, los agraviados están autorizados a constituirse en parte civil, sin perjuicio que decidan –sin condicionamiento alguno– acudir a la vía civil interponiendo una demanda de indemnización. La víctima, en consecuencia, no está legitimada para reclamar la imposición de una pena al presunto delincuente, pero sí para acudir directamente al órgano judicial reclamando una indemnización.

---

(160) ASENCIO MELLADO: *Introducción al Derecho Procesal*, cit., p. 188.

(161) La STC, Exp. N° 1231-2002-HC/TC, Asunto Ann Vallie Lynelle, de 21 de junio de 2002, párr. 2, señala que el *derecho a los recursos* forma parte del contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancias, pues promueve la revisión, por un superior jerárquico –*¿y los recursos no devolutivos?*–, de los errores de quienes se encuentran autorizados, en nombre del pueblo soberano, a administrar justicia.

Por otro lado, contemporáneamente esta garantía tiene un efecto expansivo inusitado, esencialmente, respecto a las nulidades que conllevan la realización de nuevos juicios en la misma causa, donde la institución de la preclusión –y fundamentalmente los motivos de la culminación de concretas etapas procesales, en tanto el afectado no haya contribuido a su indebida concreción– juega un papel central. La jurisprudencia, especialmente la estadounidense y la argentina, ha venido a aportar interesantes y correctas soluciones al problema en cuestión.

1) La Suprema Corte de Estados Unidos en el Asunto Green vs. Estados Unidos, decidido en 1957, estableció que un individuo no puede volver a ser enjuiciado por la acusación original, que en su día ganó, cuando impugna, con éxito, una condena por un delito menor. El Sr. Green fue inicialmente procesado por delito de homicidio doloso, pero en el transcurso del proceso se amplió el procesamiento por delito de homicidio culposo y, finalmente, descartándose el primer tipo penal, pasó a juicio sólo por homicidio culposo; la decisión en referencia (sobreseimiento por delito de homicidio doloso y enjuiciamiento por delito culposo) quedó firme. El Sr. Green, luego del juicio, fue condenado por delito culposo, decisión contra la que recurrió, a mérito de lo cual el órgano judicial superior aceptó los fundamentos del recurso y ordenó un nuevo juicio. El Fiscal, aprovechando la nulidad declarada, intentó acusar por delito de homicidio doloso, sin embargo, la Suprema Corte, rechazando ese proceder del Ministerio Público, expresó que ya se había puesto a Green en riesgo una vez por homicidio doloso y que la apelación de su condena por un delito diferente no implicaba una renuncia a la protección contra el doble riesgo; puntualmente, precisó que no se debe permitir que el Estado, con todos sus recursos y autoridad, emprenda intentos repetidos de condenar a un individuo por un presunto delito, exponiéndolo a la vergüenza, gastos y molestias, además de obligarlo a vivir en una condición permanente de ansiedad e inseguridad y que con ello aumenta la posibilidad de que, aun siendo inocente, se le declare culpable. Este razonamiento fue repetido en el Asunto Price vs. Georgia (1970)(162).

2. La Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina, en un célebre proceso, el "Asunto Mattei", reiterado en el "Asunto Polak" (SSCJN, de 15 de octubre de 1998) impuso límites concretos a la facultad del Tribunal de decretar nulidades en el marco de un proceso penal, sobre todo si esas nulidades implican retrotraer el procedimiento a etapas ya cumplidas del mismo, límites fundamentados concurrentemente en dos derechos fundamentales:

(162) Ver WITT, Elder: *La Suprema Corte de Justicia y los derechos individuales*, Gernika, México, 1995, pp. 286 y 288.

plazo razonable y *ne bis in idem*. El antecedentes es el siguiente: el Sr. Mattei había sido procesado por delito de contrabando, y luego de más de cuatro años de proceso fue absuelto en primera instancia; apelado el fallo por el Fiscal, el Tribunal de segunda instancia anuló todo lo actuado desde la conclusión de la instrucción, sobre la base de que el Juez no había agotado la investigación.

Sobre esa base el Alto Tribunal, en la FJ 10, expresó que el "derecho a un juicio razonablemente rápido se frustraría si se aceptara que, cumplidas las etapas esenciales del juicio y cuando no falta más que el veredicto definitivo, es posible anular lo actuado en razón de no haberse reunido pruebas de cargo, cuya omisión solo cabría imputar a los encargados de producirlas, pero no por cierto al encausado. Todo ello con perjuicio para este en cuanto, sin falta de su parte, 'lo obliga a volver a soportar todas las penosas contingencias propias de un juicio criminal' (...), y con desmedro, a la vez, del fundamento garantizador –'como tal de raigambre constitucional'– que ha inspirado la consagración legislativa de ciertos pilares básicos del ordenamiento penal vinculados con el tema en debate, 'cuales son el del *non bis in idem*'". Hay pues un derecho constitucional del imputado a que su proceso avance, de suerte que si por deficiencias en la investigación o por cualquier otra razón no imputable a él se ha dado causa a una nulidad, los tribunales están imposibilitados de retrotraer el proceso a una etapa ya precluida(163).

Dicha Corte, como recuerda BERTELOTTI, en otra causa, el "Asunto Frades" (SCJN, de 14 de diciembre de 1989), distinguió entre los motivos que daban pie a las nulidades, indicando que la doctrina de "Mattei" se aplicaba a "aquellas hipótesis en que, habiendo sido observadas las formas sustanciales del juicio, se decretó la invalidación de las actuaciones sobre la base de consideraciones rituales insuficientes, lo que equivaldría a transformar la actividad jurisdiccional en un conjunto de solemnidades desprovistas de su sentido director cual es la realización de la justicia", para a continuación señalar que "en cambio, esos mismos precedentes no podían regir lo supuestos en que las nulidades dispuestas respondieran a la inobservancia de las formas sustanciales del juicio". El citado autor recuerda una posición similar de la Corte estadounidense en los "Asuntos Burks y Kennedy", resueltos en los años 1978 y 1982, que impedían un nuevo juicio cuando la nulidad se decretó por prueba insuficiente o por una conducta intencional del fiscal; así, como de la Corte Suprema de México en dos casos de 27 de julio de 1962 y de 23 de enero de 1962(164).

---

(163) Más detalles: CARRIÓ: *Garantías constitucionales en el proceso penal*, cit., pp. 460-462.

(164) BERTELOTTI, Mariano: "El principio *ne bis in idem* desde una perspectiva histórico-comparada", en: HENDLER (comp.): *Las garantías penales y procesales*, cit., pp. 123-124.

En nuestro país, mayormente no se sigue esa línea jurisprudencial, aunque empieza a desbrozarse el camino hacia su aplicación con un fallo dictado últimamente el 25 de julio de 2002. El Presidente de la Sala, en esa oportunidad, señaló en su voto singular, que al ser concordado con otros votos luego de un largo procedimiento de discordia se erigió en la Ejecutoria Suprema correspondiente, que el imputado tiene derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o a que su proceso se resuelva en un plazo razonable, por lo que el órgano jurisdiccional en esos casos está obligado a resolver sobre el fondo del asunto si la causa ha durado excesivamente; asimismo, precisó que "en tanto corresponde a la Fiscalía la carga de la prueba, conforme lo dispone el artículo catorce de la Ley Orgánica del Ministerio Público, y como quiera que durante los plazos que la ley procesal establece para desarrollar actos de investigación y actos de prueba no se actuó prueba suficiente y razonable que acredite la acusación, y que las omisiones y defectos en la adquisición y actuación de los actos de prueba no pueden perjudicar al imputado, es de aplicación lo dispuesto en artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales" (165). Este fallo permite establecer, por lo menos, dos conclusiones: a) que desde el momento en que una persona se encuentra procesada y, luego acusada, nace su derecho a que su situación jurídica se defina de una vez y para siempre; y, b) que no es posible anular el juicio si las causas se deben a una insuficiente o deficiente actuación probatoria, que es de cargo del Fiscal y no del imputado.

El derecho a la tutela judicial también comprende *el derecho a obtener una resolución de fondo fundada en derecho*, salvo que exista una causa impeditiva prevista en la ley. Esta decisión puede ser denegatoria e inclusive puede ampararse en razones estrictamente formales, siempre y cuando razone de modo no arbitrario, en absoluta congruencia con la solicitud y los alegatos de las partes (principio de motivación, art. 139°.5 Const.). Según MORENO CATENA, el juez puede alegar, por cierto, el incumplimiento de presupuestos procesales y requisitos de forma –siempre esenciales– exigidos por la ley, cuya legitimidad estará condicionada a que interprete la ley, en estos casos, restrictivamente y del modo más conforme con el principio *pro actione o favor actionis* (166).

Desde esta perspectiva, la motivación de las resoluciones judiciales ha sido consagrada como una garantía específica (art. 139°.5 Const.), al punto que la jurisprudencia ha estipulado que su vulneración es causal de

(165) Ejecutoria Suprema 382-2002-Lima, de 25 de julio de 2002; último voto concordado, de 28 de enero de 2003 (inédita).

(166) En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 221-222.

nulidad(167). La Corte Suprema ha establecido que todas las resoluciones judiciales deben ser motivadas en todas las instancias con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos en que se sustenta, excepto los decretos de mero trámite; que solo en segunda instancia pueden reproducirse los fundamentos de la resolución de primera instancia, tal como lo dispone el art. 12° de la Ley Orgánica del Poder Judicial; que si no se comparten los fundamentos del dictamen fiscal deben consignarse los que correspondan(168). Es de señalar, en este último punto, que el art. 142° de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que si el fallo –obviamente, salvo que se trate de la sentencia de primera instancia– se dicta de conformidad con el dictamen fiscal, los fundamentos del mismo se consideran como su motivación, pero si se resuelve con lo expuesto por el Fiscal, es indispensable consignar la fundamentación pertinente. En cuanto al dictamen fiscal, el máximo tribunal ha precisado que debe estar suficientemente explicado y referirse a los hechos en forma coherente, en caso contrario se considera insuficiente la motivación de la resolución judicial que se sustente en él(169).

El *derecho a la ejecución* cierra el derecho a la tutela judicial. Ello significa que las resoluciones judiciales firmes, no son meras declaraciones de intenciones, sino que es necesario que se ejecuten obligatoriamente, inclusive de modo coactivo en los casos en que voluntariamente no se cumpla el pronunciamiento contenido en ellas. A este respecto, el art. 118°.9 de la Constitución impone al Poder Ejecutivo la obligación de cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales; igualmente, el art. 139°.18 reconoce como un principio de la función jurisdiccional: *"La obligación del Poder Ejecutivo de prestar la colaboración que en los procesos le sea requerida"*.

Finalmente, el Tribunal Constitucional en el Asunto "Marcelino Tineo Silva y otros", párr. 89, identifica derecho a la tutela jurisdiccional con

---

(167) Ejecutoria Suprema de 25 de mayo de 1994, Exp. N° 167-93-B, Lima (ROJJASI PELLA, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, Legrima, Lima, 1997, pp. 380-381).

(168) Ejecutoria Suprema de 8 de setiembre de 1993, Exp. N° 790-92, Lima (*Normas Legales*, T. 222, noviembre, Trujillo, 1994, pp. J40-J41). La Corte Superior de La Libertad considera, de un lado, que la motivación de las resoluciones judiciales exige tanto la fundamentación de derecho como la de los hechos submateria ineludiblemente contrastados con los elementos de prueba incorporados al proceso; y, de otro lado, que la motivación es una garantía del debido proceso (Ejecutoria superior de 31 de octubre de 2002, Exp. N° 633-2001, en: *Jurisprudencia penal*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2003, T. I, pp. 400-401). Es de precisar, a modo de aclaración, que la motivación de las resoluciones guarda resolución con el derecho a la tutela jurisdiccional, aunque desde nuestro ordenamiento constitucional constituye una garantía específica, con sustantividad propia.

(169) Ejecutoria Suprema de 20 de junio de 1990, Exp. N° 1614-89, Lima (*Normas Legales*, T. 208, setiembre, Trujillo, 1993, pp. 390-391).

derecho de acceso a la justicia[170]. Esta afirmación, sin ninguna base conceptual añadida, en sentido estricto, significaría el derecho a que se dicte una resolución en derecho, siempre que se cumplan los presupuestos o requisitos procesales para ello. Empero, por su propia lógica interna –lo que es esencial en un derecho complejo como el analizado–, tal derecho importa obviamente el *ius ut procedatur*, que es la acción penal, y el derecho a la ejecución o derecho a la acción ejecutiva[171].

3. EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El art. 2°.24. e) de la Constitución configura a la presunción o, mejor dicho, estado de inocencia, como un derecho fundamental. Dice la ley superior: "*Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales. En consecuencia, toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad*". Esta norma crea en favor de las personas un verdadero derecho subjetivo a ser consideradas inocentes de cualquier delito que se les atribuya, mientras no se presente prueba bastante para destruir dicha presunción, aunque sea mínima[172].

La precisión de los contornos de este derecho, sin embargo, no es nada sencilla. El profesor Jaime VEGAS TORRES[173] ha puesto de relieve que esta institución, como consecuencia de su origen histórico diferente en el Derecho comparado (nace en momentos, lugares y culturas jurídicas distintas y que da respuesta a preocupaciones de muy diferente naturaleza) tiene tres significados:

1. Como concepto fundamental en torno al cual se construye todo un modelo de proceso penal, en el que se mira fundamentalmente a establecer garantías para el imputado frente a la actuación punitiva estatal.

2. Como postulado directamente referido al tratamiento del imputado durante el proceso penal, conforme al cual habría de partirse de la idea de que el inculpado es inocente y, por tanto, reducir al mínimo las medidas restrictivas de derechos en el tratamiento del imputado durante el proceso.

3. Como una regla directamente referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual, la

---

(170) STC Exp. N° 010-2002-AI/TC, Asunto Marcelino Tineo Silva y otros, 3 de enero de 2003 (*El Peruano*, 4 de enero de 2003, pp. 236530-266553).

(171) Cfr. DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho Procesal. Introducción*, cit., pp. 432-433.

(172) JAÉN VALLEJO, Manuel: *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, Akal, Madrid, 1987, p. 19.

(173) VEGAS TORRES, Jaime: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993, pp. 35-39.

prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del inculpado, si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada.

Nuestra Constitución sitúa la presunción de inocencia dentro de los derechos fundamentales a la libertad –es un derecho subjetivo público[174]–, la cual puede limitarse o perderse por acción de los órganos penales. En consecuencia, los tres significados son plenamente aplicables a la interpretación de los alcances de dicho Derecho. Es claro que el ámbito probatorio es el más amplio, pero a ello no escapa toda la dinámica de la coerción procesal y la concepción y regulación integral del procedimiento, bajo unos supuestos sustancialmente liberales.

La culpabilidad, en su sentido amplio de responsabilidad penal, solo se declara mediante una sentencia firme, la cual además se erige como la única forma de imponer una pena a alguien. Se asienta en dos ideas: a) exigencia de auténticos actos de prueba; y, b) el principio de libre valoración o criterio de conciencia por los jueces ordinarios en su valoración[175]. Este principio, así explicado, constituye un punto de partida político: no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, sino, antes bien, que no puede ser considerado culpable hasta la decisión que pone fin al procedimiento, condenándolo[176].

La exigencia de que nadie puede ser considerado culpable hasta que así se declare por sentencia condenatoria contiene, al decir de la jurisprudencia constitucional española, cinco presupuestos: 1. Suficiente actividad probatoria. 2. Producida con las garantías procesales. 3. Que de alguna manera pueda entenderse de cargo. 4. De la que se pueda deducir la culpabilidad del procesado. 5. Que se haya practicado en el juicio. Los imputados gozan de una presunción *iuris tantum*, por tanto en el proceso ha de realizarse una actividad *necesaria y suficiente* para convertir la acusación en verdad probada; las pruebas, para ser tales, deben merecer la intervención judicial en la fase del juicio oral, cuya obligatoriedad y publicidad impone la Constitución (art. 139°.4), salvo los supuestos de prueba anticipada y prueba preconstituida; asimismo, deben haber posibilitado el principio de contradicción y haberse actuado –en lo que respecta esencialmente a la obtención de fuentes de prueba– con escrupuloso respeto a las normas tuteladoras de los derechos fundamentales, pues de lo contrario son de valoración prohibida[177].

---

(174) 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, Madrid, 1992 (Cuadernos de Derecho Judicial), p. 32.

(175) ALMAGRO NOSETE: "Teoría general de la prueba en el proceso penal", cit., p. 36.

(176) MAIER: *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 492.

(177) JAÉN VALLEJO: *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, cit., p. 24.

Para que pueda aceptarse el principio de presunción de inocencia es necesario que de lo actuado en la instancia se aprecie un vacío o una notable insuficiencia probatoria, debido a la ausencia de pruebas, a que las practicadas hayan sido obtenidas ilegítimamente o que el razonamiento de inferencia sea ostensiblemente absurdo o arbitrario; debiendo decaer cuando existan pruebas bien directas o de cargo, bien simplemente indiciarias con suficiente fiabilidad inculpatoria(178).

En atención a lo expuesto, es de enfatizar entonces que la presunción de inocencia tiene una naturaleza de derecho reaccional, no necesitado de un comportamiento activo de su titular, en este caso del imputado. Este derecho, dice por ejemplo una reciente jurisprudencia española, se extiende a dos niveles: a) *fáctico*, comprensivo tanto de la acreditación de hechos descritos en un tipo penal como de la culpabilidad del acusado, entendida esta como sinónimo de intervención o participación en el hecho de una persona; y, b) *normativo*, que abarca tanto la regularización en la obtención y producción de la prueba como a la comprobación de la estructura racional de la convicción del juzgador, lo que se realizaría a través de la necesaria motivación que toda sentencia debe tener (STSE 2004/2002, de 28 de noviembre de 2002, FJ 4)(179).

Otro significado, en orden al *onus probandi*, es que la necesidad de afirmar la certeza de los cargos objeto de acusación –lo que importa que la duda y aun la probabilidad descarta la imposición de una sentencia condenatoria– recae materialmente sobre el Fiscal, en cuanto titular de la acusación pública. Es el Ministerio Público quien habrá de reunir aquella suficiente y necesaria actividad probatoria para destruir la presunción de inocencia; por ello se define a la presunción de inocencia como un *derecho reaccional*. Por lo demás, acreditada la imputación hecha valer por el Fiscal, corresponde al imputado, en caso lo sostenga, probar los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de la responsabilidad penal(180).

Es de insistir, conjuntamente con CAFFERATA NORES(181), que la prueba de los hechos contenidos en la acusación corresponde al acusador, es decir, al fiscal en los delitos públicos (en los delitos privados, sin duda, corres-

---

(178) CORDÓN: *Introducción al Derecho procesal*, cit., p. 135.

(179) *La Ley. Actualidad Penal*, N° 13, Madrid, 24 al 30 de marzo de 2003. En: http://www.laley.ractual/r13p_j2003_201.htm.

(180) RIVES SEVA, Alfonso Pablo: *La prueba en el proceso penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 32.

(181) CAFFERATA NORES, José I.: *Proceso penal y derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 140.

ponderá al acusador privado, que el CPP de 1940 denomina "querellante"), porque siendo él quien niega la inocencia establecida por el orden jurídico, será él quien deberá asumir la responsabilidad, incluso frente a la víctima, de suministrar la prueba de la culpabilidad.

Finalmente, el axioma que impide la pena sin una sentencia judicial que la ordena, ha fundado correctamente la pretensión de que durante el curso del procedimiento el imputado no pueda ser tratado como un culpable(182). La idea central del tratamiento como inocente se vincula, al carácter restrictivo de las medidas de coerción en el proceso penal(183). La existencia de dichas medidas no significa que al imputado se le pueda anticipar una pena durante el procedimiento, de suerte que la limitación procesal de derechos fundamentales tiene como fundamento legítimo asegurar la realización del proceso de conocimiento –averiguación de la verdad– para actuar la ley sustantiva o para asegurar la ejecución efectiva de la sentencia, bajo la vigencia del principio de proporcionalidad, cuyo juicio de ponderación exige, entre otros requisitos, principio de prueba y necesidad insoslayable de restringir un derecho fundamental en aras de asegurar un fin legítimo del proceso penal.

La Corte Suprema se ha venido acercando a la concepción arriba esbozada. Así, en la Ejecutoria Suprema de 2 de junio de 1999 (Exp. N° 1530-99-Huaura) señaló que "(...) la presunción de inocencia reconocida en el inciso décimo primero del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado constituye un principio de la función jurisdiccional que exige para ser desvirtuada, una mínima actividad probatoria, producida con las debidas garantías procesales que de alguna manera puede entenderse de cargo y de la que pueda deducirse la culpabilidad del procesado" (184). En otro fallo (Ej. Sup. de 3 de noviembre de 1999, Exp. N° 3283-99-Lima) dictado pocos meses después, incorporó dos elementos: a) la necesidad de prueba objetiva, con las características arriba enunciadas; y, b) la suficiencia de la prueba, que permita llegar a un resultado probatorio que sea capaz de fundamentar racionalmente la culpabilidad(185). La objetividad de la prueba significa su constancia procesal y su válida adquisición y práctica (Ej. Sup. de 9 de julio de 1999. Exp. N° 706-99-Lima)(186). Por otro lado, en orden al *onus probandi*, la Corte Suprema, siguiendo el dictamen fiscal, estableció

---

(182) MAIER: *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 510.

(183) BINDER: *Introducción al Derecho procesal penal*, cit., p. 125.

(184) En: *Normas Legales*, T. 316, setiembre, Trujillo, 2002, pp. A27-A28.

(185) ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal y procesal penal (1999-2000)*, Idemsa, Lima, 2002, T. I, pp. 107-110.

(186) En: *Normas Legales*, T. 289, junio, Trujillo, 2000, pp. A42-A45.

que se atenta contra la seguridad jurídica –cuando en realidad se vulnera un extremo de la presunción de inocencia–, cuando en el fallo condenatorio se dicte que los hechos no han sido esclarecidos por el acusado al no haber presentado elementos probatorios para demostrar su inculpabilidad (Ej. Sup. de 5 de mayo de 1997, Exp. N° 3438-95-Cusco) (187). Finalmente, la Corte Suprema ha diferenciado el *in dubio pro reo* con la presunción de inocencia; en un fallo (Ej. Sup. de 5 de julio de 1999, Exp. N° 1415-99-Callao) señaló que la insuficiencia probatoria es una regla de interpretación para establecer aquellos casos en los que se ha desarrollado una actividad probatoria normal y que no obstante han dejado duda en el juzgador, mientras que la presunción de inocencia es un derecho fundamental que crea en favor de los ciudadanos el derecho de ser considerados inocentes, mientras no se presente prueba suficiente para destruir dicha presunción (188).

4. EL DERECHO DE DEFENSA

El art. 139°.14 de la Constitución reconoce "*El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o razones de su detención* –cláusula repetida en el inc. 15–. *Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad*".

El primer extremo de la citada norma extiende la protección constitucional a cualquier procedimiento –no solo al penal– y, como tal, es reconocida como requisito esencial para la válida constitución de un proceso. Julio MAIER aclara que este derecho no solo limita la protección al imputado, pues también alcanza a otras personas que pueden intervenir en él, tales como el actor civil o el tercero. Se trata de defender un derecho o interés legítimo frente a la expectativa de una decisión estatal sobre él, sea porque se pretende algo o porque, al contrario, nos oponemos a esa pretensión, requiriendo que ella no prospere. El Ministerio Público, desde esta perspectiva de la defensa como limitación al poder estatal, no tiene derecho de defensa, sino un conjunto de facultades o armas para cumplir su función persecutoria(189).

Ahora bien, limitando el análisis al proceso penal y, concretamente, al imputado, es del caso definir el derecho de defensa –conjuntamente con GIMENO SENDRA– como "el derecho público constitucional que asiste a toda persona

---

(187) ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia procesal penal (1996-1998)*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, T. II, pp. 71-72.

(188) En: *Normas Legales*, T. 281, octubre, Trujillo, 1999, pp. A-24/A-25.

(189) MAIER: *Derecho procesal penal*, cit., T. I, pp. 543-544.

física a quien se le pueda atribuir la comisión de un hecho punible, mediante cuyo ejercicio se garantiza al imputado la asistencia técnica de un abogado defensor y se les concede a ambos la capacidad de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva y poder hacer valer dentro del proceso el derecho constitucional a la libertad del ciudadano"(190).

CAROCCA PÉREZ advierte las dos dimensiones del derecho de defensa: a) como derecho subjetivo; y, b) como garantía del proceso. En lo que respecta a la primera dimensión, es visto como un derecho fundamental que pertenece a todas las partes en el proceso, cuyas notas características son su *irrenunciabilidad* (la parte no puede decidir que no se le conceda la oportunidad de defenderse) y su *inalienabilidad* (no puede ser dispuesta por su titular, ni su ejercicio puede serle substraído ni traspasado a terceros). En cuanto a su segunda dimensión, de carácter objetivo institucional, la defensa constituye un verdadero requisito para la validez del proceso, siempre necesaria, aun al margen o por sobre la voluntad de la parte, para la validez del juicio(191).

El derecho de defensa de toda persona nace, según el texto constitucional, desde que es citada o detenida por la autoridad. Ello significa que surge con la mera determinación del imputado: no hace falta que exista una decisión nominal o formal al respecto, basta que, de uno u otro modo, se le vincule con la comisión de un delito. Existiendo una imputación nace el derecho de defensa, lo que importa reconocer que el sujeto pasivo de la imputación tiene, en cuanto *posibilidad procesal*, el derecho de acceder al proceso o investigación preliminar, a ser oído por la autoridad en todas y cada una de las instancias en que la causa se desenvuelva. Al respecto, apunta BINDER, el ejercicio personal de defensa del imputado exige asumir que "la declaración del imputado es la oportunidad que se le otorga (...) para presentar su versión de los hechos, ofrecer su descargo, proponer pruebas y establecer un contacto directo con las personas que tienen a su cargo la preparación de la acusación o, directamente, el juicio"(192).

El imputado también tiene el derecho: a) a que se le dé el *status de parte* para poder contestar la pretensión punitiva, la cual debe preceder al acto de defensa y serle debidamente notificada; y, b) a la "última palabra", en tanto *derecho potestativo* a que la sentencia se dicte luego de que se le dé la oportunidad de expresar lo que tiene que decir al finalizar la actividad procesal (arts. 279° del C de PP de 1940 y 301° del CPP de 1991).

---

(190) GIMENO SENDRA: *Constitución y proceso*, cit., p. 89.

(191) CAROCCA PÉREZ: *Garantía constitucional de la defensa procesal*, cit., pp. 20-22.

(192) BINDER: *Introducción al Derecho procesal penal*, cit., p. 153.

El derecho de defensa, según la Constitución, se integra con todo un catálogo de derechos también fundamentales, concretándose: a) en el derecho de designar un abogado de su elección o, en su defecto, a uno de oficio; b) en el derecho a comunicarse previamente con él para contestar la imputación o realizar algún acto procesal; y, c) en el derecho a conocer en su integridad los cargos y pruebas existentes en su contra. La ilustración de los cargos por la policía, fiscalía u órgano jurisdiccional, como deber correlativo al derecho de información del imputado, no solo se circunscribe a la medida cautelar de detención, sino que se extiende, por imperio del art. 14°.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a cualquier acusación, sin interesar la medida cautelar dictada contra el imputado. Es de significar que el acceso a las pruebas solo podrá denegarse cuando se haya declarado el secreto de las actuaciones de la instrucción, en las condiciones exigidas por el art. 73° del Código rituario de 1940, en cuyo caso debe ilustrársele de la resolución judicial en que se dispone la apertura de la instrucción(193).

La defensa, como derecho fundamental, es ejercitada tanto por el imputado como por el abogado defensor, de ahí su carácter dual: privada o material y pública o formal, esta última informada por el Derecho Público y de carácter obligatorio. La defensa material comprende el derecho del imputado a hacer valer su propia defensa, ya sea contestando la imputación, negándola, guardando silencio, o bien conformándose con la pretensión del fiscal. En esta perspectiva, la defensa técnica se erige como un servicio público imprescindible que se presta aun contra la voluntad del imputado y viene a completar o complementar la capacidad del imputado para estar en juicio penal, con lo que se busca garantizar el principio de igualdad de armas y resistir eficazmente la persecución penal(194).

En tanto la finalidad del derecho de defensa del imputado es hacer valer con eficacia el derecho a la libertad, la necesidad de contradicción efectiva exige reconocer un cuadro de garantías procesales que limiten la actividad de la acusación y del órgano jurisdiccional. Los arts. 14°.3 del Pacto y 8°.2 de la Convención Americana reconocen los siguientes derechos, además del derecho a ser informado *detalladamente* de los cargos y de defenderse asistido por un defensor –sea de elección o proporcionado por el Estado–: a) de que se designe un intérprete en caso no se comprenda el idioma; y, b) de contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa. Los demás derechos instrumentales glosados en dichos instrumentos internacionales guardan relación con el debido proceso (derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, a la no autoincriminación y a utilizar

(193) GIMENO SENDRA: *Constitución y proceso*, cit., p. 92.

(194) MAIER: *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 551.

la prueba pertinente), en cuanto garantía genérica, y el derecho al recurso en cuanto garantía específica.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que: "El ejercicio del Derecho de defensa, de especial relevancia en el proceso penal, tiene una doble dimensión: una *material*, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra *formal*, lo que supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. Ambas dimensiones del derecho de defensa forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho en referencia. En ambos casos, se garantiza el derecho a no ser postrado a un estado de indefensión" (STC, Exp. N° 1323-2002-HC/TC, Asunto Silvestre Espinoza, de 9 de julio de 2002, FJ2)[195].

El derecho de defensa incorpora dentro de sí dos principios fundamentales del proceso penal. El de *contradicción*, de carácter estructural al igual que la igualdad, y el *acusatorio*, vinculado al objeto del proceso al igual que los de legalidad-oportunidad.

A. El principio de contradicción

Este principio se construye, en concepto de GIMENO SENDRA, sobre la base de aceptar a las partes del proceso penal, acusadora y acusada, la posibilidad efectiva de comparecer o acceder a la jurisdicción a fin de poder hacer valer sus respectivas pretensiones, mediante la introducción de los hechos que las fundamentan y su correspondiente práctica de pruebas, así como cuando se le reconoce al acusado su derecho ha ser oído con carácter previo a la condena[196].

La contradicción exige: 1. la imputación; 2. la intimación; y, 3. el derecho de audiencia. Para que el imputado pueda defenderse es imprescindible la imputación, la cual importa una relación clara, precisa y circunstanciada de un delito formulada por el Ministerio Público. Esta imputación debe ser conocida por el procesado –que es lo que se denomina *intimación*–, quien además debe tener el *derecho de audiencia*. Una necesidad de justicia apremiante para el proceso penal es que *nadie sea condenado sin ser oído y vencido en juicio*.

Expresa MAIER, en *primer lugar*, que el derecho a ser oído es una condición previa al pronunciamiento por el órgano jurisdiccional no solo de

---

(195) En *Normas Legales*, T. 321, Vol. II, febrero, Trujillo, 2003, pp. 134-135.

(196) GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 56.

sentencias sino, inclusive, de decisiones interlocutorias que conforman la situación del imputado durante el procedimiento. En *segundo lugar*, que el derecho de audiencia constituye un presupuesto de validez y eficacia de las mismas. Y, en *tercer lugar*, que este principio se extiende: 1. al respeto a la integridad corporal del imputado; 2. al rechazo a los tormentos y a todo acto de interrogatorio que propenda al error (preguntas capciosas y sugestivas, o amenazas o promesas previas); 3. a la facultad de abstenerse voluntariamente de declarar; y, 4. al derecho de probar y controlar la prueba, en cuanto necesidad de equiparar las posibilidades del imputado respecto a las del acusador(197).

En conclusión, como postula DE LA OLIVA SANTOS, el derecho de audiencia "trata de impedir que una resolución judicial puede infligir un mal a un sujeto jurídico que no haya tenido, dentro del proceso de que se trate, la oportunidad de decir y hacer en su defensa aquello que sea razonable y oportuno"(198). Su violación se presenta, al decir del mismo autor, cuando se imposibilite completamente de actuar al imputado o cuando se impongan limitaciones que solo permitan una actividad inadecuada a la importancia de lo que ha de decidirse y a los posibles efectos perjudiciales de la decisión(199).

Contemporáneamente el principio de contradicción tiene una proyección inusitada y ha sido objeto de una profunda evolución, al punto que se le concibe como base de un nuevo modelo de proceso penal, que superaría la clásica confrontación entre los modelos impositivos y acusatorios. Se le entiende conectado a la inmediación, de la que deriva la actividad valorativa y la consiguiente resolución judicial, y al principio de igualdad de armas, en cuanto implica la atribución a estas de derechos y deberes procesales, a fin de prepararlas para la contienda judicial; y sus manifestaciones clásicas se han realizado a través del principio de audiencias y el de defensa(200). Este principio, si se sigue por ejemplo los fallos del TEDH, al decir de DE URBANO CASTRILLO, se entenderá vulnerado cuando se limitan efectivamente las oportunidades defensivas del interesado, de todas las partes procesales, y del reo, por no estar presente en un juicio o en un recurso, negarle información relevante o menoscabarle sensiblemente sus posibilidades de producir pruebas de descargo o de defenderse de la incriminatoria(201). Así, por ejemplo,

---

(197) MAIER: *Derecho procesal penal*, cit., T. I, pp. 553-557.

(198) DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit. p. 28.

(199) DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit. p. 30.

(200) CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, "Nuevas fórmulas para la Ley de Enjuiciamiento Criminal", en *Iuris*, N° 56, Madrid, 2001, pp. 24-33.

(201) DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, "El principio de contradicción en el proceso penal", en *Diario La Ley*, Año XXIII, N° 5474, Madrid, lunes 4 de febrero de 2002, p. 3.

ha resuelto: a) En cuanto a la asistencia del interesado, ha declarado que se viola este principio si se le impidió comparecer al recurso de apelación a quien resultó condenado en esa instancia (STEDH, Asunto Kremsow, de 21 de setiembre de 1993), si no se cita a la contraria en el trámite del recurso ni se requiere a la persona del interesado para oírlo y posibilitarle la presentación de evidencias (STEDH, Asunto Botten de 19 de febrero de 1996), si no se comunica a las partes las conclusiones del Fiscal y la fecha de la audiencia (STEDH, Asunto Voisine, de 8 de febrero de 2000), o si se condena a una persona sin estar presente en el juicio ni ser defendida por un abogado (STEDH, Asunto Belzuik, de 25 de marzo de 1998); b) En lo atinente a la obstrucción al derecho de acceso al sumario o instrucción, ha decidido que si se deniega el acceso al expediente se produce un grave obstáculo a la elaboración de los alegatos defensivos (STEDH, Asunto X vs. Alemania, de 13 de febrero de 2001), que si deniega el acceso al dictamen fiscal se obstaculiza gravemente el derecho de defensa (STEDH, Asunto K vs. Francia, de 26 de abril de 2001; STEDH, Asunto X vs. Turquía, de 9 de noviembre de 2000); y, c) En lo concerniente a la contradicción y derecho de prueba, no se entiende vulnerado, visto en su conjunto, si pese a negarse al interesado el interrogatorio a la víctima o al coacusado, existen en autos otros testimonios y evidencias que permiten al Tribunal cotejarlos debidamente (STEDH, Asunto Artrer, de 28 de agosto de 1992; STEDH, Asunto Ferratelli y otro, de 7 de agosto de 1996), en cambio, se produce la vulneración cuando no se examina por el Tribunal unas evidencias necesarias para resolver la causa (STEDH, Asunto X vs. Italia, de 11 de enero de 2000), o cuando una condena rebasa en declaraciones de testigos que el acusado no puede interrogar en ninguna de las fases del proceso (STEDH, Asunto De Luca, de 27 de febrero de 2001).

B. El principio acusatorio

Este principio indica la distribución de roles y las condiciones en que se debe realizar el enjuiciamiento del objeto procesal penal. Al respecto, apunta BAUMANN, se entiende por *principio acusatorio* aquel según el cual no ha de ser la misma persona quien realice las averiguaciones y decida después al respecto. Tenemos –continúa explicando– una persecución de oficio del delito (arts. 2° CPP de 1940 y 1° del CPP de 1991), pero con división de roles, lo que es fruto del Derecho Procesal francés. Esta división, en primer lugar, impide la parcialidad del juez, pues la función persecutoria –investigación y acusación– se encuentra en el Ministerio Público (arts. 159°, incs. 4 y 5, de la Constitución y 58° del CPP de 1991) que, por lo demás, constituye un órgano público autónomo, separado de la organización judicial y regido por su propio Estatuto Orgánico (art. 158° de la Ley Superior y LOMP,

aprobada por el Decreto Legislativo N° 52); y, en segundo lugar, suprime la necesaria posición de objeto del acusado en el Derecho Procesal común[202].

José María ASENCIO MELLADO[203] señala que el principio acusatorio tiene tres notas esenciales:

a) Ejercicio y mantenimiento de la acusación por un órgano distinto al Juez, así como la exigencia de una acción pública. Rige la máxima *ne procedat iudex ex officio*.

b) La división del proceso en dos fases y las tareas propias de cada una de ellas de investigación y decisión respectivamente, han de ser conferidas a órganos diferentes con el fin de evitar un probable y posible prejuzgamiento por parte del juez sentenciador. Rige la máxima de la *prohibición de la identidad entre instructor y decisor*.

c) Relativa vinculación del órgano jurisdiccional a las pretensiones de las partes, en atención a la acusación fiscal. La vinculación del órgano jurisdiccional es de carácter temático, es decir, al hecho penalmente antijurídico, de suerte que sobre él, el órgano jurisdiccional tiene facultad para completarlo y resolverlo en toda su extensión. El juez no está obligado a aceptar el título de condena ni la petición de pena, aunque la desvinculación no alcanza a los hechos imputados, que han de permanecer inmutables, sino a la calificación jurídico-penal siempre que respete el bien o interés jurídico vulnerado.

Una cuarta nota esencial del principio acusatorio, al decir de GIMENO SENDRA, es la prohibición de la "*reformatio in peius*" o reforma peyorativa. El Juez revisor, que conoce de un grado concreto, no puede agravar más a un apelante de lo que ya lo estaba por la resolución o sentencia recurrida, salvo que el apelado impugne también independientemente la sentencia o se adhiera a la apelación ya iniciada. El Juez *ad quem* está vinculado por los límites objetivos y subjetivos de la impugnación, que de rebasarse afectaría irrazonablemente el derecho de defensa[204].

Sobre el particular, CHIOVENDA sostiene que si el apelante recurre es porque se ve agraviado en su derecho y, por esa misma razón, si el apelado no recurre es porque no encuentra perjuicio en la sentencia que ha sido dictada por el juez; eso quiere decir que la sentencia para el apelado es correcta y debe quedar tal como estaba, de donde se infiere que no puede salir beneficiado por su inactividad procesal; si no ha querido impugnarla es porque

---

[202] BAUMANN: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 48-49.

[203] ASENCIO MELLADO, José María: *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1991, pp. 17-27.

[204] GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 89.

consideraba que no le era perjudicial, de ahí que la sentencia dictada en segunda instancia no pueda concederse más de lo que le dio la sentencia de primera instancia, o, dicho en otras palabras, no cabe empeorar la situación del apelante si es este el único que recurre(205).

III. GARANTÍAS PROCESALES ESPECÍFICAS

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Como se ha dejado establecido, la Constitución ha reconocido un conjunto muy numeroso de garantías procesales específicas. Su variedad y extensión impiden que se aborden pormenorizadamente en este capítulo. Por tanto, es del caso tratar algunos de ellos, tales como las garantías de igualdad, de investigación oficial y de publicidad. A su alrededor es posible incorporar principios que les dan fuerza argumental, tales como los de oralidad, inmediación y concentración, sin perjuicio de que a lo largo del presente libro se estudien puntualmente las restantes garantías.

2. LA GARANTÍA DE LA IGUALDAD

Esta garantía, derivada genéricamente del art. 2°.2 de la Constitución, condiciona estructuralmente el proceso, conjuntamente con el principio de contradicción. Una contradicción efectiva en el proceso y la configuración de *parte* que se da a los sujetos del proceso, exige desde la ley fundamental que tanto la acusación como la defensa actúen en igualdad de condiciones; es decir, dispongan de iguales derechos procesales, de oportunidades y posibilidades similares para sostener y fundamentar lo que cada cual estime conveniente(206).

Desde el punto de vista procesal, este principio, instituido como un derecho fundamental en la Constitución, garantiza que ambas partes procesales gocen de los medios de ataque y de defensa y de la igualdad de armas para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba, cuya vulneración produce indefensión(207).

Este principio se encuentra implícito en el art. 2°.2 de la Constitución. Dicha norma no distingue entre ley material y ley procesal, por lo que es

---

(205) Citado por CORTÉS DOMÍNGUEZ, en: CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor: *Derecho Procesal Civil*, Colex, Madrid, 1996, p. 350.

(206) DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit. p. 32.

(207) CORDÓN: *Introducción al Derecho procesal*, cit., p. 130.

una proyección del genérico principio de igualdad del aludido artículo con el derecho al debido proceso del art. 139°.3, el cual hay que estimarlo vulnerado cuando el legislador crea privilegios procesales carentes de fundamentación constitucional alguna, o bien cuando el legislador o el propio órgano jurisdiccional crean posibilidades procesales que se le niegan a la parte contraria o la gravan indebidamente con cargos procesales exorbitantes, sin que ambas posibilidades y cargas procesales alcancen justificación objetiva y razonable alguna(208).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde esa misma perspectiva, y con invocación de los arts. 1°.1 y 24° de la CADH ha fijado determinadas lineamientos jurisprudenciales. En primer lugar, ha venido sosteniendo que el art. 1°.1 de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos "sin discriminación alguna". Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma (OC-04/84, párr. 53). En segundo lugar, ha establecido que junto al principio de no discriminación está el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, por lo que está prohibido todo tratamiento discriminatorio de origen legal, por lo que sobre la base de ambas disposiciones, los Estados se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley (OC-04-84, párr 54); y, finalmente ha señalado que, desde el proceso, los Estados deben adoptar medidas de compensación, cuando estén en presencia de condiciones de desigualdad real, de modo que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses de personas indigentes, pues de lo contrario no puede decirse que estas disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal, en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas (OC-16-99, de 1 de octubre de 1999, párr. 119)(209).

Estas consideraciones no obstan, sin duda alguna, a la especial configuración y rol del Ministerio Público, en cuanto conductor de la investigación del delito, promotor de la acción penal y guardián de la legalidad (art. 159°

(208) GIMENO SENDRA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 81.

(209) HUERTA GUERRERO, Luis Alberto: "El debido proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en: www/caj/org.

Const.), que objetivamente permiten cierta preeminencia en la etapa de instrucción y un papel cuasi-definidor en la etapa intermedia, así como la posibilidad de que recurra en el solo interés de la ley. Asimismo, la garantía de igualdad no se resiente con el hecho de que en los delitos de persecución privada, el agraviado decida no perseguir al ofensor o que decida hacerlo solo contra algunos, ni que en la etapa sumarial la posición del imputado sea sustancialmente menor, lo que se equilibra con el hecho de que debe tratarse de una etapa meramente preparatoria del juicio oral(210).

Sin duda alguna, esta garantía se expresa en el régimen de los recursos, en cuya virtud no es posible configurar diversos efectos al recurso (suspensivos o extensivos) según la parte que recurre ni concebir la procedencia obligatoria de un recurso en desmedro de la posición jurídica de la parte contraria. Igualmente, en el ámbito de la prueba, este principio tiene trascendental importancia, de suerte que sólo pueden tener condición de prueba, y servir de base a la sentencia, las diligencias probatorias que se han actuado con la plena intervención de las partes, lo que opera esencialmente en el juicio oral, etapa que el art. 139°.4 de la Constitución ha considerado ineludible.

3. La garantía de la investigación oficial

La investigación oficial consiste en que la persecución penal es promovida por órganos del Estado, es decir, no queda librada a la discreción del lesionado o incluso al compromiso, existente o no, de cualquier ciudadano. Importa, en tanto garantía, que las investigaciones se llevarán en forma debida y correcta, con la necesaria firmeza, pero, al mismo tiempo, con la mayor moderación posible(211).

En tanto la persecución del delito es función del Estado –sobre él recae la carga de perseguir todos los delitos–, la Constitución confiere ese deber, en primer lugar, al Ministerio Público y, en segundo lugar, a la Policía Nacional, con arreglo a los arts. 159°, incs. 4 y 5, y 166°. La dirección jurídico-funcional de la Policía, en función de Policía Judicial, corresponde al Ministerio Público, órgano público al cual se le ha encargado, concurrentemente, el ejercicio o promoción de la acción penal.

La máxima de la oficialidad, enseña Eberhard SCHMIDT(212), domina el proceso penal en un doble aspecto: a) que la policía y la fiscalía no tienen

---

(210) DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit., p. 36.

(211) BAUMANN: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 42-44.

(212) SCHMIDT: *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal*, cit., p. 200.

necesidad de esperar a que los particulares denuncien los hechos delictivos, sino que deben intervenir de oficio frente a posibles sospechas y disponer la investigación necesaria para su aplicación; y, b) llegado en su totalidad el proceso a manos del órgano jurisdiccional por la promoción de la acción penal, tiene el deber de continuarlo de oficio dictando la resolución final que resuelva el conflicto jurídico-penal.

Esta máxima de oficialidad no implica, sin embargo, que el particular no puede tener la posibilidad de influir sobre el mismo por propia iniciativa. El proceso debe asegurar a las partes, a tono con los principios de contradicción e igualdad, la posibilidad de que puedan presentar sus alegatos e intervenir ampliamente en él. Empero, más allá de insistir en los poderes de intervención de las partes, es de enfatizar que el proceso penal, además de la persecución pública, se guía bajo el llamado *impulso oficial*, que prevé que se realice de oficio todo el procedimiento, no siendo necesaria una especial colaboración del imputado(213).

La Constitución, y con ella el Código de 1991 y los Proyectos de 1995 y 1996, enfatizan que el Ministerio Público es el conductor o director y artífice de la investigación. El Fiscal debe acordar todas las diligencias que considere convenientes o útiles para la comprobación del delito e identificación de los culpables, sin que sea óbice que en su actuación se guíe por los principios de legalidad e imparcialidad. Tal directiva obliga a configurar el proceso respetando la *verdad material* (art. 65° del CPP de 1991), vale decir, incorporando al proceso todas las circunstancias, de cargo o de descargo, agravantes, atenuantes o eximentes.

La obtención de la verdad, sin duda alguna, como explica Winfried HASSEMER, no es propiamente la material, sino la verdad obtenida por vías formalizadas, es decir, la *verdad forense*, y es a esta a la que se dirige la comprensión escénica en el proceso penal. La averiguación de la verdad no puede hacerse a cualquier precio. El Derecho Procesal, conforme se verá más adelante, despliega una amplia y estructurada serie de prohibiciones de prueba que impiden al Fiscal y al órgano jurisdiccional adquirir y aprovechar datos cuyo conocimiento sería de gran interés(214).

Resulta inconcebible, recogiendo las aspiraciones político-jurídicas del siglo XIX, que al Ministerio Público se le imagine actuando con parcialidad frente al acusado. Por ello es que la investigación en nuestro ordenamiento jurídico no puede –no debe– producir nada definitivo con relación al objeto

---

(213) BAUMANN: *Derecho procesal penal*, cit., p. 105.

(214) HASSEMER, Winfried: *Fundamentos del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 186-187.

del proceso, pues solo procura establecer si existen sospechas suficientes de la existencia de una acción punible; la tarea del Fiscal no es la sentencia, sino la acusación (art. 91° del CPP de 1991), lo que constituye la mejor garantía para el acusado frente a la posibilidad de una condena injusta (215).

Tener como norte en el proceso la verdad y la imparcialidad de los órganos de la persecución, exige adicionalmente: a) que el Ministerio Público debe comprobar todos los hechos necesarios para fundar una sentencia condenatoria: b) que la incertidumbre sobre los hechos objeto del proceso penal no juega ningún papel, por lo que en ese caso debe dictarse sentencia absolutoria; c) que el juez debe regirse por el principio "*in dubio pro reo*" en el caso de incertidumbre con respecto a un hecho determinado; d) que el juez, con los límites derivados del principio acusatorio, tiene que determinar por sí mismo el derecho que aplica: *iura novit curia*; y, e) que existe, en cuanto principio jurídico, la necesidad de prueba, de suerte que todos los *hechos jurídicamente relevantes*, aunque no sean discutidos por las partes, se deben comprobar por medio de un procedimiento judicial de prueba; además, que el procedimiento en ausencia no es posible en el proceso penal, con arreglo al art. 139°. 2 de la Constitución.

4. LA GARANTÍA DE LA PUBLICIDAD

A. Del juicio

La publicidad constituyó una de las pretensiones políticas más importantes de la Revolución Francesa. Esta garantía, prevista en el art. 139°.4 de la Constitución, concierne al control de la justicia penal por la colectividad. Los asuntos penales son demasiado importantes como para que se los pueda tratar secretamente. La potestad jurisdiccional emana del pueblo, reza el art. 138° de la Constitución, por lo que resulta indispensable que el público controle el procedimiento(216). El público puede asistir personal o físicamente a las actuaciones judiciales (*publicidad inmediata*) o puede acceder a ellas mediante la interposición de algún medio de comunicación social (*publicidad mediata*).

Obviamente, como previene Ernst BELING, la publicidad popular no está libre de objeciones jurídico-políticas, pues puede: a) ser utilizada por elementos ilegales para burlar el Derecho material y ejercitar los derechos procesales abusivamente; b) inducir a las personas que participen en el jui-

(215) SCHMIDT: *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal*, cit., p. 203.

(216) Cfr. BAUMANN: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 107-108.

cio a impresionar al público; c) poner en peligro la dignidad del debate oral produciendo y aumentando la excitación de las masas; y, d) desprestigiar al imputado y a los testigos en su honor o en su esfera privada, ante todo el mundo. Empero, pesa más la consideración de que un proceso penal secreto, por concienzudo y legalmente que se practique, tiene en contra de sí la impresión de que hay en él algo que necesita ocultarse(217).

Al respecto, señala HASSEMER, aun cuando la publicidad del procedimiento constituye un factor peligroso, es un elemento necesario para el discurso institucional, puesto que representa la posibilidad de control por parte de la comunidad del cumplimiento de los especiales presupuestos de la comprensión escénica y, asimismo, la posibilidad de autolegitimación de las decisiones de los miembros de la Administración de Justicia(218).

El principio es que el juicio oral sea público (art. 268° del CPP de 1991), no así el procedimiento de investigación y el intermedio, que son reservados, es decir, de conocimiento exclusivo de las partes (art. 99° CPP de 1991). Esta excepción es absolutamente razonable, en la medida en que: a) la publicidad –comunicación al público de la realización de los actos procesales instructorios o intermedios– demoraría excesivamente la tramitación del proceso y perjudicaría las urgentes diligencias que habrán de realizarse en orden a impedir que desaparezcan las huellas del delito, para recoger e inventariar los datos que basten a comprobar su existencia y la identificación del presunto delincuente: *respeto debido al hacer judicial*; y, b) la publicidad posibilitaría anticipados enjuiciamientos que ofenderían, posiblemente, a la persona sujeta a proceso y perjudicarían la buena imagen de la justicia, habría una lógica de desinformación, que confundiría a la sociedad: *respeto debido al justiciable* (219). Por lo demás, el control público debe limitarse a la fase del juicio oral, en tanto se tenga claro que únicamente lo tratado en esa fase puede fundar la sentencia(220).

Esta garantía, a la vez un derecho para los ciudadanos, no es absoluta: sufre excepciones. La Ley Superior (art. 139°.4) señala que si bien la publicidad del juicio no puede impedirse en los supuestos de responsabilidad de funcionarios públicos, delitos cometidos por medios de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución –verdadera norma de carácter absoluto, a la que la concurrencia de otro bien jurídico constitucionalmente relevante no puede obviar–, sí puede excluirse en los casos dispuestos por la ley.

---

(217) BELING: *Derecho procesal penal*, cit., p. 148.

(218) HASSEMER: *Fundamentos del Derecho penal*, cit., p. 203.

(219) ESCUSOL BARRA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 121.

(220) BAUMANN: *Derecho procesal penal*, cit., p. 109.

A este respecto, el art. 14°.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala que, en efecto, "la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de *moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes, o en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia*". Dicha norma, sin embargo, es clara en señalar que las sentencias penales son siempre públicas, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario. El art. 8°.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos permite el secreto del enjuiciamiento en la medida en que se sustente en la necesidad de preservar los intereses de la justicia.

Del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fluye que el secreto de las actuaciones del juicio oral es decidido caso por caso por el órgano jurisdiccional, el cual debe realizar un juicio de ponderación razonado teniendo como criterio esencial si la publicidad *"por circunstancias especiales del asunto ... pudiera perjudicar a los intereses de la justicia"*; a su vez, esas *circunstancias especiales* guardan relación con la moralidad, el orden público, la seguridad nacional, el derecho a la intimidad u otra circunstancia especialmente relevante. El art. 268° del CPP de 1991, luego de reconocer los supuestos del Pacto, incorpora como "otras circunstancias especialmente relevantes" las afectaciones a la recta administración de justicia y, enunciativamente, el secreto particular, comercial o industrial. De lo expuesto se desprende: a) que la ley no puede sancionar, sin más, supuestos de privacidad del juicio oral, pues está limitada por el Pacto; y, b) que, en todo caso, corresponde a la ley fijar los supuestos generales y dejar al juzgador la decisión particular de acordarla caso por caso, en orden al principio de exclusividad jurisdiccional.

La garantía de la publicidad del proceso penal, a su vez exige la incorporación de los principios de oralidad, inmediación y concentración, este último muy relacionado con la garantía de celeridad procesal. Sin ellos, la publicidad pierde esencia y se transforma en una reunión de actos sin unidad de sentido y con la posibilidad muy seria de tergiversarse. Si no hay oralidad, el juicio se transformaría en un juicio leído; si no hay inmediación no habría una real fase probatoria y no podría establecerse una verdadera comprensión escénica del proceso. Si no hay concentración, no sería posible un juicio racional y célere. Así tenemos:

A.1. El principio de oralidad

El *principio de oralidad*, relativo a la forma de los actos procesales, significa que su fase probatoria se realiza verbalmente. Un proceso es oral,

sostiene ROXIN, si la fundamentación de la sentencia se realiza exclusivamente mediante el material de hecho, introducido verbalmente en el juicio. Lo rigurosamente oral es la ejecución de la prueba, los informes de las partes y la "última palabra" del imputado (la oralidad, si bien tiene la ventaja de la expresividad, frescura y rapidez, tiene como consecuencia los peligros de la falta de atención y del olvido) mientras que puede ser escrita la instrucción, la fase intermedia, la prueba documental –que en el juicio habrá de ser leída–, la sentencia y el procedimiento recursal (221). Es de insistir que la escrituralidad de la instrucción no desvirtúa el principio de oralidad, si se advierte que el sumario es actuación encaminada a preparar el juicio y que es en este, en la prueba practicada en él, donde han de buscarse los elementos necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional (222).

A.2. El principio de inmediación

El *principio de inmediación*, referente a la relación entre el juez y el objeto procesal, significa que la actividad probatoria ha de transcurrir ante la presencia o intervención del juez encargado de pronunciar la sentencia; si la sentencia se forma exclusivamente sobre el material probatorio formado bajo su directa intervención en el juicio oral.

A.3. El principio de concentración

El *principio de concentración*, al igual que la inmediación está relacionado con la oralidad del procedimiento penal y concretamente con el juicio oral. Tiende a reunir en un solo acto determinadas cuestiones. El material de hecho se concentra en el juicio oral, a fin de que la actividad probatoria se desarrolle en una audiencia única y en el menor número de sesiones. Esta concentración, además, es posible porque el juicio oral está precedido de la instrucción, regido por el principio de eventualidad, y porque la fase intermedia tiende a purgar el procedimiento de obstáculos procesales.

B. De la instrucción

Otro aspecto de la publicidad del proceso está vinculado a la etapa de instrucción, en tanto que el art. 73° CPP de 1940 impone la regla contraria: la reserva del sumario judicial. ¿Vulnera esta regla la garantía de publicidad constitucionalmente reconocida? Sobre esa garantía es claro igualmente que

(221) ROXIN: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 115, 393-395; 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. 86.

(222) MONTERO AROCA: *Principios del proceso penal*, cit., p. 44.

no se la puede concebir de modo absoluto, empero su delimitación no puede vulnerar su contenido esencial, de suerte de hacer nugatorio tal derecho.

El denominado "*secreto sumarial*" es reconocido –por lo menos en nuestro ámbito de cultura– como una excepción a la citada garantía constitucional de la publicidad del proceso. Este secreto –publicidad interna, asociada solo a las partes personadas en la instrucción, o secreto extraprocesal– se extiende, con carácter genérico, a todas las diligencias y cesa automáticamente en el momento en que culmina la fase intermedia del proceso.

Empero, es del caso efectuar algunas precisiones esenciales: 1) Que toda limitación a un derecho fundamental debe respetar el principio de proporcionalidad, en cuya virtud debe estimarse necesaria para conseguir un fin legítimo perseguido que también debe tener entidad constitucional. 2) Que la finalidad del secreto sumarial es impedir el conocimiento de las actuaciones de la instrucción en aras de alcanzar una segura represión del delito, esto es, investigación y esclarecimiento de la verdad, por lo que es de rigor vedar toda información relevante que pueda poner en peligro del éxito de la instrucción e incluso –complementariamente– dañar derechos fundamentales; se reconoce por ello que *el secreto sumarial es, antes que nada, una garantía institucional del derecho fundamental a la seguridad y del valor constitucional de la justicia*. 3) Que el secreto sumarial debe predicarse de las diligencias que lo constituyen, es decir, de los actos del procedimiento generados en él o que lo integran, tales como el contenido de las instructivas, de las testificales, de los dictámenes periciales y demás documentos que se aportan a la causa (*vid.* STSE 1020/1995, de 19 de octubre de 1995), no de los hechos de la realidad social objeto de investigación; no existe, pues, "materia reservada sumarial". 4) Que, definitivamente, no puede considerarse ilegal una información obtenida antes y al margen del sumario, dado que la reserva de la instrucción solo limita la libertad de información, en cuanto para informar haya previamente que quebrantarlo(223).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, Asunto Weber vs. Suiza, de 22 de mayo de 1990) dejó sentada la siguiente doctrina jurisprudencial, seguida en otros casos parecidos, al incorporar una matización muy importante al modo de concebir el secreto sumarial. Precisa que el secreto sumarial se concibe desde una perspectiva material o concreta, rechazando que tenga naturaleza formal. En tal virtud "*los hechos públicos no quedan amparados por el secreto sumarial, con independencia de que ya estén incorporados al sumario cuando salen a la luz pública o de que esa incorporación tenga lugar*

(223) RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo: "El secreto del sumario como límite a la libertad de información", en: AA.VV.: *La instrucción del sumario y las diligencias previas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998 (Cuadernos de Derecho Judicial), pp. 292-295.

con posterioridad. La razón es tan simple como realista: no se puede reputar como secreto lo que todo el mundo conoce"(224).

Desde esa base se puede entender con todo rigor la definición de la *función primordial* del secreto instructorio que realiza GIMENO SENDRA. Nos dice que consiste en garantizar el éxito de la investigación sumarial, evitando las comunicaciones en la causa, que puedan provocar la fuga de los partícipes en el hecho punible, y/o la destrucción o manipulación de las fuentes de prueba(225).

Un problema se presenta cuando, de uno u otro modo, llegan diversos hechos a conocimiento de la prensa y esta los divulga. Aquí es de considerar que la búsqueda de la verdad, en aras a la afirmación de la justicia como valor constitucional fundamental, no se vería perturbada: (a) si ya intervino la autoridad penal, siempre que haya dictado medidas respectivas, de las que las partes y sus abogados tienen pleno conocimiento; y, (b) si tratándose de documentos o videos, estos son piezas que preexisten al procedimiento de investigación y que incluso pueden ser objeto de prueba, siendo además del todo factible que solo constituyan el inicio de un conjunto de actos de investigación en curso.

Cabe enfatizar, por otro lado, que el derecho al honor de un presunto inocente es una meta complementaria, no prioritaria, del secreto sumarial y, en suma, no superior al carácter de garantía institucional del derecho fundamental a la seguridad y del valor constitucional de la justicia(226). En tal virtud, según lo ya expuesto, como ese ámbito prioritario no se vulnera con la publicidad de los documentos, se tiene que el derecho al honor no prima respecto al interés público que se conecta con el derecho a la información y se plasma en la exigencia de conocimiento de la colectividad de hechos de definida trascendencia pública.

Estimo, siguiendo siempre a GIMENO SENDRA, que el conflicto intersubjetivo entre la libertad de información, de un lado, y los derechos pasivos de la personalidad y procesales, así como la imparcialidad de los tribunales, de otro, se solucionan acudiendo a la doctrina de los "estándares", que serían: a) desde un *punto de vista subjetivo*, la debida diferenciación entre un implicado que es un simple particular o, por el contrario, un personaje

---

(224) DEL MORAL GARCÍA, Antonio y SANTOS VIJANDE, Jesús: *Publicidad y secreto en el proceso penal*, Comares, Granada, 1996, pp. 111-112.

(225) GIMENO SENDRA, Vicente; GARBERÍ LLOBREGAT, José; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido: *Los procesos penales*, Bosch, Barcelona, 2000, T. 3, p. 242.

(226) *Vid.* DEL MORAL GARCÍA, Antonio y SANTOS VIJANDE, Jesús: *Publicidad y secreto en el proceso penal*, cit., p. 83.

público, así como si el delito en cuestión implica abuso de la función pública, en cuyo último caso es obvio que prima frente al honor del imputado la relevancia pública de la noticia, aunque debe verse si la publicidad originaría juicios paralelos afectando el buen orden del servicio de justicia y la fama del imputado; y, b) desde el *punto de vista material*, la correcta determinación del derecho fundamental o bien constitucional pasivo, infringidos por la libertad de información, de suerte que la valoración no sería la misma si el derecho afectado es el honor, que cede ante una noticia veraz y de relevancia pública, constitutivos de una causa de justificación, o el derecho a la intimidad, que en principio, goza de una mayor protección constitucional. Lo importante es finalmente tener en cuenta que las noticias se basen en fuentes fidedignas de información y que den lugar a reportajes judiciales neutrales(227) (pero en este último punto, obviamente, la responsabilidad exclusiva es del medio periodístico).

Por otro lado, como precisa LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en tanto la información sobre la que se da cuenta ha sido obtenida debidamente, no hay razón para no comunicarla a la opinión pública (228).

IV. GARANTÍAS PROCESALES PENALES DE LA VÍCTIMA

La víctima tiene un sólido lugar en el proceso penal. Además, dos sentencias de la CIDH, como luego se verá, han dado carta de ciudadanía a sus derechos procesales en sede penal. El art. 25° de la CADH reconoce como una obligación del Estado proveer de una debida protección judicial a sus ciudadanos cuando alguno de sus derechos convencional o constitucionalmente reconocidos ha sido vulnerado.

La CIDH tiene establecido que la vulneración de derechos por particulares o agentes estatales, provenientes también de conductas delictivas, obliga a los Estados a perseguir y sancionar a los responsables. Ello comprende, en primer lugar, la necesidad de identificar a los responsables, imponerles las sanciones pertinentes y asegurar a la víctima una adecuada reparación (SCIDH, Asunto Velásquez Rodríguez, de 29 de junio de 1988, párr. 174); y, en segundo lugar, la exigencia que la investigación que se emprenda deba ser efectiva, que persiga la sanción de los culpables y, además, que "toda esa actividad del Gobierno culmine con la reparación a la parte lesionada (...)" (SCIDH, Asunto Caballero Delgado y Santana, de 8 de diciembre de 1995, párr. 58).

---

(227) GIMENO SENDRA *et al.*: *Los procesos penales*, cit., T. 3, pp. 243-244.

(228) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: *Instituciones de Derecho procesal penal*, cit., pp. 108-109.

Ahora bien, a estos efectos, la Convención obliga asimismo (art. 8°.1) a proveer mecanismos procesales para invocar tutela jurisdiccional y, en tal virtud, las víctimas tienen un derecho fundamental de acceder al proceso y de lograr una respuesta adecuada y eficaz a su pretensión, aun cuando se trate de un proceso penal incoado por la presunta comisión de un delito.

Desde esta perspectiva, en la actualidad –y de cara a las exigencias de la CADH– es de discutir los alcances de la participación procesal de la víctima. Parecer ser que, por lo menos, la víctima tiene dos derechos fundamentales de a ser protegidos en un proceso penal: en primer lugar –de carácter procesal–, el derecho a la verdad y a intervenir en el proceso penal a fin de que se esclarezca el delito en su agravio, lo cual dimana del deber del Estado de investigar diligentemente los hechos, llevado a cabo por órganos competentes que impulsen en forma efectiva la causa hasta lograr, de ser el caso, la debida sanción al responsable; y, en segundo lugar –de carácter material–, el derecho a una reparación y a una indemnización adecuada (ver: CoIDH, Informes 10/95 de 1996; 5/96, de 1996; 28/96, de 1997; 34/96, de 1997; y, 24/98 de 7 de abril de 1998).

Obviamente, no está prescrito en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos cómo debe concebirse y desarrollarse este derecho a la participación procesal: ¿acusador particular, querellante adhesivo o actor civil?, pero es obvio que la víctima, como mínimo indispensable, tiene el derecho a que se incoe un proceso penal, si se cumplen –claro está– los presupuestos procesales para ello, y a que su participación conlleve la posibilidad procesal de contribuir efectivamente al descubrimiento de la verdad sobre lo sucedido en su agravio, de lo que se desprende que están vedadas todas aquellas limitaciones a su actividad probatoria e impugnatoria que de *facto* o jurídicamente impidan un aporte razonable a la debida configuración de la causa(229).

(229) Un análisis interesante sobre este tema, en: CAFFERATA NORES: *Proceso penal y derechos humanos*, cit., pp. 43-59.

Parte II

Jurisdicción y competencia penal

Capítulo IV
JURISDICCIÓN PENAL Y JUEZ LEGAL

SUMARIO: I. La jurisdicción penal. **II.** Extensión y límites de la jurisdicción penal: 1. Límites objetivos. 2. Límites territoriales. 3. Límites subjetivos. **III.** Jurisdicción penal y Juez legal.

I. LA JURISDICCIÓN PENAL

Debemos entender la *jurisdicción penal*, siguiendo a Miguel IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, como una especie de la jurisdicción "por la que el Estado, a través de los tribunales especialmente adscritos, realiza su misión de dirigir el proceso penal, manteniendo la integridad del ordenamiento punitivo mediante la aplicación de sus normas, declarando en el caso concreto la existencia de los delitos (*y faltas*) e imponiendo las penas (*y medidas de seguridad*), siempre que se haya ejercitado la acción"[1].

La Constitución del Estado califica a la jurisdicción como Poder. El Poder Judicial tiene el monopolio de la justicia ordinaria en su conjunto (salvo, claro está, la pésima institucionalización "autonomista" del Fuero Militar y el necesario reconocimiento de la justicia tradicional, arts. 139°.1 y 149° de la Constitución). Corresponde, igualmente, al Poder Judicial, a través de órganos jurisdiccionales propios integrantes de la jurisdicción ordinaria, la revisión de los actos del Poder Ejecutivo a través de la acción contenciosa administrativa (art. 148° de la Constitución). Esta configuración amplísima, con excepción parcial del Orden Jurisdiccional Constitucional –interviene a nivel de instancia en la mayoría de las acciones de garantía, salvo en la acción popular en que su jurisdicción es plena, reservándose el Tribunal Constitucional el recurso extraordinario en las restantes y el conocimiento exclusivo de la acción de inconstitucionalidad y de los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por el art. 202° de la Constitución– lo convierte

---

(1) IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, Miguel: *Curso de Derecho procesal penal*, Universidad de Madrid, Madrid, 1969, p. 68 (las cursivas son agregados nuestros).

como el más alto Poder de decisión al que se encuentran sometidos y ante cuyas sentencias se someten los demás poderes del Estado.

La potestad jurisdiccional, o potestad de administrar justicia como reza el art. 138° de la Constitución, explica GIMENO SENDRA[2], posee cuatro características esenciales: 1. *Generalidad*, crea un deber especial de sujeción por parte de todos los justiciables, que se resume en el deber de colaboración y de obediencia de todos los ciudadanos y poderes públicos a las resoluciones judiciales. 2. *Imperio*, en cuanto es una emanación de la soberanía nacional, los límites de su actuación vienen determinados por los de la soberanía misma (territorio y personas a ella sometidas), concretándose su contenido en una fuerza de mando jurídicamente vinculante para con las partes y terceros, respaldada por el poder coercitivo del Estado. 3. *Potestades múltiples*, integrada por las facultades *ordenatoria*, de *instrumentación* y *decisoria*. Significa, en primer lugar, emplazar a las partes y terceros al proceso, obtener su efectiva sujeción a los fines del proceso e impulsar el curso del procedimiento; en segundo lugar, otorgar a determinados actos de conocimiento el carácter de prueba, siempre que se cumpla el principio del contradictorio, en cuya virtud las actas que se levanten con la fe pública judicial tienen fehaciencia indiscutible; en tercer lugar, resuelve provisional o definitivamente el conflicto, pues emite resoluciones que gozan de los efectos de cosa juzgada. 4. *Ejecutoriedad*, que consiste en que tiene la facultad de ejecución, realizable a través de diversos procedimientos de ejecución que tienden a realizar o llevar a cabo en sus propios términos lo dispuesto en la resolución.

Si bien todos los órganos que administran justicia poseen jurisdicción en un sentido amplio, la complejidad de los asuntos unida a la aplicación de criterios de división del trabajo han provocado el establecimiento de diversos *órdenes jurisdiccionales* (penal, civil, familia, trabajo, contencioso-administrativo y tradicional) que conocen en principio con carácter exclusivo y excluyente las materias que les son propias.

El orden jurisdiccional penal está integrado por un conjunto de órganos que tienen jurisdicción para conocer de los asuntos penales que les están legalmente encomendados. Sobre esa base, dado que el ordenamiento jurisdiccional nacional está regido por el principio de especialización (art. 17° del TUO de la LOPJ), el art. 9° del Código de 1940 prescribe que: "Corresponde a la Justicia Penal ordinaria la instrucción y el juzgamiento de los delitos y faltas comunes", sin perjuicio de reconocer especialidades respecto: 1. A la instrucción y juzgamiento de funcionarios por delitos cometidos en el

---

(2) En: MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente: *Introducción al Derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 32.

ejercicio del cargo; 2. A la comisión de faltas y delitos por niños adolescentes; 3. A los delitos de función cometidos por militares y policiales; 4. A las infracciones penales que puedan cometer los miembros de las Comunidades Campesinas y Nativas dentro de su ámbito territorial (arts. 99°, 100°, 173° y 149° de la Constitución, y art. 10° del Código de 1940).

Ahora bien, vista la jurisdicción desde el ángulo subjetivo, que denota el conjunto de juzgados y tribunales de lo penal instituidos por el ordenamiento jurídico y, concretamente, orgánico, el art. 11° del Código de 1940 especifica que administran justicia penal ordinaria, en primer lugar, la Corte Suprema de Justicia, a través de sus Salas Penales (art. 34° TUO de la LOPJ); en segundo lugar, los Tribunales Correccionales (que el art. 41° TUO de la LOPJ denominó Salas Penales) de las Cortes Superiores; en tercer lugar, los Jueces Instructores (que el art. 50° TUO de la LOPJ denominó Juzgados Penales); y, en cuarto lugar, los Jueces de Paz (que los arts. 54° y 61° del TUO de la LOPJ dividen en Jueces de Paz Letrados y Jueces de Paz propiamente dichos). Similar construcción tiene el art. 13° del Código de 1991.

II. EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN PENAL

En tanto se entiende, de acuerdo al art. 9° del Código de 1940, que la justicia penal (que el art. I del Título Preliminar del Código de 1991 señala que se administra en nombre de la Nación y por los órganos jurisdiccionales competentes) tiene atribuida el conocimiento –y ejecución– de los procesos por delitos y faltas, extiende su poder de sujeción a todas las personas a las que en el territorio nacional se les impute la comisión de una infracción penal. Empero, frente a esta regla se alzan una serie de restricciones o límites que afectan el ejercicio de la jurisdicción[3]. Son los límites objetivos, los límites territoriales y los límites subjetivos.

1. Límites objetivos

La jurisdicción penal abarca el conocimiento de los delitos y faltas, tipificados como tales en el Código Penal o leyes penales especiales. A este respecto es de tener en cuenta lo prescrito en los arts. 11° del Código Penal, que señala que son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley, y V del Título Preliminar de dicho cuerpo de leyes, que prescribe que solo el Juez competente puede imponer penas o medidas de

(3) Escusol Barra, Eladio: *Manual de Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1993, p. 138.

seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley. Además, corresponde a la sede penal el conocimiento de las acciones civiles derivadas del delito, de conformidad con el art. 92° del Código Penal, al señalar que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena, y con los arts. 285° del Código de 1940 y 304° del Código de 1991, que estatuyen que el juzgador en la sentencia condenatoria debe fijar el monto de la reparación civil, la persona que debe percibirla y los obligados a satisfacerla.

Las infracciones penales son de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, que es la básica o común. Esta jurisdicción conoce de todos los procesos que no estén expresamente atribuidos a las otras, cuyos campos de actuación han de estar casuísticamente señalados y constituyen excepción. Desde este punto de vista se tiene, como ya se anotó, tres jurisdicciones especiales; en primer lugar, la *jurisdicción tutelar*, encargada del conocimiento de las conductas tipificadas como delito o falta en la ley penal cometidas por adolescentes (art. 207° del Código del Niño y del Adolescente, CoNA) y, como tal, habilitada para imponer medidas socioeducativas al adolescente infractor (art. 244° del CoNA). En segundo lugar, la *jurisdicción militar*, encargada del conocimiento de los delitos de función cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (arts. 139°.1 y 173° de la Constitución), en tanto dichas conductas se encuentren tipificadas en el Código de Justicia Militar. En tercer lugar, la *jurisdicción tradicional*, dedicada a la aplicación del Derecho Penal consuetudinario para las conductas penales que determina la ley, cometidas por los integrantes de las Comunidades Campesinas y Nativas en su ámbito territorial.

2. LÍMITES TERRITORIALES

El ejercicio de la jurisdicción penal es una manifestación de la soberanía del Estado, por lo que, en principio, todos los delitos ocurridos en su territorio deben ser objeto de procesamiento en el país, sin importar la nacionalidad del autor y los partícipes. Este es el denominado "principio territorial", que según el art. 1° del Código Penal es el que prima en nuestro ordenamiento punitivo, "o el que ha sido establecido como regla general"[4].

Por otro lado, es de tener presente que nuestro legislador, en atención a lo dispuesto en el primer y tercer párrafo del art. 1° del Código Penal, admite la *"teoría del pabellón"*, para reprimir por los tribunales nacionales hechos punibles cometidos en las naves y aeronaves peruanas públicas y privadas que se encuentren en alta mar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza

(4) HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho penal. Parte general*, EDDILI, Lima, 1987, p. 209.

soberanía, "en razón a que siendo esta zona marina *'res nullius'* ningún Estado tiene soberanía sobre él" (5). De igual manera, tratándose de naves y aeronaves nacionales públicas (que pertenecen a los poderes públicos: naves de guerra, de aduanas, del correo, etc.), de conformidad con el Derecho Internacional, se reconoce una absoluta extraterritorialidad, en cuya virtud aun cuando estas se encuentren en aguas jurisdiccionales extranjeras o en su espacio aéreo, los delitos cometidos en ellas son de conocimiento de los tribunales peruanos.

Sin perjuicio de ese principio rector, los arts. 2° y 3° del Código Penal permiten aplicar la ley peruana, con el consiguiente procedimiento penal nacional, a todo aquel que delinque en el extranjero, siempre que se presenten las siguientes condiciones: a) que el agente del delito sea funcionario o servidor público nacional y lo cometa en desempeño de su cargo (principio de la lesión de un deber especial del cargo); b) que el agente atente contra la seguridad o tranquilidad pública, siempre que produzca sus efectos en el territorio de la República o que el delito perpetrado agravie al Estado y la defensa nacional, a los Poderes del Estado y el orden constitucional o al orden monetario (principio real o de defensa); c) que el delito sea perpetrado contra peruano o por un peruano y sea susceptible de extradición según la ley peruana, siempre que sea punible en el Estado en que se cometió y el agente ingrese de cualquier manera al Perú (principios de la nacionalidad o de personalidad activa y personalidad pasiva); d) que se trate de un delito que el Perú está obligado a reprimir según los tratados internacionales (principio universal); y, e) que se trate de una persona respecto de la cual se ha denegado la extradición reclamada por un Estado extranjero competente para su conocimiento (principio del Derecho Penal por representación).

El conjunto de principios expuestos, señala Sara ARAGONESES MARTÍNEZ, confieren una amplia extensión de facultades enjuiciadoras a los órganos jurisdiccionales nacionales que podrían colisionar con la soberanía de otros Estados, cuya solución pasa por la aplicación de los Tratados internacionales y del principio de reciprocidad, sin perjuicio del carácter residual del principio de territorialidad(6).

3. LÍMITES SUBJETIVOS

Luego de haber determinado el carácter penal de la conducta y que su conocimiento corresponde a la jurisdicción penal nacional, es del caso

---

(5) HURTADO POZO: *Manual de Derecho penal*, cit., p. 220.

(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 Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 81.

establecer si el imputado está o no sometido a los órganos jurisdiccionales peruanos. La regla es que todo aquel que ha cometido un delito o falta en el Perú está sometido a los tribunales nacionales, sean nacionales o extranjeros: la nacionalidad del delincuente no es obstáculo para la jurisdicción peruana.

Sin embargo, la ley y los tratados reconocen excepciones. En lo atinente a los *peruanos*, son inviolables (inmunidad material) los congresistas, el Defensor del Pueblo y los Magistrados del Tribunal Constitucional, solamente por los denominados "delitos de expresión", de conformidad con los arts. 93°, 161° y 201° de la Constitución. En cuanto a los *extranjeros*, están exceptuados del sometimiento a la jurisdicción peruana los que se encuentren en supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del Derecho Internacional Público: se trata de los Jefes de Estado, de los funcionarios diplomáticos en el Estado ante el cual están acreditados (se incluye al personal oficial de la misión, a los familiares que conviven bajo el mismo techo) y de los miembros de las Fuerzas Armadas extranjeras. Así consta en el Código de Bustamante de 1928 (Tratado de Derecho Internacional Privado de La Habana), en el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889, en la Convención de la Habana sobre funcionarios diplomáticos de 1928 y en la Convención de Viena de 1961.

III. JURISDICCIÓN PENAL Y JUEZ LEGAL

El art. 139°.1 de la Constitución nacional impone que el proceso debe ser realizado por el correspondiente órgano del Poder Judicial, estableciendo que "no hay proceso judicial por comisión o delegación". A su vez, el segundo párrafo del art. 139°.3 de la Ley Fundamental prohíbe que una persona pueda ser: a) desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley; b) sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos; y, c) juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción (comisión especial disimulada) o por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación (sean permanentes, sean para un caso particular).

El Tribunal Constitucional, invocando el inc. 3) del art. 139° de la Constitución, señaló que esa norma prevé la institución del "juez natural", por la cual ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos (entre muchas otras: STC, Exp. N° 0217-2002-HC/TC, Asunto Alfredo Crespo Bragayrac, de 17 de abril de 2002, FJ 2; y, STC, Exp. N° 0218-2002/HC/TC, Asunto Jorge Cartagena Vargas, de 17 de abril de 2002, FJ 2). En otro fallo, acotó que "de acuerdo con el art. 2°, inciso 20), Literal I, de la Constitución Política de 1979, y el inciso 3) del art. 139° de la Constitución

Política de 1993, toda persona tiene derecho al juez natural, considerando que: 'Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimientos distintos de los previamente establecidos (...)'. (...) El derecho a un juez competente garantiza (...) que ninguna persona pueda ser sometida a un proceso ante una autoridad que carezca de competencia para resolver una determinada controversia" (7). Con mayor precisión en la Sentencia recaída en la acción de inconstitucionalidad contra la legislación de terrorismo, precisó que "(...) la disposición exige que la competencia del juez llamado a conocer el proceso penal deba ser determinada a partir de reglas preestablecidas sobre la base de distintas consideraciones (materia, territorio, grado, etc.), de forma que queda garantizada su independencia (principio que, a su vez, es recogido en el inc. 2 del mismo artículo 139°) e imparcialidad en la resolución de la causa (STC, Exp. N° 010-2002AI/TC, Asunto acción de inconstitucionalidad contra la legislación sobre terrorismo, de 3 de enero de 2002).

En la misma línea, el art. 8°.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos sanciona como garantía judicial que toda persona tiene derecho a ser oída por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella. Tres son las nociones que tiene esa norma; en concreto, la del denominado "tribunal competente" es la que envuelve la noción de juez legal, y que exige que quien juzga debe ser un juez, que tiene potestad jurisdiccional, y que la competencia debe encontrarse previamente establecida por la ley. En este último punto, la CIDH, en una sentencia precisamente contra el Perú, señaló, en primer lugar, que constituye un principio básico de independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgado por tribunales ordinarios con arreglo a procedimientos judiciales establecidos; y, en segundo lugar, que no se garantiza el derecho a ser oído por jueces o tribunales establecidos "con anterioridad por la ley", si se crean órganos jurisdiccionales en el momento en que ocurren los hechos del caso *sub judice* (SCIDH, Asunto Ivcher, de 6 de febrero de 2001, párrs. 112 y 114).

Desde esta perspectiva, es de anotar en primer lugar que lo que ha reconocido nuestra Constitución y la propia Convención no es la noción del juez natural, sino la del juez legal. Como aclara DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, ese vocablo, que en el Derecho Romano Canónico nuestro solo recoge el art. 25°.1 de la Constitución italiana, surgió por primera vez con la ley revolucionaria francesa de 16-24 de agosto de 1790, art. 17°, precepto que,

(7) http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/1261-2002-HC.html.

a su vez, fue recogido en el art. 4° del cap. 5° del Tít. III de la Constitución de 1791, que precisamente cambió la denominación de *juez natural* por el de *juez legal*, pero siempre referida (1) a la interdicción de creación de juez extraordinario o de excepción, (2) a la prohibición de instituir jueces especiales, y (3) al rechazo de la alteración de las reglas de competencia entre jueces ordinarios[8]. La noción de *juez natural* es más propia y está presente en la tradición anglosajona (*vid.* VI Enmienda de la Constitución estadounidense), la misma –precisa LLOVET RODRÍGUEZ siguiendo la jurisprudencia de Costa Rica– que no se corresponde con nuestro sistema jurídico, comprende el derecho al juez del domicilio y al juzgamiento por los pares, que se expresa, a su vez, en el jurado legal[9].

En consecuencia, solo se exige en la noción del juez legal: (1) que la jurisdicción, como potestad estatal, esté servida por jueces que tengan un estatuto jurídico estructurado de conformidad con el art. 146° de la Constitución; (2) que las reglas de competencia objetiva y funcional del órgano jurisdiccional se hayan establecido con anterioridad al inicio del proceso o al planteamiento procesal del litigio, esto es, que la legislación competencial sea "pro futuro"; y (3) que dichas reglas cumplan los mínimos constitucionales establecidos. Con GARBERÍ LLOBREBAT, podemos definir el derecho a un juez legal como "el derecho público, subjetivo y constitucional, de carácter fundamental, y, en buena medida, de configuración legal, que asiste a todos los sujetos que han adquirido la condición de parte en cualesquiera procesos jurisdiccionales, y cuyo contenido esencial radica en preservar la vigencia y efectividad del principio de legalidad en la creación, constitución, competencia y composición de los órganos judiciales con el fin de asegurar su plena independencia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional" [10]. El objetivo de la institución, expresa BERTOLINO, es el de asegurar la función judicial del Estado; importa una seguridad para los ciudadanos, que sabrán de antemano quiénes habrán de juzgarlos, en orden al valor previsibilidad; y, tiene como alcance, toda la sustanciación del proceso [11].

---

[8] DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: "El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley", en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 11, N° 31, Madrid, 1991, pp. 78-79.

[9] LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: *Proceso penal comentado*, Jurídica Continental, San José [Costa Rica], 1998, pp. 65-66.

[10] GARBERÍ LLOBREGAT, José: "El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley", en: AA.VV.: *Jurisdicción y competencia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996 (Cuadernos de Derecho Judicial, VI), p. 16.

[11] BERTOLINO, Pedro J.: *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado y concordado*, Depalma, Buenos Aires, 1999, pp. 7-8.

La configuración legal de la institución es relativa. El legislador no es libre para disponer la configuración normativa de esta institución sin parámetro alguno. El juez legal es siempre el juez constitucional a quien la Ley Fundamental atribuye la potestad jurisdiccional en ámbitos concretos –algunos de los cuales, por ejemplo, tienen una directa referencia constitucional, como es el caso de los jueces militares–; pero, en modo alguno, le obliga a incorporar como consideración absoluta que el juez debe ser el juez del *"locus delicti"*, esto es, el juez territorialmente competente del lugar de comisión del delito; desde luego, es imperativo que confluyan en la decisión legislativa razones constitucionalmente relevantes para alterar el fuero primario territorial –que responde a la lógica de la idoneidad en función a la inmediación del juez con las evidencias–, lo que puede presentarse por ejemplo en delitos de proyección regional o nacional o cometido mediante organizaciones criminales con proyección interregional o nacional; los intereses de la justicia, inclusive teniendo en cuenta experiencias propias y ajenas, pueden primar en el legislador para optar por un criterio competencial distinto. Lo que se exige, como recalca RUIZ RUIZ, es un juez competente en virtud de normas objetivas [12].

Una discusión muy intensa entraña, desde luego, el problema del *"dies a quo"*, para determinar qué se entiende por la expresión: "la ley que predetermine al juez debe ser anterior al caso". Esto es, si debe ser anterior al inicio del proceso o anterior a los hechos que se enjuician. La solución unitaria, común a todos los órdenes jurisdiccionales, y en virtud no solo de lo que debe entenderse por norma procesal sino también de la unidad del Derecho Procesal, es –como postula DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ– la primera, vale decir la predeterminación como preexistencia de norma del proceso, que en lo penal radica en el momento del conocimiento de la noticia criminal, a partir del cual se evita toda maniobra para instituir jueces *ad hoc* o sospechosos de parcialidad[13].

Es claro, a partir de lo expuesto, que las notas características del juez legal, son las de judicialidad, ordinariedad y predeterminación legal. Sobre la primera y la segunda, es evidente que la Constitución exige que el órgano judicial llamado a conocer de un proceso debe estar incardinado en el ordenamiento judicial y rodeado de las garantías propias de todo órgano jurisdiccional: independencia y aplicación objetiva del Derecho, amén de que los criterios de determinación competencial deben tener un carácter

---

(12) RUIZ RUIZ, Gregorio: *El derecho al juez ordinario en la Constitución española*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 180-187.

(13) DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ: "El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley", cit., pp. 106-107.

general. Lo ordinario, desde luego, no se opone a la existencia de órganos especializados, pero sí de órganos de excepción. El Tribunal Constitucional ha establecido que la creación de sub-especialidades de algunas de las Salas Penales instituidas por la Ley Orgánica del Poder Judicial, como es el caso de las Salas de Tráfico Ilícito de Drogas (hoy se tendría, por ejemplo, la Sala Nacional de Terrorismo y los Juzgados Especializados de Terrorismo –R. A. N° 003-2003-CE-PJ, de 11 de enero de 2003– y la Sala Especial para delitos de corrupción y los Juzgados Especiales de Corrupción en la Corte Superior de Lima –024-2001-CT-PJ, de 1 de febrero de 2001–), no vulnera el derecho al juez legal o natural, dado que la Ley ya reconocía la existencia de Salas Penales con especialización concreta de los múltiples ámbitos de actuación del Poder Judicial; otro sería el tema, si se crean órganos jurisdiccionales no previstos con anterioridad por la Ley Orgánica del Poder Judicial, como sería el caso de la creación –vía Decreto Legislativo, que es una norma impropia para esos efectos– de Juzgados y Salas de Derecho Público (STC, Exp. N° 1330-2002-HC/TC, Asunto Marcial Mori Dávila, de 9 de julio de 2002, FJ 4).

La tercera nota característica: la predeterminación legal, exige que la legislación competencial sea pro futuro. Empero, esta regla –que implicaría que las normas sobre competencia se apliquen ultractivamente, pese a su derogación por una norma posterior– no puede ser dotada de una absoluta rigidez, pues de ser así regiría el brocardo *tempus regit iudicem* y no, como corresponde, el de *tempus regit actum*. Por ello es que la jurisprudencia extranjera, en especial la italiana (SCCI 56/1967, de 5 de mayo, y 72/1976, de 8 de abril) y, luego, la española (ATC 381/1992, de 14 de diciembre, FJ 5), permiten exceptuar este elemento del juez legal, sobre la base de la *ratio* de la institución, postura denominada de la "objetividad de los criterios de atribución". La legitimidad de la excepción requiere que la nueva norma tenga el rango adecuado para hacerlo, y adopte criterios objetivos y de generalidad –destinados a la protección de intereses generales–, pues de ser así no se podría concluir que el cambio normativo persigue alterar la imparcialidad judicial [14]. La invocación de criterios generales y objetivos envuelve la exigencia, previene GIMENO SENDRA, de no vulnerar el principio constitucional de igualdad o, lo que es lo mismo, de la no constitución de órganos judiciales por criterios de discriminación, tales como nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra circunstancia personal o social (v. gr.: jueces *ad hoc* o *ad personam*) [15].

---

[14] DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo: *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 139-144.

[15] GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1996, p. 51.

El Tribunal Constitucional, concordando con lo expuesto líneas arriba, en orden a la predeterminación judicial, tiene manifestado: (1) que esa expresión pretende evitar que se juzgue a un individuo en base a 'órganos jurisdiccionales de excepción' o por 'comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación'; (2) que se requiere que el juez tenga potestad jurisdiccional, incluida dentro del Poder Judicial o ante cualquiera de los órganos jurisdiccionales especializados que la Constitución ha establecido; (3) que la asignación competencial debe hacerse establecido con anterioridad al inicio del proceso, de la actuación judicial (no del delito), y que lo sea por una ley que contenga con generalidad los criterios de determinación correspondientes; (4) que cualquier modificación orgánica o funcional no altera el derecho al juez legal, en tanto no se vulnere la imparcialidad judicial y se realice con criterios objetivos y de manera general; (5) que la predeterminación del juez se refiere al órgano judicial y no a la creación anticipada de Salas Especializadas que conocen del proceso, de suerte que la predeterminación judicial no puede interpretarse rígidamente ni puede impedir que las normas de carácter general sobre organización y competencia judiciales adquieran efectos temporales inmediatos [16].

Un problema, sin duda polémico, vinculado a esta última característica del juez predeterminado, se presenta con las Resoluciones Administrativas de los órganos de gobierno del Poder Judicial N° 024-2001-CT-PJ, de 1 de febrero de 2001, N° 047-2001-P-CSJL/PJ, de 2 de febrero de 2001, y N° 0088-2001-P-CSJL-PJ, de 9 de marzo de 2001, que dispusieron la creación de una Sala Penal Especial y seis Juzgados Penales Especiales en la Corte Superior de Lima "(...) para atender adecuadamente los procesos ya instaurados y los que se instauren como consecuencia de las investigaciones que se están realizando en diversos niveles en torno del ciudadano Vladimiro Montesinos Torres". A primera vista, dada la redacción del art. 1° de la resolución

---

[16] STC, Exp. N° 290-2002-HC/TC, Asunto Eduardo Calmell del Solar, de 6 de enero de 2003, párr. 9 (http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/0290-2002-HC.html). Esa posición ha sido ratificada por el Pleno del Tribunal Constitucional en los Asuntos Luis Bedoya de Vivanco y Héctor Ricardo Faisal Fracalossi (STC, Exp. N° 1076-2003-HC/TC, Asunto Luis Bedoya de Vivanco, de 9 de junio de 2003; y STC Exp. N° 1013-2003-HC/TC, Asunto Héctor Ricardo Faisal Fracalossi, de 30 de junio de 2003 (http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/1076HC.html y http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/1013-2003-HC.html). Señala Vicente GIMENO SENDRA (en: MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente: *Introducción al Derecho procesal*, Colex, Madrid, 2000, p. 101), en esa misma perspectiva, que para que se vulnere el derecho fundamental al juez legal, se hace preciso que una concreta infracción de la norma atributiva de la competencia implique, además, la violación de las garantías constitucionales de los órganos jurisdiccionales [...] y de modo especial, a la *independencia judicial*".

dictada por el órgano de gobierno competente del Poder Judicial, parecería que se ha instituido un bloque de órganos jurisdiccionales en relación a una persona, lo que enervaría la posibilidad de incluirla en la excepción legítimamente considerada al juez predeterminado, dado que se estaría no solo ante jueces *ad hoc*, sino, en la mayoría de los casos, ante jueces creados *ex post facto*. Empero, un análisis integral de las tres normas administrativas, más allá de la indebida nomenclatura utilizada en la primera norma antes citada, permite sostener, en primer lugar, que se trata de órganos propios de la jurisdicción ordinaria que obedecen a un criterio de subespecialización del orden jurisdiccional penal, lo que expresamente ha sido aprobado por el Tribunal Constitucional en el "Asunto Marcial Mori Dávila"; y, en segundo lugar, que la configuración de estos órganos obedece a la necesidad imperiosa de atender judicialmente, en el momento en que se dictó, un conjunto de casos que superan los quinientos, y tienen un punto de conexión en el descubrimiento de una red de corrupción organizada desde los más altos niveles del aparato del Estado y de los servicios de seguridad nacional[17].

Por tanto, no se está ante jueces *ad hoc* o ante una designación en función exclusiva de un individuo, menos frente a una manifiesta voluntad manipulatoria. Es de significar que bajo las circunstancias del momento –en el curso de una necesaria y urgente reconstrucción del Estado de Derecho, y de la consolidación del principio democrático de división de poderes– era obvio que el circuito judicial creado al interior de la Corte Superior de Lima pretendió dar eficacia y objetividad en un campo conflictivo del Derecho Penal, como es la corrupción organizada desde el aparato estatal. Estas disposiciones administrativas, por lo ya expuesto, no mellan la independencia o la imparcialidad judicial y, en consecuencia, no existe una efectiva vulneración de la garantía del juez legal.

El cuestionamiento de los indicados órganos jurisdiccionales, vía recusación, fue sometido al conocimiento de la Corte Suprema. La Sala Penal Permanente desestimó la objeción, aunque alegando razones genéricas. En efecto, sostuvo que los magistrados recusados se avocaron al conocimiento de la causa al haber sido designados atendiendo a la normatividad vigente y en virtud de lo previsto en la concordancia de los arts. 138° y 143° de la Constitución, teniendo en cuenta además que el art. 82° de la LOPJ, modificado por la Ley N° 27465, señala que son funciones del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial proponer la creación de las Salas Especializadas cuando el caso lo requiere[18].

---

[17] En similares términos se pronuncia la anterior STC recaída en el Asunto Eduardo Calmell del Solar de 6 de enero de 2003, párr. 10.

[18] Exp. N° 11-2003, Lima, Ej. Sup. de 29 de enero de 2003 (Inédita).

La predeterminación del juez legal también comprende un ámbito subjetivo, del juez-persona, la cual; sin embargo, no opera con la misma intensidad que la relativa a la constitución y composición del órgano jurisdiccional (la garantía del juez legal no está destinada a garantizar un Juez concreto), dadas las contingencias que pueden afectar a los vocales y jueces en su situación personal o funcional y las exigencias derivadas de las denominadas "necesidades del servicio", solo justificadas por razones de interés público prevalente. Esta prevención significa, en primer lugar, que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir un órgano jurisdiccional, procedimiento dado para garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho al juez legal comporta, y, en suma, como dice BINDER para evitar todo tipo de manipulación judicial[19]; y, en segundo lugar, que el procedimiento previsto, apunta DE DIEGO DÍEZ, sea lo suficientemente objetivo, con reglas claras, para garantizar la independencia e imparcialidad judiciales[20].

Advierte FERRAJOLI, que los criterios vinculados a la prohibición de avocación, es decir, de asignaciones discrecionales *post factum* de los procesos a órganos pertenecientes al orden judicial, pero diversos de los asignados por la ley (se refiere a las normas de reparto, que es mayormente potestad de gobierno del Poder Judicial), deben ser impuestos por el Código, orgánico o procesal, en forma rígida y vinculante, de modo que resulte excluida dicha posibilidad. Estos criterios competenciales, vinculados a la distribución automática de los procesos, deben ser puramente formales, tales como sorteo, orden alfabético, sucesión cronológica de causa y similares[21].

En cuanto al denominado "procedimiento preestablecido", que integra el art. 139°.3 de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha establecido que ello supone la necesidad de observar, durante la secuela de todo proceso, el conjunto de reglas básicas establecidas imperativamente y de modo previo para que el mismo pueda cumplir su cometido; esto es, que no debe aplicarse norma distinta de la establecida para el procedimiento concreto, u obviarse la aplicación de una de ellas cuando legalmente corresponde (STC, Exp. N° 500-2000-HC/TC, Asunto Gregorio Velarde Queirolo, de 22 de agosto de 2000). Esta tesitura la reiteró en otro fallo (STC, Exp. N° 0934-2002-HC/TC, Asunto María Huaco Huaco, de 8 de julio de 2002)[22]. Creo, sin em-

---

(19) BINDER, Alberto: *Introducción al Derecho procesal penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 144.

(20) DE DIEGO DÍEZ: *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*, cit., p. 236.

(21) FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 592.

(22) En: http://tc.gob.pe/jurisprudencia.2002/0934-2002-HC.1322-2002-HC.html.

bargo, que lo "preestablecido" hace mención al tiempo de la regulación legal y no a la regularidad o legalidad de la resolución o actuación judicial. Por lo demás, es obvio que rigen en todo este punto las reglas sobre la vigencia de normas procesales en el tiempo.

Capítulo V
JURISDICCIÓN MILITAR

SUMARIO: I. Aspectos generales. **II.** Problemas del Derecho Penal Militar peruano: 1. El delito de función militar o policial. 2. Delitos cometidos por civiles. **III.** La jurisprudencia nacional en materia de delitos de función. 1. Lineamientos iniciales de la jurisprudencia de la Corte Suprema. 2. Nuevas tendencias jurisprudenciales. Avances y retrocesos. **IV.** Conflictos de jurisdicción.

I. ASPECTOS GENERALES

La Constitución nacional, en su art. 139°.1, reconoce el principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, la cual está concentrada en el Poder Judicial, vale decir, acepta la existencia de una organización judicial que monopoliza la potestad jurisdiccional de acuerdo con el principio de exclusividad. Sin embargo, en su segundo párrafo, contradictoriamente a su declaración de unidad y a la prohibición de establecer jurisdicciones independientes, reconoce la existencia de la "jurisdicción militar". A su vez, el art. 173° Const. regula los alcances de lo que denomina "Fuero Militar". En primer lugar, su competencia esencial está referida a los delitos de función cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, y le corresponde aplicar el Código de Justicia Militar. En segundo lugar, hasta no hace mucho se consideraba que era posible, siempre que la ley lo mande, que el Fuero Militar conozca de delitos cometidos por civiles, circunscritos a los tipos penales de traición a la patria y de terrorismo; empero, el Tribunal Constitucional, luego de aceptar esa posición (*vid.* STC, Exp. N° 1131-1999/HC/TC, Asunto Giovanni Cavagnaro Castro, de 10 de diciembre de 1999 y STC, Exp. N° 1154-2002-HC/TC, Asunto Werner Huamaní Tipismana, de 20 de junio de 2002) [23]; posteriormente, siguiendo la línea doctrinaria impuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, declaró que un civil en ningún caso puede ser procesado por el orden

---

[23] *Vid.* http://tc.gob.pe/jurisprudencia 2002/1131-1999-HC.html; http://tc.gob.pe/jurisprudencia 2002/1154-2002-HC.html; y http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/1131-1999-HC.html.

jurisdiccional castrense (*vid.* STC, Asunto acción de inconstitucionalidad contra la legislación sobre terrorismo, de 3 de enero de 2003, párrs. 104-108). En tercer lugar, también tiene competencia para conocer de los delitos cometidos con ocasión de las normas del Servicio Militar Obligatorio. En cuarto lugar, la Corte Suprema conoce del recurso de casación contra sus sentencias, cuando impongan pena de muerte.

Como se puede apreciar de ambas normas constitucionales, el orden jurisdiccional militar, por oposición al orden jurisdiccional penal ordinario, se organiza independientemente al denominado por MONTERO AROCA, *poder judicial–organización,* y de la superintendencia de la Corte Suprema (arts. 143° y 144° Const.). Empero, es un fuero real o de causa, y su especial configuración se traduce tanto en su conformación orgánica *sui generis* como en el procedimiento jurisdiccional militar. La justificación al propio orden jurisdiccional militar se da en base a la peculiar organización de las fuerzas del orden, que se sustenta en un sistema jerárquico que genera entre sus miembros una especial situación de sujeción enmarcada en la disciplina, como consecuencia de la misión conferida a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional por los arts. 165° y 166° de la Constitución.

La justicia militar en nuestro país está inserta en el Poder Ejecutivo, concretamente integrada en los institutos armados (art. 1° del Decreto Ley N° 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar), quienes designan libremente a sus magistrados entre sus miembros. Este modelo legal, profundamente tradicional y vulnerador de las garantías de la jurisdicción[24], sin embargo, no necesariamente debe ser así. El que el orden jurisdiccional castrense se organice como cuerpo aparte del *poder judicial–organización*, del Poder Judicial propio de la jurisdicción ordinaria, no significa en modo alguno que deba integrarse al Poder Ejecutivo, pues con ello niega su esencia constitucional de independencia. La jurisdicción castrense, dice MONTERO AROCA, es un *tribunal especial por la organización*[25], pero tal situación de independencia, como ha dejado sentado el Tribunal Constitucional no supone autarquía funcional y, menos aún, que el Código de Justicia Militar sea el que defina el debido proceso legal, puesto que la norma que lo reconoce e impone al resto del ordenamiento jurídico es la Constitución, norma suprema para cualquier autoridad o institución, correspondiendo únicamente a los Códigos, y particularmente a los adjetivos, recoger tal atributo conforme a la naturaleza

---

[24] DOIG DÍAZ, María Yolanda: "La justicia militar a la luz de las garantías de la jurisdicción", en: *Anuario de Derecho Penal 2001-2002* (monográfico sobre "La reforma del Derecho Penal Militar"), Lima, 2002, pp. 27-64.

[25] MONTERO AROCA, Juan: *Introducción al Derecho jurisdiccional peruano*, Enmarce, Lima, 1999, p. 49.

o especialidad de los procesos correspondientes (STC, Exp. N° 934-1998-HC/TC, Asunto Valdemar Cabanillas Quispe, de 13 de enero de 1999)[26].

Una concepción lo más normalizada posible de la justicia castrense, en las actuales coordenadas constitucionales, que impiden un sistema organizacional integrado al *poder judicial–organización*, por la misma noción de independencia e imparcialidad, requeriría autonomizarla de los mandos castrenses y erigirla como un organismo propio, formado por profesionales jurídicos y constituido por verdaderos órganos judiciales militares, con las garantías propias de la jurisdicción y respetuosas del principio de legalidad, que es el soporte básico de la independencia judicial. Es particularmente importante, por ejemplo, la Sentencia C-141/95, de 29 de marzo de 1995 (Asunto Néstor Rafael Coter Corbacho), de la Corte Constitucional de Colombia, que declaró inconstitucional que los magistrados castrenses sean oficiales en servicio activo, por cuanto con esa forma de adscripción no se garantiza una justicia independiente e imparcial, debido a que quienes intervienen en el proceso son funcionarios que tienen una relación de dependencia y subordinación, un vínculo jerárquico con la institución y específicamente con sus superiores jerárquicos; reparo que se hace, por supuesto, con independencia de la buena fe y corrección moral de los oficiales en servicio activo destacados al Fuero Militar, puesto que lo que se destaca es que no se dan las circunstancias que interna y externamente aseguran dicha independencia e imparcialidad. Esta misma concepción asumió la CIDH, tratando específicamente el caso del Perú, en uno de sus fallos (SCIDH, Asunto Castillo Petruzzi y otros, párr. 130), del que el Tribunal Constitucional hizo eco en el párr. 100 de la STC, Exp. N° 010-2002-AI/TC, de 3 de enero de 2003, recaída en el Asunto Marcelino Tineo Silva y otros.

Por otro lado, aun cuando es de reconocer la propia existencia de la jurisdicción militar, constitucionalmente consagrada, cabe –eso sí– cuestionar la dudosa autonomía que se le ha otorgado, en desmedro del principio de unidad jurisdiccional, ínsito a la potestad jurisdiccional, que hace de la Corte Suprema el Tribunal Superior en todos los órdenes, salvo en materia constitucional, y que por tanto la habilita de pleno derecho para el conocimiento de los recursos de casación contra sus fallos, sin limitarlos –por cierto– a los supuestos casi imposibles de pena de muerte. De igual manera, si bien su ámbito competencial ha sido constitucionalmente asignado asumiendo cumplidamente una óptica restrictiva: delitos de función cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional tipificados en el Código de Justicia Militar, hasta antes de la STC de 3 de enero de 2003, según se ha expuesto, se entendió que mediante ley de asignación específica se podía

---

[26] En: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1999/0934-1998-HC.html

juzgar civiles por delitos de terrorismo, traición a la patria y espionaje. Otro rubro de conocimiento es el de las infracciones a la Ley del Servicio Militar Obligatorio, que a nuestro juicio es de dudosa legitimidad, antes personas que no se presentan a filas y, por ende, que al no tener función militar asignada no pueden vulnerarla efectivamente[27].

La existencia del Fuero Militar se justifica, al decir de HURTADO POZO, por la especial naturaleza de la actividad castrense y de las conductas que en su relación deben ser prohibidas[28], lo que traduce una concepción de fuero real y no personal. Ello tiende a evitar, como exigía Mariano H. CORNEJO en 1919, que los tribunales militares puedan imponer penas comunes por delitos comunes a ciudadanos que no son militares o *policías* y, a su vez, que asuma conocimiento por delitos comunes, no de función, cometidos por militares y *policías*.

En esta misma línea Francisco JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, siguiendo a DE VICO y Piero STELLACI, sostiene que "la razón de la jurisdicción militar deriva del criterio de la especialización del juzgador para asegurar el mayor tecnicismo, acudiendo al juez más adaptado a la materia penal militar que es de delicadeza incomparable con cualquier otra, bien por la especial importancia de los intereses atacados, o por la intensidad del vínculo que sujeta a los autores, o por la condición irreproducible del ambiente en el que operan. Ese Juez, con conocimientos militares y técnicos, tiene una necesaria capacidad especial para el análisis crítico del caso y para ponerlo en relación con el alcance de la norma"[29].

Por su parte, ETO, LANDA y PALOMINO[30] señalan siete razones a favor del mantenimiento del Fuero Militar, así como cinco argumentos en contrario, siendo de destacar en el primer nivel argumental tres razones importantes: **a**) asegurar un mejor conocimiento y valoración de los hechos por el juzgador militar, que puede calibrar mejor el espíritu de las normas militares; **b**) la especial importancia de los intereses ofendidos, cuya protección requiere una repuesta rápida y ejemplar; y, **c**) la imperiosa necesidad

---

(27) Más detalles: SAN MARTÍN CASTRO, César: "Algunos aspectos de la justicia militar (A propósito del caso peruano)", en: *Anuario de Derecho Penal 2001-2002* (monográfico sobre "La reforma del Derecho Penal Militar"), Lima, 2002, p. 131.

(28) HURTADO POZO: *Manual de Derecho penal*, cit., p. 312.

(29) JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, Francisco: *Introducción al Derecho penal militar*, Civitas, Madrid, 1987, p. 85.

(30) 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, p. 371.

de mantener la disciplina, revistiendo de mayor autoridad a los superiores y dando mayor confianza a los inferiores. En el segundo nivel es de poner especial atención a dos razones de índole negativa: a) atentar contra el principio de unidad jurisdiccional, con lesión al principio de igualdad ante la ley y de uniformidad en la interpretación y aplicación de ésta; y, b) supone una justicia doméstica o corporativa que se presta e encubrir privilegios injustificados, con lesión de las garantías procesales para los justiciables.

No se puede negar que el Derecho penal militar es especial por su propia naturaleza y que, en puridad, como destaca GIL GARCÍA, lo que justifica la existencia y la subsistencia del Fuero Militar, son razones históricas, institucionales y de relevancia política y social[31]. Empero, de ahí a sostener que la justicia militar es inherente al sistema de justicia hay mucha distancia; es más, la dudosa realidad de un delito de función, exclusivo de lo militar, salvo tal vez unos muy pocos vinculados a los de complot militar, no justifica la existencia de una jurisdicción aparte que excepcione la unidad jurisdiccional y que, por la lógica de la organización castrense, haga casi imposible la independencia de sus jueces. Al respecto, afirma SAN CRISTÓBAL REALES, (1) que el hecho que el Derecho Penal Militar tenga cierta sustantividad, no justifica la existencia de un orden jurisdiccional propio, porque de ser así, cada rama del Derecho podría aplicarse, al caso concreto, a través de una jurisdicción especial (a lo más justificaría una jurisdicción especializada dentro de la justicia ordinaria); (2) que el Derecho Militar es un derecho especial, pero no autónomo; (3) que la mayor eficacia de la tutela de los deberes militares no se consigue a través del Derecho Penal, limitando la independencia judicial, sino a través de una fuerte potestad disciplinaria de los mandos; y, (4) que la jurisdicción militar tiene menos garantías que la jurisdicción ordinaria, y la necesidad de conservar la jerarquización y la disciplina de las Fuerzas Armadas, como se anotó, se mantiene con el poder disciplinario y no con la potestad jurisdiccional, en que la independencia, en sí misma, tiene un valor superior a la disciplina [32].

II. PROBLEMAS DEL DERECHO PENAL MILITAR PERUANO

El Derecho Penal Militar peruano presenta dos instituciones que son materia de debate: a) la precisión de lo que se entiende por "delito de función militar o policial"; y, b) la posibilidad de juzgar civiles.

---

[31] GIL GARCÍA, Olga: *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 34.

[32] SAN CRISTÓBAL REALES, Susana: *La jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, Comares, Granada, 1996, pp. 134-150.

1. EL DELITO DE FUNCIÓN MILITAR O POLICIAL

El art. 173° Const. permite construir un concepto constitucional de delito de función. Desde el tipo objetivo de lo injusto es posible adelantar tres elementos fundamentales: 1. El sujeto activo del delito debe ser un miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional; 2. La conducta, o acción, debe estar vinculada a la función militar o policial, en su caso; 3. El sujeto pasivo debe estar constituido por las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional como instituciones reconocidas por la Constitución, a las cuales se les ha reconocido un conjunto de funciones y finalidades. Estos tres requisitos, sin embargo, no son suficientes. Además se requiere que la conducta se encuentre prevista o tipificada en el Código de Justicia Militar, pues la justicia militar sólo puede aplicar el Derecho Penal Militar y no el ordinario o común, específicamente por la Parte Especial del Derecho Penal, integrada –como se sabe– por las figuras penales comunes. Desde esta perspectiva es que es de interpretar el art. 744° del Código de Justicia Militar; por consiguiente, por imperio del principio de legalidad material (art. 2°.24.'d' C.), la jurisdicción castrense solo puede aplicar supletoriamente el Código Penal en lo que corresponde a la Parte General (integrada básicamente por reglas jurídico-penales, no por normas jurídico-penales), jamás puede sancionar invocando tipos penales ordinarios.

Ahora bien, determinar en el presente caso que el sujeto activo sea militar o policía, y construir sobre esta condición o cualidad la tipificación, importa reconocer en estos delitos su condición de *especiales propios*, es decir, delitos en los cuales el sujeto activo reúne una determinada cualidad ("cualificación de autor"), que consiste en una posición de deber extrapenal; se trata de un delito especial *propio*, porque en este caso dicho deber opera fundamentando la pena, no solo agravándola como en el caso de los delitos especiales impropios[33].

Seguidamente, el criterio de asignación competencial *material* (competencia por razón del delito) del Fuero Militar se expresa en la calificación de "delito funcional" de la conducta cometida por un militar o policía. Esta conducta, realizada por el sujeto activo, debe recaer sobre un objeto jurídico de relevancia funcional, es decir, vinculado a las finalidades, organización y funciones de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales. No es posible, por consiguiente, radicar el ámbito de la justicia castrense en el tríptico referido a la materia, o a la persona o al lugar, como lo hace el art. 319° del CJM, sino situarlo en conductas que afectan la función castrense o policial cometidos por militares o policías en actividad, siempre que se encuentren debidamente tipificados en el Código de Justicia Militar, que es la única norma matriz que puede aplicar el Fuero

---

[33] ROXIN, Claus: *Derecho Penal. Parte General*, I, Civitas, Madrid, 1997, p. 338.

Militar. Sobre el particular, la jurisprudencia suprema colombiana ha declarado que para la aplicación del régimen foral militar no basta que el sujeto activo tenga la calidad de miembro activo de la fuerza pública al ejecutar el hecho punible, es necesario, además, que el delito esté sustancialmente vinculado con la actividad militar o policial desarrollada por el sujeto agente (Sentencia N° 8827, de 26 de marzo de 1996, Sala de Casación Penal).

La índole del deber violado es, pues, central para determinar si un comportamiento determinado es común o militar. Si el deber es común o genérico, propio de todos los ciudadanos, el delito no será militar aun cuando sea perpetrado por un militar o policía. En tal virtud, todo dependerá del bien jurídico vulnerado, que es el objeto de protección. Consecuentemente, los bienes jurídicos están vinculados a las labores castrenses o policiales y a los fines institucionales, de ahí que las conductas deben afectar la organización, las funciones y las finalidades institucionales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. Estas se encuentran precisadas en los arts. 165°, 166°, 168° y 170° de la Constitución.

La jurisdicción militar está circunscrita únicamente a los casos en que ocurre esa doble condición subjetiva-objetiva, esto es, que se trata de un sujeto activo militar o policial y que cometa un delito de función militar o policial (es decir, hechos que real y estrictamente dañan a la organización castrense o policial), no siendo posible extender la competencia a casos de conexión con *extraneus* (civiles) o con delitos comunes. Estos delitos serán de conocimiento del Fuero Militar en la medida en que se quebrante un deber inherente a la profesión militar o policial, que importen lesiones o puesta en peligro de bienes jurídicos estrictamente castrenses o se ataque bienes jurídicos pluriofensivos, protegidos tanto por la legislación castrense como por la común (v. gr.: delitos contra la hacienda militar). De estas consideraciones resulta, como lo ha destacado el Tribunal Constitucional español en su Sentencia N° 75/1982, de 13 de diciembre, que la jurisdicción militar es de carácter especial y que normalmente hay que presumir la competencia de la jurisdicción ordinaria, siendo del caso atender a la lesión de bienes jurídicos de carácter militar, en tanto ello pueda afectar a la defensa nacional y demás funciones encomendadas a las Fuerzas Armadas.

Es importante sostener, conjuntamente con BIDART CAMPOS, que los delitos de función (militar en la prescripción argentina) son los que dañan bienes jurídicos de la institución armada, y nada más. No basta que el delito se cometa en acto de servicio, o con ocasión de él, o en lugar militar: es menester que afecte por su índole a las Fuerzas Armadas como tales [34]. No

---

[34] BIDART CAMPOS, Germán: "El status constitucional de las Fuerzas Armadas en Ar-

interesa, pues, la situación o circunstancia externa del agente militar, sino en puridad que su conducta afecte al buen régimen, al servicio o a la seguridad de las Fuerzas Armadas. Se requiere, para definir la competencia militar en orden a la noción *"delito de función"*, como acota FERNÁNDEZ SEGADO, poner en conexión la naturaleza del delito cometido; el bien jurídico afectado en atención a los intereses protegidos por la norma penal, que han de ser estrictamente militares, en función de los fines que constitucionalmente corresponden a esa misión; el carácter militar de las obligaciones o deberes cuyo incumplimiento se tipifica como delito; y, en general, que el sujeto activo del delito sea considerado *"uti miles"*, por lo que la condición militar del sujeto al que se imputa el delito ha de ser también un elemento relevante para esta definición [35].

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ya fijó jurisprudencia al respecto. En concordancia con lo anotado, precisó: 1. Que "(...) la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias" (SCIDH, Asunto Castillo Petruzzi y otros, de 30 de mayo de 1999, párr. 128). 2. Que en "(...) un Estado democrático de Derecho la jurisdicción militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares (...) esos intereses importan un atentado contra bienes jurídicos propios del orden militar" (SCIDH Asunto Durand y Ugarte, de 16 de agosto de 2000, párr. 117). 3. Que no puede considerarse delito de función la comisión de hechos que importan el uso desproporcionado de la fuerza, que excede en mucho los límites de su función, al punto de, por ejemplo, provocar la muerte de un gran número de reclusos; los crímenes horrendos, por consiguiente, están fuera de la noción de delito de función (SCIDH Asunto Durand y Ugarte, de 16 de agosto de 2000, párr. 118). 4. Que, respecto del sujeto activo del delito de función militar, la CIDH expresó que el agente debía ser un militar en actividad, nunca en retiro (CIDH Asunto Cesti Hurtado, de 29 de setiembre de 1999).

---

gentina", 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, p. 49.

[35] 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, p. 158.

El Tribunal Constitucional siguiendo esa misma línea tiene la siguiente doctrina: 1. Que se entiende por delitos de función aquellas conductas que afectan bienes jurídicos de los institutos armados o policiales y/o constituyan la afectación de deberes de función, y que tengan como sujetos activos del delito al personal que integre dichos institutos militares o policiales, sea en situación de actividad o bien en situación de disponibilidad (STC, Exp. N° 585-96-HC/TC, Asunto Carlos Villalba Zapata, de 19 de junio de 1998)[36]. 2. Que quien se encuentra en la situación de retiro no puede ser agente de un delito función (STC, Exp. N° 1131-99-HC/TC, Asunto Giovanni Cavagnaro Castro, de 10 de diciembre de 1999)[37].

2. Delitos cometidos por civiles

La Constitución nacional conforme a la reciente interpretación del Tribunal Constitucional prohíbe a la justicia militar juzgar civiles, puesto que su ámbito competencial se circunscribe a los delitos de función y solo puede aplicar el Código de Justicia Militar. Con arreglo a la interpretación anterior, el denominado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional (abril-diciembre de 1992), reordenó la legislación sobre terrorismo y tanto el delito propiamente de terrorismo como el impropiamente denominado "traición a la patria", pese a que este último en rigor no afecta la seguridad exterior del Estado, sino bienes jurídicos vinculados al orden interno y a la seguridad y tranquilidad públicas, dispuso que sean de conocimiento del Fuero Militar. El estropicio se incrementó cuando encargó a la jurisdicción castrense los delitos violentos cometidos por organizaciones criminales, al amparo del Decreto Legislativo N° 895, de 23 de mayo de 1998.

Por otro lado, el Código de Justicia Militar prescribe que la jurisdicción militar también es competente para conocer de las causas que se sigan contra civiles por el delito de traición a la patria, en caso de guerra exterior (art. 323° CJM). El delito de traición a la patria está previsto en el art. 78° del CJM, el mismo que consta de 27 supuestos fácticos.

Hoy en día, sin embargo, la posición del Tribunal Constitucional es definitiva. Bajo ningún concepto y por ninguna circunstancia un civil puede ser sometido a la justicia castrense. Al hacer una reinterpretación del art. 173° de la Constitución, bajo los condicionantes impuestos por la CIDH, estimó que dicha norma "(...) en realidad, no autoriza a que los civiles sean juzgados por los tribunales militares, sino solo a que, mediante ley, se disponga que ciertas disposiciones del Código de Justicia Militar puedan ser utilizadas en

---

[36] *El Peruano*, Lima, de 15 de enero de 2000.

[37] *El Peruano*, Lima, 30 de setiembre de 1998, p. 1262.

el procesamiento de civiles acusados de la comisión de los delitos de terrorismo y traición a la patria en el ámbito de la jurisdicción ordinaria"; agregó que "(...) las disposiciones del Código de Justicia Militar que pueden ser recogidas por la ley, a efectos de ser utilizadas en el procesamiento de civiles acusados de la comisión de los delitos de terrorismo y traición a la patria, en ningún caso podrán entenderse como referidas al 'órgano', sino sólo a reglas de procedimientos que puedan ser utilizadas por la justicia ordinaria, y siempre que éstas, a su vez, sean acordes con las garantías mínimas del debido proceso previstas en la Constitución" (STC de 3 de enero de 2003, Asunto Marcelino Tineo Silva y otros, párrs. 104 y 106). Esta posición es, sin duda, clarísima en su objetivo de evitar que un civil sea procesado por un tribunal castrense, aunque es también cierto que no resiste la lógica de la norma 'reinterpretada'; en todo caso, es de tener presente que en el Derecho comparado sí es posible, bajo limitadísimos requisitos, que civiles puedan ser juzgados por tribunales castrenses, y no necesariamente en estados de excepción constitucional (claro está nuestra posición es absolutamente contraria a la propia existencia de tribunales castrenses en tiempo de paz), y que todo depende –según la situación institucional de cada país– de cómo está organizada la justicia militar y su acercamiento al objetivo de tribunal independiente, objetivo e imparcial.

De igual manera, un tema anexo tiene que ver con los militares y policías en situación de retiro. Estos ciudadanos, jurídicamente no se encuentran sometidos a los mandos castrenses, no realizan actos de función militar o policial, situación que por lo demás reconoce el art. 70° de la Ley de Situación Militar (Decreto Legislativo N° 752). Esta limitación, sin embargo, no fue respetada por la justicia militar. Una sentencia paradigmática en este punto es el caso del General (r) Carlos Mauricio Agurto (sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 6 de junio de 1995), en el que inclusive al cuestionarse en sede penal determinadas declaraciones y escritos periodísticos se vulneraron dos normas constitucionales: a) el art. 2°.3, que declara que no hay delito de opinión; y, b) el art. 2°.4, que estipula que en los casos de delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común. Es de insistir que no puede afectar la función castrense los actos realizados por quien está fuera del servicio activo, no hay en ese caso lesión a un bien jurídico institucional en tanto que son conductas realizadas por particulares, alejados del servicio activo militar[38].

---

[38] SAN MARTÍN CASTRO, César: "Jurisdicción militar y delitos de función", en: *El Comercio*, Lima, 10 de julio de 1995.

Esta situación, sin embargo, ya fue remediada con los fallos ya citados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional (este último solo excluye al militar en retiro, no así al militar en situación de disponibilidad, "Asunto Carlos Villalba Zapata"). Es de resaltar, precisando el ámbito del militar en retiro, que para que la Jurisdicción castrense no pueda conocer de una imputación formulada en su contra requiere que en la fecha de comisión del delito imputado, ya no sea militar en actividad, pues de serlo, y aun cuando luego pasó al retiro, sigue subsistente la jurisdicción castrense y el Código de Justicia Militar (STC, Exp. N° 2302-2002-HC/TC, Asunto Dryden Rojas Rojas, 17 de octubre de 2002)[39].

III. LA JURISPRUDENCIA NACIONAL EN MATERIA DE DELITOS DE FUNCIÓN

1. Lineamientos iniciales de la jurisprudencia de la Corte Suprema

Desde la jurisprudencia nacional es posible construir un itinerario de líneas de pensamiento en la materia. Con ZARZOSA podemos sostener que el concepto "delito de función" se construye a partir de tres posibilidades de interpretación: a) la ocasionalidad del delito; b) la causal; y, c) por la naturaleza de la jurisdicción militar [40].

La resolución emblemática respecto del criterio de ocasionalidad, fue la recaída en el Asunto Alvaro Artaza Adrianzén (Exp. N° 5-85, de 10 de abril de 1985). En ella, la Corte Suprema precisa que los militares pueden desarrollar actividades de orden particular o bien de orden público o institucional, caso este último que se reputan actos de servicio propio de la función militar. Asimismo, señala que los delitos de función no se limitan únicamente a los delitos que conciernen o atañen al ejercicio del cargo desempeñado por el militar, sino también a todos aquellos que tienen relación o repercusión con las funciones o actividades que a cada militar corresponde, pues no se requiere exclusivamente un nexo de causalidad entre el delito cometido y la función, basta la simple *ocasionalidad*. Esta concepción, como se aprecia de lo ya expuesto, desnaturaliza por completo la concepción restringida propia de una jurisdicción especial como la militar, pues se limita a preguntarse si el militar, cuando ocurrieron los hechos, se encontraba de servicio, sin atender a la

---

[39] En: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/2302-2002-HC.html

[40] ZARZOSA, Carlos Enrique: "Contienda de competencia", en: *Debate Penal*, N° 2, mayo-agosto, Lima, 1987, p. 308.

naturaleza de la conducta desarrollada, al bien jurídico vulnerado y al hecho directo de afectar la defensa nacional y las demás funciones constitucionales asignadas a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional.

La resolución más característica del criterio de causalidad, a nuestro entender es la del denominado Asunto "La Cantuta" (Exp. N° 07-94, de 11 de febrero de 1994). Precisa el Supremo Tribunal que los hechos objeto de análisis fueron cometidos por personal militar como consecuencia de órdenes impartidas y recibidas, de suerte que sus autores ingresaron al recinto universitario pese a la vigilancia de las Fuerzas Armadas; que los hechos fueron perpetrados por personal militar en acto de función, tanto más si Lima se encontraba en Estado de Excepción, el mismo que según la Ley N° 24150 los somete a la jurisdicción castrense. Este criterio es, sin duda, más exigente que el de ocasionalidad, pues permite sostener que el hecho de que el militar esté de servicio, es decir, se encuentre cumpliendo la función militar, no significa que todos los actos que realiza son actos de servicio. Sin embargo, aún resulta cuestionable desde que radica la calificación típica en las relaciones existentes entre el hecho cometido con las órdenes y directivas recibidas por militares y policías, sin atender –es de insistir– a la naturaleza de los hechos, al bien jurídico afectado y a las funciones y misión de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

El voto en minoría en ese mismo caso opta, sin embargo, por el criterio vinculado a la naturaleza de la jurisdicción militar. Allí se dice que el delito de función está condicionado al cumplimiento de tres presupuestos: a) que el ilícito penal tenga relación directa con el ámbito funcional de las instituciones militares o policiales de las instituciones armadas, en cuanto afecte bienes jurídicos exclusivamente castrenses y el orden disciplinario de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional; b) que el ilícito penal se encuentre previsto en el Código de Justicia Militar; y, c) que exista necesariamente un nexo de causalidad entre el delito cometido y la función encomendada, que solo puede derivarse del cumplimiento deficiente de función, del incumplimiento o de la extralimitación de la misma, no bastando la mera ocasionalidad. Esta concepción, sin duda alguna, tiene mayor amparo constitucional que el criterio de causalidad simple, pues analiza la naturaleza de los hechos y se pregunta por el bien jurídico vulnerado por la conducta objeto del proceso penal, así como adicionalmente exige que los hechos estén contemplados en un tipo penal regulado en el Código de Justicia Militar y que importen siempre una desviación del correcto cumplimiento de las funciones castrenses o policiales. No solo debe tenerse en cuenta, apunta BIDART CAMPOS, que el militar o policía se encuentre de servicio, pues en esa calidad puede cometer hechos comunes, de suerte que lo que en puridad afecta a las Fuerzas Armadas y es capaz de minarlas, es la ocurrencia de hechos que provienen de actos de

servicio intrínsecamente tales. "Cuando derivan de hechos comunes (sean o no cometidos con ocasión de actos de servicio), el peligro que se origina para la disciplina, el orden o el prestigio de las Fuerzas Armadas no alcanza para dar apoyo constitucional a la jurisdicción militar como fuero real o de materia" (41).

Es de enfatizar, conjuntamente con SANDOVAL CORONADO, que lo esencial, en concurrencia con la calidad de militar o policial del sujeto activo, es el *sentido militar del hecho punible.* Esta última noción significa que el agente debe vulnerar un deber estrictamente militar tutelado por el derecho militar, en tanto su afectación tiene, en principio, consecuencias institucionales y no meramente personales. Por consiguiente, la comisión de un delito con ocasión o durante un acto de servicio, o la existencia de un nexo causal entre el sujeto activo y la función militar desacatada, no tendrían relevancia alguna si es que no se tiene en cuenta que se *vulneró un deber jurídico de trascendencia institucional para las Fuerzas Armadas o Policía Nacional* (42).

En esta misma perspectiva, se pronunció el art. 14°, segundo párrafo, del Código de 1991, cuya redacción se me encomendó en la Comisión que redactó el Proyecto Alternativo del Código Procesal Penal. Dice la norma: *"La justicia militar está limitada a los delitos directamente vinculados con las funciones militares o policiales, en cuanto afecten bienes jurídicos exclusivamente castrenses y el orden disciplinario de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional. En estos casos el personal militar y policial está sometido al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar".*

2. NUEVAS TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES. AVANCES Y RETROCESOS

Como se advierte de la inicial jurisprudencia suprema, la calificación del delito no se relaciona con los elementos objetivos y subjetivos de la conducta perpetrada. En tiempos más recientes, la Corte Suprema ha venido adoptando una doctrina más sólida, aunque con altibajos, pues existen resoluciones contradictorias. Así tenemos: a) la Ejecutoria Suprema de 23 de julio de 1999 (Competencia 11-98, Asunto Carlos Álvarez Bobadilla y otros), precisó que no es un delito de función aquella conducta en la que los sujetos pasivos son civiles, doctrina que reiteró en la Ejecutoria Suprema de 27 de noviembre de 1998 (Competencia 26-98, Asunto Encarnación Suyón Sánchez); b) la Ejecutoria Suprema de 20 de octubre de 1998 (Competencia 20-98, Asunto Luis Zara Llanos), declaró que cuando se afecta la libertad de

(41) BIDART CAMPOS, Germán: *Los tribunales militares y la Constitución*, EDIAR, Buenos Aires, 1985, p. 124.

(42) SANDOVAL CORONADO, Juan Carlos: *El delito militar ordinario*, Tesis, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, pp. 318-329.

ciudadanos civiles y la administración pública no es del caso la intervención de la jurisdicción militar, por no afectar bienes jurídicos propios ni el orden disciplinario de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional; c) la Ejecutoria Suprema de 29 de enero de 1998 (Competencia 1983-97, Asunto Marco Dávila Robles), adoptó una línea regresiva al establecer, pese a insistirse en la noción de bien jurídico, que tratándose del delito de lesiones graves, su conocimiento corresponde a la jurisdicción militar, puesto que ha vulnerado un bien jurídico que es de índole "policial" y no civil por ser un delito de función; d) la Ejecutoria Suprema de 9 de diciembre de 1997 (Competencia 16-97, Asunto Juan Loayza Villarroel y otros), relativa a un delito contra la fe pública, se desentiende de la noción de bien jurídico, pero declara que el conocimiento de los hechos corresponde a la jurisdicción ordinaria dado que tales hechos no constituyen actos de realización "en función del servicio"; y, e) la Ejecutoria Suprema de 23 de julio de 1998 (Competencia 7-98, Asunto José Jaime Coronel y otros) califica el delito de común, al no afectar bienes jurídicos exclusivamente castrenses ni el orden disciplinario de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, sin que obste para ello que los encausados se encontraban en acto de servicio, pero considera que la jurisdicción corresponde a la justicia militar, porque inculpado y agraviado son militares.

Esta jurisprudencia obviamente es contradictoria y, por cierto, no asume como debiera la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No adopta un criterio material de delito de función, noción que sugiere, como dice MEINI, que el bien jurídico protegido guarde relación con las finalidades, organización y/o funciones que constitucionalmente corresponde a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional, y que el agente ostenta un deber propio, inherente y exclusivo de ambas instituciones, que lo vulnera cuando perpetra un acto típico en su calidad de tal, todo lo que lo hace un delito de infracción de un deber (*Pflichtdelikte*)[43].

La incoherencia del Supremo Tribunal se agrava con la decisión adoptada en el denominado Asunto "Chavín de Huántar"[44], que en puridad constituye un retroceso injustificable. En dicho fallo, la Corte Suprema sostuvo el mismo criterio de causalidad que en su día siguió para resolver el Asunto "La Cantuta". En el Sexto Considerando señaló que "(...)los inculpados, integrantes del cuerpo de Comandos, han actuado en una operación militar en cumplimiento de una orden impartida con arreglo a la Constitución, por

---

(43) MEINI MÉNDEZ, Iván: "Observaciones a la Parte General del Código de Justicia Militar", en: *Anuario de Derecho Penal 2001-2002* (monográfico sobre "La reforma del Derecho Penal Militar"), Lima, 2002, pp. 199-200.

(44) Competencia 19/21-2002, Asunto "Chavín de Huántar", de 16 de agosto de 2002 (Inédita).

autoridad con capacidad de hacerlo y que las infracciones de naturaleza delictiva en que hubieren incurrido corresponde que sean conocidos por el Fuero Militar, cosa que no ocurre con los elementos ajenos a dichos comandos, quienes habrían actuado de ser el caso, como infractores y autores de delitos comprendidos en la legislación común y que por lo tanto deben permanecer sujetos a la Jurisdicción del Fuero Común", pero antes, en el Tercer Considerando anotó que el grupo militar actuó en la operación de rescate de los rehenes en acatamiento a una orden superior en un escenario de claro enfrentamiento militar, lo que determina que cualquier hecho delictuoso que se impute en la ejecución de la operación debe calificarse como que se produjo en el ejercicio de la función. Como se advierte de lo trascrito, para la Corte Suprema lo importante para la calificación de "*delito de función*" no es la naturaleza del bien jurídico afectado ni el hecho que se formulen cargos por diversos homicidios cometidos a propósito de la indicada acción militar; por sobre esa consideración, la única válida a los efectos constitucionales, se hace notar que medió una orden, y que lo ocurrido en el desarrollo de la operación debe calificarse como delito de función, desconociendo inclusive que aun en esos casos siempre se asume como límite que los crímenes horrendos necesariamente están al margen de esa calificación[45].

IV. CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN

Se plantean conflictos, enseña Ricardo LEVENE (h.), cuando dos o más tribunales se consideran con derecho a intervenir en una causa[46]. Igualmente, pueden haber conflictos cuando la diferencia se suscita entre un órgano administrativo y un órgano jurisdiccional, y, aún más, cuando se trata de órganos constitucionales, en los términos señalados en el art. 202°.3 de la Constitución, esto es, cuando compete al Tribunal Constitucional resolver las diferencias surgidas respecto a las atribuciones que la Ley Fundamental

---

[45] En igual sentido se ha pronunciado la Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial N° 66. Allí sostiene que la Sala Transitoria ha seguido criterios confusos para definir la naturaleza común o militar del delito en cuestión. A la ausencia de claridad del fundamento jurídico utilizado, con buen criterio, califica el fallo de incompatible con la interpretación del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, contraviniendo lo establecido en la Primera Disposición General de la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, así como en el inciso 1) del art. 68° de la Convención Americana de Derechos Humanos (DEFENSORÍA DEL PUEBLO: *¿Quién Juzga qué? Justicia militar vs. Justicia ordinaria* [Informe Defensorial N° 66], Lima, 2003, pp. 75-79).

[46] LEVENE (h), Ricardo: *Manual de Derecho procesal penal*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1993, T. I, p. 195.

reconoce a distintos órganos o entidades territoriales. Respecto de esto último, señala Samuel ABAD YUPANQUI, el conflicto puede tener lugar en dos niveles: en primer lugar, entre el Gobierno Central y los gobiernos locales y regionales, y el de estos entre sí (división territorial del Estado); y, en segundo lugar, entre los órganos constitucionales del Estado, tales como Congreso, Gobierno, Poder Judicial, Consejo Nacional de la Magistratura, órganos del Sistema Electoral (división funcional del poder)[47].

En la doctrina procesalista, fuera propiamente del conflicto entre órganos constitucionales, se diferencia entre *conflictos de jurisdicción* y *conflictos de competencia*. En el primer supuesto, se trata de aquellos conflictos interorgánicos que se originan: a) entre órganos jurisdiccionales y administrativos; y, b) entre órganos jurisdiccionales ordinarios y órganos de la jurisdicción militar. En el segundo supuesto, apunta ARAGONESES MARTÍNEZ, se trata de aquellos conflictos que se suscitan entre los órganos jurisdiccionales de distintos órdenes jurisdiccionales[48].

Los conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar son resueltos, en todos los casos, por la Corte Suprema de Justicia: así surge del art. 28° del Código de 1940, concordante con la uniforme interpretación que de él ha realizado el Supremo Tribunal[49]. De igual manera, el art. 361°. inc. b) del Código de Justicia Militar establece taxativamente que las contiendas de competencia que afectan la jurisdicción militar serán resueltas por la Corte Suprema de Justicia, cuando se susciten entre la jurisdicción militar y el fuero común[50]. En rigor, compete el conocimiento de este conflicto de jurisdicción a la Sala Penal de la Corte Suprema, al amparo de lo dispuesto en el art. 34°.3 del TUO de la LOPJ. El art. 21°.6 del Código de 1991 se pronunció en iguales términos.

El trámite del conflicto de jurisdicción entre la jurisdicción ordinaria y la militar es de carácter incidental, lo que significa que no se paraliza el curso de ambos procesos instaurados en las dos jurisdicciones. Si el juez ordinario advierte que el juez militar está conociendo de los mismos hechos que constituyen el objeto del proceso penal ordinario, pondrá en conocimiento tal situación del órgano jurisdiccional castrense e, inmediatamente, formará

---

(47) ABAD YUPANQUI, Samuel: "Hábeas data y conflicto entre órganos constitucionales", en: *Lecturas Constitucionales*, N° 10 (*La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*), Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995, pp. 272-273.

(48) En: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit., p. 91.

(49) Ejecutoria Suprema de 11 de junio de 1979, Exp. N° 1034-79, Cajamarca (TARAMONA, José R.: *Compendio de ejecutorias supremas*, Jamse Editores, Lima, 1982, T. II, pp. 16-17).

(50) Ejecutoria Suprema de 1° de octubre de 1985, Exp. N° 142-85.

el cuaderno respectivo y lo elevará al Tribunal Supremo, el cual resolverá sin necesidad de vista fiscal, salvo que el tipo penal objeto del proceso penal se encuentre incurso en los supuestos de los incs. 2 a 17 del art. 83° de la LOMP. El Supremo Tribunal ha establecido que, en efecto, para que se produzca contienda de competencia es necesario que en las dos jurisdicciones se siga proceso contra las mismas personas y por los mismos hechos, de lo contrario la contienda será inadmisible[51].

Regularmente, según lo dispuesto en el art. 141° del TUO de la LOPJ, para que exista resolución en el Tribunal Supremo se requiere cuatro votos conformes. Sin embargo, la Ley N° 26291, de 10 de diciembre de 1994, dispuso que temporalmente, hasta el 28 de julio de 1995, los conflictos de jurisdicción se resolverían por mayoría simple de votos. Además, dispuso que las votaciones eran secretas, es decir, los vocales no debían suscribir los votos y, por tanto, en caso de votos singulares o con fundamentos propios, no debía conocerse a su autor o autores. En esa oportunidad, felizmente ya superada, se impuso el criterio de seguridad por sobre el principio de responsabilidad judicial y la necesidad de transparencia de las decisiones judiciales.

La Corte Suprema entiende que también se puede presentar otra modalidad de conflicto de jurisdicción: la *declinatoria de jurisdicción*, en cuya virtud, existiendo por el mismo delito sendos procesos en la justicia militar y en la ordinaria, el imputado acude a esta última solicitando la inhibición en favor de la primera[52]. Frente a una declinatoria de jurisdicción, el juez ordinario debe pronunciarse mediante la resolución respectiva, de conformidad con el art. 28°, primer párrafo, del Código de 1940[53]. Es de anotar que en el primer caso el Alto Tribunal asumió un concepto formal de identidad de hechos, al optar por la misma tipicidad, lo que por lo demás resulta inconveniente y permite afectar claramente el principio del *ne bis in idem*.

---

(51) Ejecutoria Suprema de 4 de febrero de 1986, Exp. N° 14-85.

(52) Ejecutoria Suprema de 3 de febrero de 1994, Exp. N° 24-93, Puno.

(53) Ejecutoria Suprema de 18 de enero de 1993, Exp. N° 11-92-B, Callao (ROJJASI PELLA, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, Legrima, Lima, 1997, pp. 303-304).

Capítulo VI
COMPETENCIA PENAL (I)

SUMARIO: I. Concepto y alcances. **II.** Criterios para la determinación de la competencia penal: 1. Competencia objetiva. 2. Competencia territorial. 3. Competencia funcional. 4. Consecuencias procesales. **III.** Competencia objetiva: 1. Concepto. 2. Atribución de la competencia objetiva. 3. Reglas de la competencia *rationae personae*. **IV.** Competencia funcional: 1. Concepto. 2. Manifestaciones de la competencia funcional. **V.** Carácter y tratamiento procesal de la competencia objetiva y funcional.

I. CONCEPTO Y ALCANCES

Como se sabe, la Constitución nacional concibe al Poder Judicial como una organización integrada por una pluralidad de órganos jurisdiccionales (art. 143°), todos los cuales ejercen la potestad jurisdiccional. Sin embargo, en atención a esa configuración pluriorgánica, resulta imprescindible instituir criterios para la distribución de las causas. IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO[54] explica que estos criterios o reglas son los que se llaman *criterios competenciales*, que, al señalar para un supuesto determinado un órgano jurisdiccional con exclusión de los demás, produce a la vez un derecho y un deber en el Tribunal de impartir justicia, y en las partes, los correlativos de solicitarla de él en cada caso, lo que entraña la *competencia* del órgano jurisdiccional. El fin práctico de la competencia penal consiste, por tanto, en distribuir las causas entre los diversos jueces instituidos por la ley; entre ellos ha de repartirse la tarea judicial, dividiendo el conjunto de asuntos en distintos grupos para asignarlos a unos u otros jueces[55].

La competencia, precisamente, en cuanto medida de la jurisdicción, es la esfera de jurisdicción de la cual está investido el singular órgano judicial, la parte de poder jurisdiccional que cada órgano puede ejercer. Considerada desde un aspecto objetivo, es la esfera de jurisdicción de que está investido un

---

[54] IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO: *Curso de Derecho procesal penal*, cit., p. 75.

[55] CLARIÁ OLMEDO, Jorge: *Tratado de Derecho procesal penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1960, T. I, p. 117.

órgano jurisdiccional; bajo un aspecto subjetivo (es decir, contemplando al juez como a uno de los sujetos de la relación procesal), es la capacidad de un determinado órgano jurisdiccional para tomar conocimiento de una causa[56].

Tres son los principios que, al decir de José TOMÉ PAULE[57], rigen la competencia penal:

1° La *improrrogabilidad*, según el cual la función jurisdiccional atribuida a un órgano jurisdiccional no puede cederse a ningún otro. El art. 14°, primer párrafo, del Código de 1991, sanciona taxativamente este principio al señalar que "la jurisdicción común es improrrogable y se extiende a los delitos y a las faltas".

2° La *extensión*, en cuya virtud los jueces y tribunales que tengan competencia para conocer de una causa determinada la tendrán también para todas sus incidencias, para llevar a efecto las providencias de tramitación y para la ejecución de las sentencias. El art. 337° del Código de 1940 dispone que la ejecución de la condena –aunque sólo hace mención a la reparación civil– se lleva a cabo ante al Juez Instructor originario. El art. 392° del Código de 1991 prescribe que la ejecución de las resoluciones judiciales corresponde al Juez Penal, quien está facultado para resolver todos los incidentes que se susciten durante la ejecución.

3° La *exclusividad*, en mérito al cual corresponde a la jurisdicción penal ordinaria el conocimiento de todas las causas y juicios penales (comisión de delitos y faltas), con excepción de los señalados a los Tribunales militares. Por ello es que se sostiene que la justicia ordinaria tiene una fuerza atractiva, pues debe conocer de todos aquellos casos que no tengan un expreso y perfecto encuadre en la jurisdicción especial.

La pluralidad de los órganos jurisdiccionales se manifiesta en dos vertientes: la instauración de distintos tipos de órganos jurisdiccionales y el establecimiento de varios órganos jurisdiccionales del mismo tipo. Desde la primera perspectiva, existen –como ya se anotó–: Juzgados de Paz y Juzgados de Paz Letrados (conocimiento de las faltas), Juzgados Penales, Salas Penales Superiores y Sala Penal de la Corte Suprema. Así aparece definido en los arts. 11° del Código de 1940 y 13° del Código de 1991. Desde la segunda perspectiva, la diversidad de órganos jurisdiccionales admite también la institución de varios órganos jurisdiccionales del mismo tipo, con excepción de la Corte Suprema (art. 28° TUO de la LOPJ). Así tenemos

---

(56) LEONE, Giovanni: *Tratado de Derecho procesal penal*, EJEA, Buenos Aires, 1963, T. I, p. 341.

(57) En: ALMAGRO NOSETE, José y TOMÉ PAULE, José: *Instituciones de Derecho procesal. Proceso penal*, 2ª ed., Trivium, Madrid, 1994, p. 64.

que el país se ha dividido en Distritos Judiciales a cuya cabeza se encuentra las Cortes Superiores de Justicia (art. 36° TUO de la LOPJ), integrada por Salas Jurisdiccionales de diversos órdenes, entre ellas del Penal, así como por diversos juzgados especializados, sean estos Penales, Mixtos y Juzgados de Paz y de Paz Letrados (arts. 37°, 41°, 46°, 47°. 50°, 54° y 61°).

II. CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA PENAL

Tres son los criterios que determinan la competencia penal: a) por razón de la materia; b) por razón del lugar; y, c) por razón de la función.

1. COMPETENCIA OBJETIVA

La primera competencia, denominada *objetiva*, está referida a la naturaleza de la infracción penal y a la función o cargo público que ocupe el imputado (*rationae personae*). En efecto, las infracciones penales desde una perspectiva procesal se dividen en: a) faltas, de competencia de los Jueces de Paz y de Paz Letrados, que tienen a su cargo el procedimiento por faltas; b) delitos menos graves, de competencia de los Jueces Penales, que tienen a su cargo la investigación –o intervención en ella– y el juzgamiento y sentencia en el llamado juicio sumario –en la legislación vigente– u ordinario –en el Código de 1991–; y, c) delitos graves, de competencia de las Salas Penales Superiores, que tienen a su cargo el denominado procedimiento ordinario en el Código de 1940 y el procedimiento especial por razón de delito en el Código de 1991.

Por otro lado, la Constitución reconoce un tratamiento especial a determinados altos funcionarios cuando cometen delitos vinculados a la función, a quienes se les denomina *personas aforadas*, en cuya virtud se introducen reglas de competencia especiales, por lo general, previo procedimiento parlamentario de antejuicio (art. 99° Const.). Corresponde su conocimiento a la Corte Suprema (art. 100° Const.), salvo cuando se trate de magistrados de primera instancia, en que el conocimiento del proceso penal compete a la Corte Superior (arts. 41°.4 TUO de la LOPJ, y 17° LOMP). Estos magistrados, al igual que los de segunda instancia y los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, cuyo juzgamiento está radicado en la Corte Suprema (arts. 34°.4 TUO de la LOPJ, y 16° LOMP), solo tienen un procedimiento con garantías reforzadas, en el que adicionalmente a la competencia superior corresponde a la máxima instancia del Ministerio Público decidir el ejercicio de la acción penal, no así el antejuicio constitucional (art. 66°, incs. 4 y 5, de la LOMP).

2. COMPETENCIA TERRITORIAL

La segunda competencia, denominada *territorial*, está referida al lugar de comisión del delito. La competencia se distribuye en atención al ámbito geográfico donde ocurrió un evento delictivo, criterio que permite distribuir los juzgados y Salas jurisdiccionales de igual clase o grado existentes en el territorio nacional, en atención a la vastedad geográfica del país. El objeto de esta competencia es acercar la justicia a los ciudadanos. Cuando existen varios órganos jurisdiccionales en un mismo ámbito geográfico, se acude a los criterios de repartimiento y distribución de asuntos (v. gr.: sistema de turnos u otros sistemas objetivos como sorteo, etc.).

3. COMPETENCIA FUNCIONAL

La tercera competencia, denominada *funcional*, distribuye entre los órganos jurisdiccionales penales los diferentes cometidos que ha de asumir la autoridad judicial a lo largo del proceso. Entonces, esta competencia determina el órgano jurisdiccional que conoce en cada etapa procesal: cognición, recurso o ejecución, e inclusive actividades instructoras, así como en la recusación o en la decisión de las cuestiones de competencia. El Código de 1940 dispone que en la etapa de instrucción conoce el Juez Penal, mientras que en la etapa del juicio –para los procedimientos ordinarios– la Sala Penal Superior, correspondiendo a la Corte Suprema el conocimiento del recurso de nulidad; a su vez, las apelaciones contra las decisiones interlocutorias del Juez Penal son de conocimiento de la Sala Penal Superior, mientras que las impugnaciones contra las decisiones del Juez de Paz Letrado son de conocimiento del Juez Penal. Por su parte, el Código de 1991, en el procedimiento ordinario, para delitos menos graves, lo más significativo es que el Juez Penal interviene en determinados actos de la fase de investigación y en toda la etapa intermedia y durante el enjuiciamiento, mientras que el recurso de apelación, sea de resoluciones interlocutorias o de sentencias, es de conocimiento de la Sala Penal Superior; y, el de casación, de la Corte Suprema.

El Código de 1991, en el art. 15°, reconoce como criterios competenciales, los vinculados al territorio, a la materia y a la conexión. El listado que contiene el criterio competencial por razón de la materia, involucra asimismo a la competencia funcional, sin perjuicio de atención a la competencia *rationae personae*, lo que no es dogmáticamente correcto. Por otro lado, siguiendo a ARAGONESES MARTÍNEZ[58], incorpora como un criterio competencial a la conexión, que sin embargo es una institución que lo que produce son "(...) alteraciones secundarias en las normas de atribución de la competencia (objetiva

---

(58) En: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit., p. 109.

y territorial) y de la jurisdicción", siendo su fundamento, al decir de la Casación italiana, motivos de oportunidad y su sustento la economía de los juicios[59].

4. Consecuencias procesales

Conjugados los tres criterios (objetivo, territorial y funcional), la competencia, acota GÓMEZ ORBANEJA, es un presupuesto de validez del proceso como un todo y del acto o serie de actos de que se trate, aunque, como luego se verá, la ley no da a todos esos criterios el mismo valor [60]. Según el Código de 1991, la incompetencia territorial no acarrea la nulidad de los actos procesales realizados (art. 20°), aunque sí los supuestos de incompetencia objetiva y funcional (art. 25°).

III. COMPETENCIA OBJETIVA

1. Concepto

Este criterio competencial consiste en la atribución del conocimiento de los asuntos en primera instancia a un grado jurisdiccional concreto. Se establece en función a tres datos básicos: el primero, *rationae personae*, tiene como punto de referencia la intervención en los delitos de personas aforadas o funcionarios calificados por la ley cuando cometen delitos vinculados al ejercicio del cargo, cuyo enjuiciamiento se reserva a determinados órganos jurisdiccionales. El segundo, toma en cuenta la clasificación del Código Penal en delitos y faltas, prevista en los arts. 11° y 440° (*rationae materiae*). El tercero, divide los delitos en graves y menos graves, para asignarles un procedimiento y la atribución de fallo a un órgano jurisdiccional determinado. Es de entender, como enfatiza MORENO CATENA, que el fuero personal prima en todo caso sobre el fuero material[61]. En tanto fuero especial, señala ARAGONESES MARTÍNEZ, tiene un carácter preferente [62].

En rigor, como apunta CLARIÁ OLMEDO, la finalidad orientadora de estas distinciones: faltas, delitos menos graves, delitos graves, es eminentemente práctica. Está destinada a conseguir una mejor realización de la justicia, seleccionando al juez que ha de entender en procedimientos ordenados con mayores garantías o con características especiales, procurando a su vez la mayor celeridad. A los jueces mejor dotados o especializados, se

---

[59] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 408.

[60] GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal penal*, 10ª ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987, p. 34.

[61] En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 121.

[62] En: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit., p. 98.

les atribuyen las causas más dificultosas, conforme a un criterio objetivo, o las que requieren conocimientos particulares[63].

2. ATRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA OBJETIVA

La competencia objetiva tiene la siguiente distribución en el orden penal:

A. Según el Código de 1940

a) Los *Juzgados de Paz* son competentes para juzgar las faltas, de conformidad con el art. 440°.6 del Código Penal. El Código de Procedimientos, sin embargo, menciona que la instrucción estaba a cargo de los Jueces de Paz. El Juez de Paz Letrado seguía el procedimiento sumario (instrucción y fallo, sin juicio oral), mientras que el Juez de Paz realizaba una audiencia de pruebas y fallaba inmediatamente, correspondiéndole la apelación al Juez de Paz Letrado (arts. 325° y 326°).

b) Los *Juzgados Penales*, según el art. 13°, se encargan de instruir los procesos por delitos comunes graves, en los procesos ordinarios. En el caso de los procedimientos sumarios dedicados a los delitos menos graves, a la par que instruir, emiten sentencia (art. 6° del D. Leg. N° 124). Además, resuelven todo tipo de incidencias que se producen durante la instrucción (cuestiones previas, prejudiciales, excepciones, coerciones, contracautelas, sobreseimientos, etc.).

c) Las *Salas Penales Superiores*, según el art. 14°, modificado por el D. Ley N° 21895, en concordancia con el art. 1° de la Ley N° 26689, de 30 de noviembre de 1996, son competentes para conocer del juzgamiento de los delitos graves.

B. Según el Código de 1991

Este Código sigue similar esquema, los Jueces de Paz instruyen y juzgan en los procesos por faltas (art. 24°); los Jueces Penales dictan decisiones jurisdiccionales en la etapa de investigación y enjuician los delitos menos graves (art. 23°, inc. 1 y 2); las Salas Penales Superiores, juzgan en los procesos especiales por razón del delito (delitos graves, art. 373°).

3. REGLAS DE LA COMPETENCIA *RATIONAE PERSONAE*

Las reglas en cuestión permiten atribuir la competencia de determinados delitos vinculados al ejercicio de la función pública, a órganos superiores, a los que no les correspondería conocer de ellos según las reglas generales.

---

(63) CLARIÁ OLMEDO, Jorge: *Tratado de Derecho procesal penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1962, T. II, p. 198.

En este punto conviene distinguir si el funcionario es persona aforada, es decir, si requiere antejuicio constitucional, o si solo se imponen determinadas garantías reforzadas consistentes en la decisión del procesamiento por la máxima instancia del Ministerio Público o en la competencia por un órgano jurisdiccional superior o supremo.

Respecto a las *personas aforadas*, éstas se encuentran taxativamente consideradas en el art. 99° de la Constitución. Se trata de los siguientes altos dignatarios: a) el Presidente de la República; b) los representantes del Congreso; c) los Ministros de Estado; d) los miembros del Tribunal Constitucional; e) los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; f) los vocales de la Corte Suprema; g) los Fiscales Supremos; h) el Defensor del Pueblo; e, i) el Contralor General, por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en estas. Estos funcionarios antes de ser objeto de cargos penales, deben ser investigados y acusados por la Comisión Permanente del Congreso y el Pleno del Congreso debe emitir en contra de ellos resolución acusatoria de contenido penal (art. 100° Const.). El trámite de acusación constitucional está desarrollado en el Texto Único Ordenado del Reglamento del Congreso, publicado el 30 de junio de 1998.

Corresponde a la Corte Suprema la instrucción y juzgamiento de dichos altos funcionarios públicos. La Sala Penal es la encargada de la primera instancia, siendo el Instructor el vocal menos antiguo e integrándose el Tribunal de Enjuiciamiento con los tres vocales restantes, siendo ajeno a él el Presidente de la Sala Penal (art. 34°.4 TUO de la LOPJ), mientras que el recurso de nulidad es de conocimiento de la Sala Civil (art. 17° C de PP 1940). En el Código de 1991, la jurisdicción preventiva corresponderá al vocal menos antiguo, el enjuiciamiento será de competencia de los tres vocales que siguen de la Sala Penal Suprema y el recurso de apelación suprema será tramitado y resuelto por la Sala de Derecho Constitucional y Social (art. 375°.1).

La Corte Suprema también conoce de los delitos funcionales cometidos por Fiscales y Vocales Superiores miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar (art. 34°.4 TUO de la LOPJ). En este caso, debe decidir el ejercicio de la acción penal la máxima instancia del Ministerio Público. El procedimiento en sede fiscal y judicial es el mismo que en el caso de personas aforadas.

Los delitos funcionales cometidos por Jueces Especializados o Mixtos, Jueces de Paz Letrados, Jueces de Paz (art. 41°.4 TUO de la LOPJ), así como por Fiscales Provinciales (art. 17° LOMP) son juzgados por las Salas Penales Superiores. Previamente, la máxima instancia del Ministerio Público debe decidir el ejercicio de la acción penal (art. 66°, incs. 4 y 5

LOMP). La instrucción (Código de 1940) o la jurisdicción preventiva (Código de 1991) es realizada por el vocal menos antiguo del Tribunal competente; el enjuiciamiento corresponde a la Sala Penal Superior respectiva, completándose con otro vocal; y el recurso de nulidad (Código de 1940) o de apelación suprema (Código de 1991) será resuelta por la Sala Penal Suprema. En el caso de los delitos de los jueces de paz y fiscales provinciales adjuntos, la instrucción corresponde al Fiscal Provincial, la jurisdicción preventiva al Juez Penal, el enjuiciamiento a la Sala Penal Superior y el recurso respectivo a la Sala Penal Superior.

En todos estos casos, no interesa si el delito, por su entidad, está sujeto al procedimiento sumario o abreviado: en virtud de su carácter preferente, *siempre es ordinario* (modelo del Código de 1940) o especial por razón de la función (modelo del Código de 1991), en cuya virtud el órgano de enjuiciamiento necesariamente es colegiado e ineludiblemente se cumplen los principios de oralidad, contradicción y publicidad.

IV. COMPETENCIA FUNCIONAL

1. CONCEPTO

Como quiera que el proceso se desenvuelve en una serie ordenada de etapas o fases e importa, por tanto, la intervención de distintos órganos jurisdiccionales, la competencia funcional, a juicio de Giovanni LEONE, determina la distribución de la jurisdicción penal en relación a las fases de desarrollo de la relación procesal penal o a particulares actividades(64).

Su nota más característica es su carácter *automático y derivado*, según el órgano de la primera instancia y el cauce procedimental que se esté siguiendo. MORENO CATENA precisa que depende del tribunal que resulte territorial y objetivamente competente para resolver en un concreto proceso y opera en forma automática(65).

2. MANIFESTACIONES DE LA COMPETENCIA FUNCIONAL

Las principales manifestaciones de la competencia funcional se circunscriben a: 1) La distribución de los roles de los órganos jurisdiccionales durante las etapas de investigación y de enjuiciamiento; 2) El conocimiento de los recursos devolutivos; 3) Las cuestiones de competencia; y, 4) La ejecución de las sentencias.

---

(64) LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 361.

(65) En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 126.

A. La instrucción y el enjuiciamiento

En el Código de 1940, que encarga la instrucción –y la resolución de los incidentes producidos en su tramitación– a un Juez Instructor y el Juicio Oral a un Tribunal Correccional, reconoce con esta distinción la distinta finalidad específica de cada una de estas etapas procesales. El Código de 1991, en cambio, encarga al Juez Penal la jurisdicción preventiva y el enjuiciamiento, entregando al Fiscal la titularidad de la etapa procesal de investigación.

Una vez establecido el Juez Penal –llamado Juez instructor hasta la entrada en vigor de la actual LOPJ en noviembre de 1991– en atención a la competencia material, la competencia del Tribunal Correccional –hoy denominado Sala Penal Superior– es automática: es el órgano superior en grado del mismo Distrito Judicial al que pertenece el primero de los nombrados. En las faltas, sin embargo, se atribuye a un solo órgano jurisdiccional, el Juez de Paz, el conocimiento de la instrucción y del enjuiciamiento; modelo que lamentablemente se ha extendido para el caso de los jueces penales a los delitos menos graves, que son la inmensa mayoría, en el juicio sumario.

B. Los recursos devolutivos

*El princi*pio que rige para la competencia de los tribunales judiciales por razón del grado, es el de la determinación ineludible de la competencia del tribunal de alzada cuando se ha fijado la del juez inferior. Si la causa –explica CLARIÁ OLMEDO– se radica ante el juez de una determinada circunscripción, en la alzada ha de entender el tribunal al cual la ley le haya atribuido competencia dentro de esa misma circunscripción o de una más amplia comprensiva de esta[66].

El recurso de apelación contra las resoluciones de los Jueces de Paz, corresponde a los Jueces de Paz Letrados. Contra las decisiones expedidas por estos últimos, compete a los Jueces Penales. La Sala Penal Superior conoce de las apelaciones de autos interlocutorios y definitivos y de sentencias dictadas por los Jueces Penales. La Sala Penal Suprema es competente para conocer de los recursos de nulidad contra las resoluciones emitidas por las Salas Penales Superiores. Este modelo es similar en el Código de 1991, con la diferencia de que según la decisión impugnada la apelación lleva la denominación de elemental, superior y suprema (art. 339°); además, la Corte Suprema conoce del recurso de casación contra las sentencias y autos que importen sobreseimiento expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores (art. 350°). Las Salas Penales, superiores y suprema, conocen de las quejas de derecho por denegatoria del correspondiente recurso impugnativo

(66) CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, pp. 217-218.

(apelación, nulidad o casación, según el caso). La Sala Penal Suprema, en el Código de 1991 tiene el conocimiento de la acción de revisión, la cual es de competencia de la Sala Plena del Supremo Tribunal en la legislación vigente.

C. Las cuestiones de competencia

Para conocer la inhibición o la recusación de un Juez Penal, es competente la Sala Penal Superior correspondiente (arts. 33° del Código de 1940 y 52° del Código de 1991). Si la inhibición o la recusación es de un Juez de Paz, conoce de ella el Juez Penal. En cambio, si la inhibición o recusación es contra un vocal de la Sala Penal Superior o Suprema, conoce de ella la propia Sala a la que pertenece el vocal, integrándose con el llamado por ley (arts. 40° del Código de 1940 y 21°.8 y 22°.8 del Código de 1991).

En cuanto a las demás *cuestiones de competencia*, estas son resueltas por el órgano jurisdiccional superior común. Si se trata de contiendas de competencia, declinatoria de jurisdicción o transferencia de competencia de jueces penales de diverso Distrito Judicial o de Salas Penales Superiores, el conocimiento de las mismas corresponderá a la Corte Suprema (art. 28° del Código de 1940), mientras que si se trata de estos mismos casos, pero de jueces penales del mismo Distrito Judicial, decidirá la Sala Penal Superior común. Los supuestos de conexión y acumulación se tramitan como incidentes, por lo que el Superior Jerárquico conocerá de la impugnación interpuesta contra la resolución interlocutoria emitida por el Juez Penal.

D. La ejecución de sentencias

En estos casos, la competencia corresponde al Juez Penal que tuvo a su cargo la instrucción (Código de 1940) o la jurisdicción preventiva y juzgamiento (Código de 1991). Así consta del art. 337° del Código de 1940 y del numeral 395° del Código de 1991. La decisión de los beneficios penitenciarios disuelta la figura del Juez de Ejecución Penal, corresponde al Juez Penal que conoció de la instrucción o de la jurisdicción preventiva.

V. CARÁCTER Y TRATAMIENTO PROCESAL DE LA COMPETENCIA OBJETIVA Y FUNCIONAL

Según lo dispuesto en el art. 25° del Código de 1991 y lo afirmado unánimemente por la doctrina procesal, las normas sobre competencia objetiva y funcional son imperativas. Son de *jus cogens* y no pueden ser derogadas aun cuando medie acuerdo de las partes, de ahí la denominada improrrogabilidad de la jurisdicción penal.

En tal virtud, corresponde al órgano jurisdiccional apreciar de oficio su competencia objetiva y funcional. Tratándose de un presupuesto de validez del proceso, aun cuando el Código de 1991 radique en las partes la interposición de las cuestiones de competencia, ello no obsta al Juez a tomar parte activa en la determinación de la competencia. Por consiguiente, si iniciada una instrucción o aprobado el auto de apertura de investigación, el Juez Penal detecta que no es competente debe promover la correspondiente contienda de competencia en caso exista proceso abierto ante otro órgano jurisdiccional de igual jerarquía o inhibirse en favor del juzgado competente en caso no exista instrucción abierta en esa judicatura. No cabe, por lo demás, promover contiendas entre jueces y tribunales subordinados, en cuyo caso el Juez inferior debe consultar al juez superior si le remite el proceso y, en su caso, el Juez Superior ordenar al inferior a que le eleve el proceso (arts. 26° del Código de 1940, así como 39° y 41° del Código de 1991). El nuevo Código de 1991 también contempla similares posibilidades en el caso del Ministerio Público, en tanto que la Fiscalía tiene el señorío de la etapa de investigación (arts. 29° y 36°).

Por otro lado, el carácter necesario de las normas en referencia autoriza a las partes a denunciar tanto su falta como la inadecuación del procedimiento que se estuviera siguiendo. En tal virtud, pueden dirigirse al juez incompetente como al juez que estiman legalmente competente para requerir que la causa sea vista por quien corresponda, según las reglas pertinentes o, también, podrán requerir al juez o fiscal incompetente para que se inhiba del conocimiento del caso y lo remita al designado por la ley (arts. 24°, 27° y 28° del Código de 1940, así como numerales 29°, 31° –declinatoria–, 36°, 37° y 40° –contienda– del Código de 1991).

Capítulo VII
COMPETENCIA PENAL (II)

SUMARIO: I. Competencia territorial: 1. Introducción. 2. Fueros ordinarios generales. 3. Fueros ordinarios especiales. 4. Fueros extraordinarios. 5. Carácter y tratamiento procesal de la competencia territorial. **II.** Cuestiones de competencia: 1. Concepto. 2. Declinatoria de competencia. 3. Transferencia de competencia. 4. Contienda de competencia. **III.** Conexión procesal: 1. Aspectos generales. 2. Elementos de la conexión procesal. 3. Conexión y reglas de la competencia. **IV.** Inhibición y recusación: 1. Concepto y función. 2. Causas de inhibición y recusación. 3. Procedimientos de la abstención o inhibición y la recusación.

I. COMPETENCIA TERRITORIAL

1. INTRODUCCIÓN

Esta competencia estudia, anota TOMÉ PAULE, el conjunto de normas que distribuyen el conocimiento de los procesos penales en los casos en que existen multiplicidad de órganos jurisdiccionales de la misma categoría[67]. Comoquiera que existen numerosos órganos jurisdiccionales, de la misma categoría, distribuidos en todo el territorio nacional (Juzgados de Paz, Juzgados Penales y Salas Penales Superiores), es del caso determinar puntualmente el órgano jurisdiccional llamado a resolver sobre cada proceso penal.

La competencia territorial se determina, como señala MORENO CATENA, en base a criterios competenciales denominados *fueros,* que ponen en relación a un determinado Juzgado o Sala con los hechos delictivos con los que se procede[68]. Estos criterios, dice ARAGONESES MARTÍNEZ, se configuran siempre *ex lege*, lo que impide la atribución por sumisión o aquiescencia de las partes[69].

---

(67) En: ALMAGRO NOSETE / TOMÉ PAULE: *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, cit., p. 64.

(68) En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 136.

(69) En: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit., p. 106.

Siguiendo la doctrina alemana explicitada por Juan Luis GÓMEZ COLOMER[70], podemos clasificar los fueros en ordinarios y extraordinarios. En el *primer nivel,* fueros ordinarios, se encuentran los fueros ordinarios generales y los fueros ordinarios especiales. En el *segundo nivel,* fueros extraordinarios, se encuentran el fuero de la conexión y el fuero del encargo superior.

2. FUEROS ORDINARIOS GENERALES

Los fueros ordinarios generales están integrados por dos Fueros: el primario o preferente y los secundarios. Los arts. 19° del Código de 1940 y 17° del Código de 1991 comparten este criterio competencial.

A. El fuero primario o preferente

Está referido al lugar de comisión del delito: *forum delicti comissi.* Su determinación puede parecer sencilla, sin embargo, a menudo se presentan problemas de radicación de la competencia en los delitos de imperfecta ejecución, en los delitos de omisión, en los delitos de peligro, en los delitos a distancia e, inclusive, en los delitos de resultado.

En principio, el art. 5° del Código Penal, siguiendo las enseñanzas de BINDING, define el lugar de comisión incorporando la teoría de la ubicuidad. En tal virtud, lugar de comisión "(...) es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar o en el que se producen sus efectos". Si se trata de tentativa, el lugar de comisión será tanto donde tuvo lugar la acción (comisiva u omisiva) como el lugar donde, de acuerdo con la intención del agente, debería producirse el resultado. Los actos de participación deben ser considerados cometidos tanto en el lugar de la infracción principal, como donde son realizados.

En los delitos de tránsito, sobre supuestos nacionales –hechos delictivos que se realizan en provincias diversas, asumiendo la perspectiva del Derecho europeo–, es de entender que la competencia se radicará en el lugar donde se consuma la infracción. Empero, tratándose de delitos de tránsito entre países, como recuerda HURTADO POZO, el modelo escogido por el Código de Bustamante es que cada Estado puede castigar el acto realizado en su país, si constituye por sí solo un delito[71].

En los casos de autoría mediata debe entenderse como competente el órgano jurisdiccional donde actúa el autor mediato o finalmente el lugar en

---

[70] GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *El proceso penal alemán,* Bosch, Barcelona, 1985, pp. 62-63.

[71] HURTADO POZO: *Manual de Derecho penal,* cit., p. 218.

el que el resultado se produce o debía producirse. En los delitos de omisión el lugar de hecho es solo el lugar en que el autor tenía que haber actuado. En los delitos de varios actos es suficiente la comisión de cualquiera de ellos. Los delitos de peligro abstracto son en sí simples delitos de actividad, por lo que es decisivo en ellos el lugar donde se comete la acción típica. El delito continuado se entiende cometido en cualquier lugar donde se haya perpetrado algún acto singular. En los delitos de peligro concreto, el resultado es ya la producción del peligro[72].

B. Los fueros subsidiarios

En caso que desde el inicio o que en el curso de la actividad procesal no se pueda establecer con precisión el lugar de comisión de la infracción penal, el Código de 1991 prescribe, en primer lugar, que debe estarse al lugar de producción de los efectos del delito. Se trata de una regla muy propia de un modelo base que asume la teoría de la acción, lo que obviamente no guarda armonía con lo dispuesto por el Código Penal; sin embargo, se debe atender en este caso a los supuestos de agotamiento del delito y de los perjuicios causados por el delito.

En rigor, el primer fuero subsidiario es el lugar donde se hayan descubierto las pruebas materiales del delito. En su defecto, el lugar de detención del imputado; y, finalmente, el lugar de domicilio de este último. Se trata, como recuerda GARCÍA RADA, de criterios pragmáticos ordenados jerárquicamente, que se aplican uno en defecto de otro[73]. MIXÁN MASS, en el mismo sentido, acota que se trata de reglas de aplicación subsidiaria, empezando por la primera; de modo que si no es posible aplicar la primera, se examinará la posibilidad de aplicar la segunda; en defecto de esta, se pasará a la tercera y si tampoco es así, a la cuarta regla[74].

3. FUEROS ORDINARIOS ESPECIALES

Están sujetos a un régimen especial: a) los delitos cometidos con propósito terrorista; b) los delitos cometidos en medios de transporte; y, c) los delitos cometidos en el extranjero.

El Decreto Ley N° 25475, establece que, en los delitos cometidos con propósito terrorista, los magistrados asumen competencia a nivel nacio-

---

(72) JESCHECK, Hans Heinrich: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1981, Vol. I, pp. 239-241.

(73) GARCÍA RADA, Domingo: *Manual de Derecho procesal penal*, EDDILI, Lima, 1984, pp. 51-52.

(74) MIXÁN MASS, Florencio: *Derecho procesal penal*, Ankor, Trujillo, 1982, T. I, p. 322.

nal, sin observar el lugar de comisión del hecho delictuoso (art. 17°). El juzgamiento y, en rigor, el proceso en su conjunto se somete a un circuito especial regionalizado, pues la competencia de los órganos judiciales está radicada en aquellos Distritos Judiciales que cuentan con tres o más Salas Especializadas, donde se instalan Mesas de Partes exclusivas para esos delitos (2ª y 6ª Disposición Final).

Respecto a los delitos cometidos en un medio de transporte, sin que sea posible determinar con precisión la competencia territorial, corresponde el conocimiento de los hechos al Juez del lugar de llegada más próximo (arts. 193° del Código de 1940 y 18° del Código de 1991).

Si el delito se ha cometido fuera del territorio nacional, el art. 19° del Código de 1991 incorpora tres reglas de aplicación subsidiaria para la determinación de la competencia: 1. El Juez del lugar donde el imputado tuvo su último domicilio en el país; 2. El Juez del lugar de llegada del extranjero; o 3. El Juez del lugar donde se encuentre el imputado al momento de promoverse la acción penal.

4. FUEROS EXTRAORDINARIOS

Están formados por dos grupos distintos de fueros. El primero es el Fuero de la conexión y el segundo es el Fuero del Encargo Superior.

A. El fuero de la conexión

Está sujeto a dos principios, sea cuando se acumulen acciones o procesos. En primer lugar, rige el *fuero del delito más grave*, que es el criterio preferente, aceptado por ambos Códigos (arts. 20° del Código de 1940 y 26° del Código de 1991). En segundo lugar, en defecto del primero, cuando se trata de delitos de igual gravedad, el Código de 1940 utiliza un criterio temporal basado en el último delito cometido, mientras que el Código de 1991 utiliza el *fuero de la prevención*, es decir, por el órgano judicial que inició primero las actuaciones procesales.

B. El fuero del encargo superior

Salvo el caso de conexión, se alteran las reglas comunes de competencia en tres supuestos básicos, en que el superior puede fijar una competencia distinta. Son los siguientes: 1. Por transferencia de competencia, que se presenta cuando ocurren circunstancias insalvables que impiden o perturban gravemente el normal desarrollo del proceso (art. 33° del Código de 1991). 2. Por inhibición o recusación, al presentarse una causal o motivo concreto

que haga dudar de la imparcialidad del magistrado (arts. 32° del Código de 1940 y 52° del Código de 1991). 3. Por reenvío en los recursos de apelación, nulidad o casación, según sea el caso, donde el Superior decide reenviar la causa a otro Juez, distinto del originario (arts. 299° del Código de 1940 y 357°.2 del Código de 1991).

5. Carácter y tratamiento procesal de la competencia territorial

Las normas de competencia territorial tienen un carácter necesario, aunque no acarrean nulidad de actuados, a tenor del art. 20° del Código de 1991. El examen de la competencia territorial puede ser de oficio o por denuncia de parte. Lo primero se da en el caso de la contienda de competencia y acumulación. Lo segundo es posible en las declinatorias de competencia y en las transferencias de competencia, ambas sujetas a denuncia exclusiva de parte. También es posible promover, a pedido de parte, contiendas de competencia y acumulación. Ante una situación como la propuesta, el juez puede sostener su competencia como apartarse del conocimiento de un proceso.

II. CUESTIONES DE COMPETENCIA

1. Concepto

Las cuestiones de competencia surgen en el proceso cuando durante la tramitación de un proceso o procesos se presentan problemas sobre la determinación de la competencia[75]. Dos son las hipótesis en que se dan: *positiva*, cuando dos o más jueces simultáneamente toman conocimiento del mismo delito y pretenden conocer de él; *negativa*, cuando dos o más jueces simultáneamente rehúsan tomar conocimiento del mismo delito. Estas cuestiones se promueven mediante decisión fundada y con la intervención del Ministerio Público (art. 91°, incs. 1, 2 y 3 de la LOMP).

El Capítulo IV del Título II del Código de 1991 identifica como cuestiones de competencia la declinatoria de competencia, la transferencia de competencia, la contienda de competencia, la conexión y acumulación y la inhibición y recusación. Estas dos últimas, por referirse a supuestos propios, vinculados, de un lado, a una pluralidad de delitos y, de otro lado, a cuestionamientos a la imparcialidad judicial, se analizan independientemente, tanto más si en ambas no se cuestiona la competencia territorial.

---

(75) Oré Guardia, Arsenio: *Manual de Derecho procesal penal*, Alternativas, Lima, 1996, p. 117.

2. DECLINATORIA DE COMPETENCIA

El Código de 1940 la denomina *"declinatoria de jurisdicción"*, cuando en rigor lo que se cuestiona es la competencia concreta del juez en un caso determinado. El presupuesto de esta institución, que a tenor del art. 27° solo puede ser interpuesta por el imputado, el Ministerio Público y la parte civil, estriba en que el Juez Penal no sea el competente territorialmente para el conocimiento de un delito concreto, en cuya virtud persigue que este, en mérito del requerimiento de parte, se abstenga de conocer del proceso y sea enviado al Juez Penal competente.

El Juez Penal, ante el pedido de parte, tiene dos alternativas: a) si considera que, en verdad, no es competente, remite los actuados al Juez competente; y, b) si considera que el requerimiento es infundado y que, en puridad, es competente para conocer del caso que instruye, forma el cuaderno respectivo y sin suspender la instrucción, eleva la excepción propuesta al Tribunal Superior adjuntando un informe donde debe precisar los motivos en que funda su competencia. Señala el art. 28° que el Tribunal Superior resolverá la excepción de jurisdicción sin más trámite que la audiencia al Fiscal (está facultado inclusive para pedir la instrucción si considera insuficiente las copias elevadas por el Juez Penal). Contra la resolución que emita definiendo la fundabilidad o infundabilidad de la competencia del Juez Penal procede recurso de nulidad[76].

La jurisprudencia ha establecido que esta excepción singular solo puede deducirse hasta antes que culmine la instrucción[77]. Además, ha precisado que una vez deducida, si el juez la considera fundada, debe remitir la instrucción al juez competente; en cambio, si la estima infundada debe elevar un cuaderno al Superior Tribunal, el cual debe ser quien en primera instancia se pronuncie sobre su fundabilidad[78].

El Código de 1991 trae como novedad que también se cuestiona la competencia del Fiscal. Comoquiera que el Ministerio Público tiene el señorío de la investigación, el Código somete al Fiscal a similares criterios competenciales que los definidos para el Juez. La declinatoria procede, en principio, contra un Fiscal incompetente por razón de materia, jerarquía o de territorio y, obviamente, será procedente en la medida en que la causa se

---

[76] Ejecutoria Suprema de 20 de octubre de 1994, Exp. N° 27-94, Arequipa.

[77] *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1966, Lima, p. 1368.

[78] Ejecutorias Supremas de 18 de enero de 1993, Exp. N° 11-92-B, Callao (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias Supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 303-304) y de 3 de octubre de 1994, Exp. N° 28-94, Arequipa (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias Supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 304-305).

encuentre en la etapa de investigación, de titularidad fiscal. Se extiende la personería para deducir esta cuestión al tercero civil. El Fiscal, sea que la estime fundada o infundada, debe resolverla directamente mediante resolución fundamentada. Contra esta resolución solo procede recurso de apelación, que la resolverá el Fiscal Superior. Una vez que el Fiscal Superior ha absuelto el grado, en caso sea fundada, se remitirá lo actuado al Fiscal competente, con conocimiento del Juez que previene y de los demás sujetos procesales.

Esta excepción también puede ser interpuesta cuando la causa se encuentra a cargo del Juez Penal o Sala Penal Superior, durante la etapa intermedia. Solo procede hasta la conclusión de los actos preparatorios para el juicio oral. Una vez que se ha interpuesto, previo traslado de las partes contrarias y del dictamen fiscal, el Juez o la Sala Penal, según el órgano jurisdiccional que tiene a su cargo esa etapa procesal, la resolverá expidiendo la resolución que corresponda. Contra esta resolución procede recurso de apelación. Una vez que la decisión judicial ha quedado firme, en caso que se ha estimado que otro juez es el competente, recién se procede a remitirle la causa, con conocimiento de los demás sujetos.

El art. 32° del Código de 1991 prescribe que los actos procesales válidamente realizados antes de la declinatoria conservan su eficacia, entendiéndose que ello no será posible si la incompetencia es por razón de materia (art. 25°) o jerárquica (art. 325°.1).

3. TRANSFERENCIA DE COMPETENCIA

Si bien la norma general es que cada delito debe investigarse y juzgarse en el lugar o territorio donde se cometió, acota MARTÍNEZ RAVE, existen algunas circunstancias especiales que autorizan cambiar el lugar del juzgamiento[79]. El art. 33° del Código de 1991 identifica estas circunstancias insalvables. Son tres: a) que impidan o perturben gravemente el normal desarrollo de la investigación o del juzgamiento; b) que importen un peligro, real o inminente, contra la seguridad o la salud del procesado; y, c) que constituyan un peligro fundado –real o inminente–, capaz de afectar gravemente el orden público.

El *primer motivo* se refiere a la afectación de las garantías procesales de las partes. Ello puede darse, explica Edgar SAAVEDRA ROJAS[80], en los siguientes casos: a) cuando los vinculados en el proceso tienen o tuvieron

---

[79] MARTÍNEZ RAVE, Gilberto: *Procedimiento penal colombiano*, Temis, Bogotá, 1994, p. 169.

[80] SAAVEDRA ROJAS, Edgar: *Constitución, derechos humanos y proceso penal*, Editorial Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1995, pp. 186-187.

una especial trascendencia en la localidad en la que se desarrolla la causa, de suerte que puedan generar manifestaciones colectivas o de los medios de comunicación de tal importancia que pongan en peligro la imparcialidad o la independencia de los fiscales y jueces que conducen el proceso; b) cuando en el lugar del proceso existan razones de amistad o temor que impidan el efectivo ejercicio del derecho de defensa de las partes al punto de conculcarles las garantías procesales de origen constitucional o legal; o, c) cuando hay intereses políticos, morales, religiosos o de circunstancias similares, en los cuales la publicidad del juzgamiento puede afectar la seguridad de los sujetos procesales o resulte inconveniente que se debatan aspectos éticos que en esa localidad pudieran tener una especial repercusión negativa en los miembros de la comunidad.

El *segundo motivo,* se circunscribe exclusivamente a la situación personal del imputado. Deben existir circunstancias insalvables que afecten su seguridad o su salud. Tales supuestos se presentan, en primer lugar, cuando sea posible que el imputado sea víctima de venganzas o de personas que quieren "silenciarlas"[81]. En segundo lugar, cuando esté en serio riesgo la salud del procesado, sea por razones de clima, por la altitud de la sede del proceso o por la falta de recursos médicos de la zona, que tengan entidad suficiente en función al padecimiento del imputado para poner en peligro su integridad física.

El *tercer motivo* se limita a la afectación grave del orden público, esto es, a la presencia de circunstancias objetivas que importen una profunda y efectiva alteración de la paz y seguridad en una concreta circunscripción territorial que, por sus propias características, esté en condiciones de impedir la investigación y/o juzgamiento adecuado de las personas u originar sensibles dificultades, lesionándose el debido proceso.

Se trata, en todos los supuestos estudiados, de motivos especialmente problemáticos, en que se ventilan cuestiones de carácter público y de interés general, que son excepcionales. Su interpretación, sin duda, debe ser restringida toda vez que de operar el cambio de radicación del proceso se ocasiona una "(...) mayor dificultad a la actividad probatoria"[82].

En el Código de 1940 y en la legislación especial vigente, no existe norma específica al respecto, salvo la prescrita en el art. 95° de la LOMP que autoriza al Fiscal a solicitar la transferencia de competencia cuando existan motivos como los indicados líneas arriba, empero no hay una norma procesal que detalle los motivos de la transferencia de competencia. Anteriormente,

---

(81) MARTÍNEZ RAVE: *Procedimiento penal colombiano*, cit., p. 170.

(82) ORÉ GUARDIA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 121.

la Ley N° 23414, circunscrita a los delitos exceptuados de tráfico ilícito de drogas, terrorismo y espionaje, permitía el cambio de radicación del proceso, a cargo de la Sala Plena de la Corte Suprema.

No obstante ello, la Corte Suprema ha venido sosteniendo desde la Ejecutoria Suprema de 8 de mayo de 1959 [83] que es posible que la Sala Penal del Supremo Tribunal acuerde la transferencia de competencia en atención a lo dispuesto en el art. 89° del Código de 1940, que autoriza al Tribunal por razones de conveniencia a cambiar de juez, así como porque "(...) tiene amplia potestad para transferir la jurisdicción en los procesos penales" [84].

Señala MIXÁN MASS que, para la jurisprudencia la transferencia ha procedido por razones de enfermedad del imputado e inclusive porque por el elevado número de acusados, la Sala respectiva carecía de un recinto adecuado [85]; de igual manera, la transferencia se ha acordado cuando en la localidad no existen médicos especializados a fin de que realicen la pericia ordenada actuar para determinar la situación jurídica del imputado [86].

GARCÍA RADA explica que la transferencia solo puede disponerla la Corte Suprema, porque altera sustancialmente las reglas de la competencia y una vez decretada, así desaparezcan los motivos que determinaron el cambio de radicación del proceso, es definitiva [87].

Según el art. 34° del Código de 1991 la transferencia de competencia puede ser solicitada ante el juez de la causa por el Fiscal y el imputado, mediante solicitud fundamentada acompañando la prueba pertinente. Sea que la causa esté dirigida por el Fiscal (etapa de investigación) o por el órgano jurisdiccional (etapas intermedia y de enjuiciamiento), siempre debe ser resuelta por este último. En tal sentido, presentada la solicitud, se forma el cuaderno correspondiente y se corre traslado a los demás sujetos procesales por el término de cinco días. Culminado este trámite, según el art. 35°, el cuaderno se eleva a la Sala Penal Superior; en cambio, si la transferencia se solicita a otro juez o fiscal del mismo Distrito Judicial o a la Sala Penal Suprema, si se solicita la transferencia de un Fiscal Superior o de una Sala Penal Superior (art. 21°.4).

---

[83] *Anales Judiciales*, T. LIV, Lima, 1959, p. 164.

[84] Ejecutoria Suprema de 2 de mayo de 1967 (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, N° 291, Lima, 1968, pp. 480-481).

[85] MIXÁN MASS: *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 371.

[86] Ejecutoria Suprema de 10 de noviembre de 1976, Exp. N° 1434-76, Huánuco (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, p. 493).

[87] GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 61.

4. CONTIENDA DE COMPETENCIA

La contienda de competencia o conflicto de competencia surge entre uno o más órganos de la jurisdicción ordinaria. Hay conflicto, apunta LEONE[88], cuando dos o más jueces simultáneamente toman conocimiento del mismo delito (conflicto positivo) o cuando dos o más jueces simultáneamente rehúsan tomar conocimiento del mismo delito (conflicto negativo). También se presenta conflicto o colisión de competencias cuando se trata de delitos conexos, cuando los jueces que son competentes para conocer los diversos delitos cometidos en conexidad hayan iniciado simultáneamente diversos procesos penales, cuando en realidad por el fenómeno de la conexidad sólo debe existir uno[89]. La Corte Suprema ha establecido que mientras la declinatoria compete promoverla a los interesados, la contienda se promueve por los jueces que conocen una instrucción, contra la misma persona y por los mismos hechos o conexos[90].

Las contiendas de competencia se promueven exclusivamente por los Jueces y Tribunales[91]. Sin embargo, el órgano jurisdiccional puede decidir entablarla cuando tenga conocimiento que otro de igual categoría comprende en la instrucción o en el proceso al mismo inculpado o instruye o juzga sobre el mismo delito o sobre delitos conexos, ya sea de oficio o a instancia de parte, mediante solicitud fundamentada. El conocimiento de la existencia de otro proceso por el mismo delito o por delitos conexos puede verificarse por información proporcionada por las partes o por información obtenida por el mismo órgano jurisdiccional. Lo que el juez no puede hacer es, de plano, inhibirse alegando incompetencia territorial[92].

El procedimiento incidental que origina el conocimiento de la existencia de otro proceso contra el mismo imputado por el mismo delito o por delitos conexos no interrumpe el curso del procedimiento principal. Los momentos del trámite incidental son los siguientes:

1) Se inicia con el oficio que el primer Juez o Tribunal cursa al Juez o Tribunal de la misma categoría comunicándole la existencia del proceso en su oficio judicial y los motivos que ha tenido para avocarse a la instrucción, dejando copia en autos (art. 23° del Código de 1940).

---

(88) LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 390.

(89) SAAVEDRA ROJAS: *Constitución, derechos humanos y proceso penal*, cit., p. 191.

(90) Ejecutoria Suprema de 19 de marzo de 1992, Exp. N° 17-91, Lima (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias Supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 309-310).

(91) *Revista de los Tribunales*, 1933, Lima, p. 10.

(92) Ejecutoria Suprema de 7 de diciembre de 1978, Exp. N° 199-78, Ica (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. II, pp. 119-120).

2) Este segundo Juez o Tribunal analizará si, en atención a la información remitida por el primer Juez o Tribunal, le corresponde o no el conocimiento de la instrucción que tiene a su cargo. En caso encuentre que la causa no le corresponde se inhibirá del conocimiento de la misma y con conocimiento de las partes remitirá lo actuado al juez o Tribunal oficiante. Si las partes están de acuerdo con la inhibitoria, en rigor, no existe contienda alguna[93]; empero, si no están de acuerdo con ella, pedirán a dicho Juez o Tribunal que eleve copia de lo actuado al Superior Tribunal para que decida a qué órgano jurisdiccional compete el conocimiento de la causa (art. 24° C de PP).

3) Por el contrario, si este segundo Juez o Tribunal cree de su deber seguir conociendo en la causa, continuará la instrucción enviando de oficio al Tribunal Superior del que depende el requerimiento y las explicaciones correspondientes (art. 25° C de PP).

4) El Tribunal Superior, sea en el primer caso, a instancia de las partes, o en el segundo caso, decidirá lo conveniente, previa vista fiscal, estando autorizado a pedir inclusive el cuaderno principal. Empero, como reza el art. 28° *in fine* del C de PP, si los Jueces pertenecen a distintos Distritos Judiciales, debe dirimir la contienda de competencia la Sala Penal de la Corte Suprema (art. 34°.3 del TUO de la LOPJ). También corresponde al Supremo Tribunal dirimir la competencia entre Tribunales Superiores, sean o no del mismo Distrito Judicial.

Si ambas magistraturas rehúsan conocer una causa, ya sea porque se desacumuló una causa y se envió un proceso al órgano jurisdiccional de origen y este insiste en que no cabe tal desacumulación[94] o porque ambas judicaturas rechazan el conocimiento de un asunto[95], se instaura la contienda negativa, cuyo trámite es el mismo de la contienda positiva: la resuelve el Tribunal Superior si los juzgados pertenecen al mismo Distrito Judicial o al Tribunal Supremo si pertenecen a distintos Distritos Judiciales.

El Código de 1991 reconoce la contienda de competencia entre Fiscales. El art. 36° estipula que si el Fiscal toma conocimiento –de oficio o por información de parte– que otro Fiscal de la misma jerarquía conoce de la investigación sin que le corresponda, solicitará la remisión de la misma, adjuntando copia de su resolución y de los actuados correspondientes. Si el Fiscal requerido acepta la petición del primer fiscal, remitirá los actuados al

---

[93] Ejecutoria Suprema de 13 de enero de 1972, Exp. N° 59-71, Lima (TARAMONA, José R.: *Compendio de ejecutorias supremas*, Jamse Editores, Lima, 1983, T. III, p. 60).

[94] *Anales Judiciales*, 1945, Lima, p. 307.

[95] *Revista de los Tribunales*, 1946, Lima, p. 416.

Fiscal oficiante, con conocimiento del Juez que previno y de las partes; en cambio, si declara improcedente la remisión, se inicia la contienda (positiva, en este caso), en cuya virtud eleva el cuaderno respectivo, adjuntando las piezas procesales pertinentes de la causa que tramita, al Fiscal Superior Penal, para que resuelva en última instancia.

Si el Fiscal se inhibe (art. 37° CPP), de oficio o a petición de parte, al considerar que la instrucción no le corresponde, remitirá copias de lo actuado al Fiscal competente si hubiere detenido; en caso exista reo libre, remitirá el proceso. Solo si el segundo Fiscal también se inhibe, elevará la causa al Fiscal Superior (contienda negativa).

Las impugnaciones contra las decisiones del Fiscal Provincial solo se admiten en efecto devolutivo. La decisión del Fiscal Superior no es impugnable. El Fiscal Supremo no interviene en ningún caso.

Igual procedimiento se sigue cuando la causa se encuentra a cargo del órgano jurisdiccional, es decir, cuando se recibe la acusación fiscal. Las contiendas propiamente dichas son resueltas previa vista fiscal; si se cuestiona la competencia del Juez Penal, la contienda es resuelta por la Sala Penal Superior, mientras que si se cuestiona la de la Sala Penal Superior, corresponde dirimirla a la Sala Penal Suprema (art. 40° CPP).

La colisión o contienda no es posible cuando se trata de Jueces o Fiscales entre los que existan condiciones de superioridad jerárquica o funcional, porque en este caso siempre la decisión del superior prevalecerá sobre el criterio del inferior [96]. Cuando se trata del inferior, este se limita a consultar al superior si debe remitirle el proceso; en cambio, si es el superior quien toma conocimiento que el inferior conoce de una causa de su competencia, se limitará a ordenarle su remisión (art. 26° del Código de 1940 y arts. 39° y 41° del Código de 1991).

III. CONEXIÓN PROCESAL

1. ASPECTOS GENERALES

Es sabido que la regla general en el proceso penal es que cada delito origina un proceso penal. Sin embargo, esta regla se excepciona en los casos en que existe conexidad, en la que por razones de economía procesal o para evitar decisiones contradictorias que lesionarían el principio de justicia dimanante de la potestad jurisdiccional.

---

[96] SAAVEDRA ROJAS: *Constitución, derechos humanos y proceso penal*, cit., p. 191.

La conexión puede ser material o sustancial y procesal. La conexidad, como su nombre lo indica –anota MARTÍNEZ RAVE[97]–, es el vínculo lógico y sustancial, que se presenta entre dos hechos o delitos. Desde el punto de vista material, existe la conexidad ideológica, la consecuencial y la ocasional. La primera –ideológica– se presenta cuando el sujeto activo del delito realiza una infracción penal como un instrumento medio para poder perfeccionar el delito fin que realmente es el que le interesa y que finalmente lo lleva a cometer el o los diversos hechos punibles, instrumentales, que sean necesarios para conseguir su ilícita finalidad. La segunda –consecuencial– ocurre cuando el sujeto activo, después de la realización de un delito, se ve en la obligación de conservar el producto, ocultar pruebas, o preservar la impunidad del hecho ejecutado, para lo cual perpetra otro u otros hechos delictivos. La tercera –ocasional– se tipifica cuando en el momento y sitio del perfeccionamiento de un delito que era el único inicialmente planeado por el agente, se le presenta la ocasión excepcional para cometer otro que no estaba en sus planes originales[98].

La conexidad procesal está conformada por una serie de reglas, taxativas y no ejemplificativas, contempladas en el Código rituario, que según Mariano H. CORNEJO, en nuestro caso, adoptó el modelo francés[99]. Tiene lugar la conexión entre distintos procesos, apunta MORENO CATENA[100], cuando existan elementos comunes, bien en relación con los imputados (conexidad subjetiva), bien en relación con los hechos delictivos (conexidad objetiva); reglas estas que se establecen en aplicación de principios procesales –economía, evitar sentencias contradictorias, ruptura de la continencia de la causa–, como en aplicación de las normas materiales –concurso de delitos cuya base es la pluralidad de acciones o hechos delictivos–.

2. ELEMENTOS DE LA CONEXIÓN PROCESAL

El art. 21° del Código de 1940 y el numeral 42° del Código de 1991 fija las siguientes reglas:

A. Conexidad subjetiva. Se presenta en dos supuestos: a) cuando varias personas aparecen responsables del mismo hecho punible como autores o partícipes; y, b) cuando varias personas vinculadas por una misma voluntad

---

(97) MARTÍNEZ RAVE: *Procedimiento penal colombiano*, cit., p. 172.

(98) SAAVEDRA ROJAS: *Constitución, derechos humanos y proceso penal*, cit., p. 165.

(99) Citado por GUZMÁN FERRER, Fernando: *Código de Procedimientos Penales*, Cultural Cuzco, Lima, 1982, p. 129.

(100) En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 149.

criminal han cometido diversos hechos punibles en tiempo y lugar diferentes. En estos supuestos el nexo legal corresponde a los sujetos: se dan los casos de concurso de personas en un delito y de concurso de delitos cometidos por una pluralidad de personas, siendo el factor de conexión el vínculo subjetivo, es decir, el concierto existente entre los intervinientes en el delito o delitos.

B. Conexidad objetiva. Se presenta cuando el hecho delictivo ha sido cometido para procurarse los medios de cometer otros delitos, o para facilitar o consumar su ejecución o para asegurar la impunidad. Aquí el nexo concierne a los delitos deducidos en la imputación. Se asumen los supuestos de conexión material, incluyendo los supuestos de conexidad ideológica, consecuencial y ocasional ya estudiados[101].

C. Conexión mixta. Es un supuesto de conexión subjetiva y objetiva, en cuya virtud se consideran conexos los diversos delitos cometidos por una misma persona (concurso real de delitos mediando unidad de agente).

El inc. 4 del art. 42° del Código de 1991 incluye un último supuesto, no contemplado en el Código anterior: la *imputación recíproca*, es decir, cuando existen sendos procesos en los que por los mismos hechos las mismas personas aparecen contradictoriamente como inculpadas en uno y agraviadas en otro. El Supremo Tribunal, en un primer momento mantuvo una posición negativa absoluta, puesto que: en la Ejecutoria Suprema de 21 de abril de 1941[102] señaló que "la recíproca imputación que se hacen varias personas respecto a la comisión de delitos diversos, sin que precediera concierto, no está contemplada como caso de conexión que determine la acumulación de las instrucciones abiertas con motivo de esas denuncias". Sin embargo, posteriormente, matizó esta posición en otra Ejecutoria[103], al señalar que "procede la acumulación de dos instrucciones seguidas contra personas que tienen la condición jurídica de denunciantes en una instrucción y de inculpados en otra, si dichas instrucciones se refieren a hechos ocurridos en un mismo lugar y al mismo tiempo".

Es decir, actualmente la Corte Suprema condiciona la acumulación a la existencia de concierto en los hechos y que se trate de hechos ocurridos en un mismo lugar y al mismo tiempo, que sin embargo merecieron valoraciones jurídicas diferentes, con lo que se cumple el objetivo de evitar decisiones contradictorias y contribuir a la economía procesal. No creemos, pese a la amplitud de lo dispuesto en el nuevo Código, que puedan acumularse im-

---

(101) Es de incluirse el último supuesto por estrictas razones de favorabilidad para el imputado, al incluir nuestro Código Penal el sistema de absorción. Cfr. también: SAAVEDRA ROJAS: *Constitución, derechos humanos y proceso penal*, cit., p. 166.

(102) *El Peruano*, Lima, 6 de agosto de 1941.

(103) *Anales Judiciales*, T. LIV, Lima, 1959, p. 186.

putaciones recíprocas referidas a hechos diferentes y ocurridos en lugares distintos, pues tal interpretación sencillamente lesionaría la *ratio legis* de la norma en comentario.

3. CONEXIÓN Y REGLAS DE LA COMPETENCIA

En rigor, como aclara MORENO CATENA, lo que se produce en los supuestos de conexidad es una acumulación de distintos procesos en un solo procedimiento, que puede suponer una modificación tanto de las normas sobre competencia objetiva como de las normas sobre competencia territorial[104]. Esta acumulación determina, en consecuencia, que se expida una sola sentencia y no dos o más, según el número de procesos acumulados[105].

Es de tener claro, como acota Andrés DE LA OLIVA SANTOS, que las normas sobre la materia están insertas en los códigos rituarios, son normas procesales, puesto que son susceptibles de producir efectos procesales, los que son previos en el tiempo a los penales y condicionantes de estos [106]. La acumulación, tiene fijada la Corte Suprema, responde a la necesidad de aplicar el principio de unidad del proceso en la investigación y enjuiciamiento de los delitos conexos que han originado varios procesos, tratamiento unitario que permitirá un conocimiento integral y coherente de cada conducta perpetrada y de la personalidad del o de los imputados como condiciones indispensables para adecuar la pena y evitar incurrir en resoluciones contradictorias[107]. Genéricamente, la Corte Suprema resolvió que procede la acumulación cuando un solo agente es autor de uno o más delitos, cuando varios agentes aparecen inculpados de un solo delito como autores o cómplices y en los casos de conexiones complejas, cuando hay pluralidad o delitos [108].

En este orden de ideas, el art. 20° del Código de 1940 prescribe que la acumulación de causas por delitos conexos de la misma categoría o de diverso lugar se produce ante el Juez competente para conocer del delito más grave y, en caso de duda, ante el Juez competente respecto del último delito, salvo que el Tribunal Superior de que dependen los jueces penales en conflicto

---

[104] En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 151.

[105] Ejecutoria suprema de 4 de octubre de 1983, Exp. N° 453-83, Cusco (*El Magistrado*, Año III, N° 1, Lima, 1983, pp. 421-423).

[106] DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit., p. 222.

[107] Ejecutoria suprema de 20 de octubre de 1997, Exp. N° 2939-97, Ancash (ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia procesal penal [1996-1998]*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, T. II, pp. 181-183).

[108] Exp. N° 2876, Lima (*Normas Legales*, T. 126, Trujillo, 1984, p. 459).

decida, discrecionalmente, adscribir la causa de diverso modo. Dice el art. 22° que si los jueces pertenecen a Tribunales distintos, la competencia es definida por el Tribunal Superior que previno, por lo que será competente el Juez Penal que ese órgano jurisdiccional designó en su oportunidad.

La Ley N° 10124 completó las reglas de la acumulación por conexión. Estableció: a) que cuando se trata de un solo imputado, que es autor de uno o más delitos, si no hay instrucción por alguno de ellos, la acumulación es obligatoria ante el Juez llamado a conocer del delito más grave[109]; b) que, en todos los demás casos de instrucciones simples (seguidas contra un imputado), señalados en el art. 21° del Código de 1940, la acumulación es facultativa, pero podrá ordenarse siempre que "no redunde en la inútil postergación del juzgamiento de las que ya tuviesen mérito suficiente para ello"; c) que en los casos de conexión subjetiva, cuando varios agentes aparecen como imputados por un solo delito, la acumulación es obligatoria; y, d) que en los casos de conexiones complejas: pluralidad de agentes y de delitos, la acumulación es facultativa, pudiendo ordenarse siempre que no se afecte el juzgamiento de las causas que ya tuviesen mérito suficiente para ello.

De otro lado, la mencionada Ley precisó que las cuestiones sobre acumulación procesal se tramitan por cuerda separada, es decir, en cuaderno aparte sin interrumpir el curso del principal. Las resoluciones que al respecto expida el Tribunal Superior (acumulación o desacumulación de causas) no son objeto de recurso de nulidad.

El Código de 1991 incorpora mayores precisiones en materia de competencia por conexión y de acumulación, a la vez que sienta reglas distintas a las contempladas en la legislación vigente. Sus elementos característicos son los siguientes:

A. La acumulación es obligatoria solo cuando varias personas aparezcan como autores o partícipes del mismo hecho punible. En los demás casos, es facultativa, pero solo procederá siempre que los procesos se encuentren en la misma etapa procesal y no ocasionen grave retardo en la administración de justicia.

B. La acumulación en la etapa de la investigación es resuelta de oficio por el Fiscal o a pedido de algún sujeto procesal. Contra lo resuelto por el Fiscal Provincial procede apelación ante el Fiscal Superior, quien resolverá en última instancia (el texto erróneamente dice "instancia única", cuando en rigor debe decir última instancia, pues el Fiscal Superior conoce en vía de grado).

---

[109] Ejecutoria Suprema de 7 de febrero de 1974, Exp. N° 1844-73, Ayacucho (*Anales Judiciales*, T. LXVI, Lima, 1974, p. 167).

De igual modo cuando las causas se encuentran en sede jurisdiccional, obviamente se deciden, de oficio o a pedido de parte, por el Juez. Contra esa decisión procede recurso de apelación, que es conocido en última instancia por el Tribunal Superior.

La acumulación es imposible, en primer lugar, cuando se trata de procesos abiertos por delitos perseguibles por acción pública y otros por acción privada (no se hace a delitos semipúblicos, en los que obviamente no hay problema en acumularlos si ya se abrió proceso). En segundo lugar, un delito se tramita en la jurisdicción común y el otro en la militar. El art. 28° CPP estatuye que si los delitos están sujetos a distinto trámite procesales, siendo uno ordinario y otro especial, el procedimiento se seguirá de acuerdo al que corresponde a este último. La regla, en cambio, del Decreto Legislativo N° 124, del procedimiento sumario, es que el trámite que ha de imprimirse una vez acumulados los procesos, es el que corresponde al delito más grave.

Durante el trámite incidental vinculado a la acumulación o desacumulación de procedimientos, que se extiende a todas las cuestiones de competencia, reza el art. 49° CPP, está permitido resolver sobre la libertad o detención del procesado, así como actuar diligencias de carácter urgentes e irrealizables ulteriormente.

F. En los supuestos de conexión, la competencia se determina según pautas específicas. Así tenemos: a) si se imputa a una persona la comisión de varios delitos, corresponde conocer al Fiscal o Juez que conoce del delito más grave; en su defecto, corresponde el conocimiento de la causa que habrá de acumularse al Fiscal que tiene la investigación más avanzada o al Juez que primero recibió la acusación; b) si se imputa a varias personas la comisión de un delito, corresponde conocer, subsidiariamente, por la fecha de comisión del delito, por el turno al formularse la denuncia o por quien tuviera la investigación más avanzada; en caso de investigaciones realizadas en distintos distritos judiciales, prima la regla del territorio; c) si se imputa a varias personas haber realizado conjuntamente varios delitos o, en el caso de imputaciones recíprocas, conoce unitariamente el competente respecto del delito más grave, y en su defecto el Fiscal que tiene la investigación avanzada o el Juez que primero recibió la acusación; y, d) si se imputa la comisión de delitos en relación de medio a fin o para asegurar la impunidad, es competente el Fiscal o Juez que conoce del delito con pena más grave. Si la duda subsiste, pese a todas las pautas preestablecidas, el art. 27° CPP tiene una norma subsidiaria general: el principio de prevención, en cuya virtud es competente, para conocer la causa acumulada, el Fiscal que inició primero la investigación.

IV. INHIBICIÓN Y RECUSACIÓN

1. CONCEPTO Y FUNCIÓN

Una de las mayores ambiciones en el campo judicial, consiste en que los magistrados gocen de completa independencia y además actúen con absoluta imparcialidad eliminando toda causa que pueda inclinar, aun inconscientemente, su decisión[110]. En tal virtud, se considera que cuando los jueces –incluimos a los Fiscales en tanto tienen a su cargo la etapa procesal de investigación del delito– poseen una especial relación con las partes o con el objeto del proceso que suscita recelo sobre su imparcialidad, la Ley dispone que deben abstenerse (o inhibirse) de conocer ese caso concreto o, en su defecto, pueden ser recusados[111].

La inhibición y la recusación compromete la competencia funcional del magistrado, por lo que la presencia de las causales que la hacen operativa constituyen un vicio de competencia. Por ello, ambos institutos están vinculados al tema de la competencia, desde que en sustancia implican derogación a las normas acerca de la competencia. Tienden a actuar el principio de la independencia del juez, facultándolo o constriñéndolo a no conocer de un proceso cuando concurran situaciones que podrían afectar a su serenidad[112]. El Tribunal Constitucional tiene sentado que este instituto "(...) está destinado a cuestionar la imparcialidad e independencia del juez en la resolución de la causa y que aun habiendo un amplio reconocimiento al Juez natural –nosotros diríamos Juez legal–, si se restringiera irrazonablemente la posibilidad de recusar a los jueces del proceso, el ejercicio del derecho no encontraría posibilidad de manifestarse en los hechos" (STC, Exp. N° 010-2002-AI/TC, Asunto Marcelino Tineo Silva y otros, de 3 de enero de 2003, párr. 112)[113] de suerte que es inconstitucional toda norma que prohíba razonable y desproporcionadamente la posibilidad de ejercer el derecho de recusación.

Definimos la inhibición o la abstención como el acto procesal mediante el cual el Juez, o en su caso el Fiscal, se aparta voluntariamente del conocimiento de una causa cuando existen causales previstas en la ley que cuestionen su imparcialidad. La recusación, a nuestro entender, es el acto

---

(110) MARTÍNEZ RAVE: *Procedimiento penal colombiano*, cit., p. 185.

(111) ARAGONESES MARTÍNEZ, en: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit., p. 118.

(112) LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. I, pp. 371-372.

(113) *El Peruano*, Lima, 4 de enero de 2003, pp. 236530-236553.

procesal por el cual las partes legitimadas en el proceso tachan al Juez o al Fiscal al ofrecer dudas su imparcialidad por estar incursos en las causales taxativamente contempladas en la ley. Así lo ha entendido la Corte Suprema al decir: "la inhibición es un acto de *motu proprio* que corresponde a los magistrados, por lo que ninguna de las partes de un proceso está facultado para solicitarla, ya que si duda de la imparcialidad de la autoridad jurisdiccional puede hacer uso de los recursos previstos en nuestro ordenamiento penal adjetivo"[114].

El objeto de estas instituciones es apartar al juez o al fiscal del conocimiento del caso en que intervienen, de ahí que se sostenga que alteran las reglas de competencia, porque entrega el proceso a quien no era llamado a conocer cuando ocurrió el evento[115]. Por tanto, tiene un fundamento constitucional, es decir, impedir que pueda dictar resoluciones en un proceso concreto un Juez respecto al que existen dudas acerca de su imparcialidad[116].

La recusación, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, es un derecho de las partes para garantizar la imparcialidad judicial, mientras que la inhibición o abstención es un deber de los magistrados de apartarse voluntariamente del conocimiento de un proceso cuando se percatan que se encuentran incursos en una causal de separación regulada en la ley.

En el Código de 1940 el Fiscal no es recusable, aunque está obligado a excusarse si se dan los motivos de duda fijados por la ley (art. 19 de la LOMP); en cambio, en el Código de 1991 sí es posible recusar al Fiscal, puesto que –como ya se apuntó– tiene a su cargo la etapa procesal de la investigación.

2. CAUSAS DE INHIBICIÓN Y RECUSACIÓN

Tres son las causas que justifican la inhibición y la recusación. En primer lugar, cuando el Juez o Fiscal, directa o indirectamente, tengan interés en el proceso o lo tuvieran sus parientes. En segundo lugar, cuando existe una relación patrimonial con el imputado, el agraviado o el tercero civil. En tercer lugar, cuando hayan intervenido anteriormente como Juez o Fiscal en el proceso, o como testigo o abogado de alguno de los sujetos procesales. Estas causales, en rigor, como enseña MORENO CATENA, traslucen objetivamente una regla de la experiencia de posible parcialidad, de forma tal que pueden

---

[114] Ejecutoria Suprema de 19 de mayo de 1988. Exp. N° 84-82 (en: *Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2001, p. 168).

[115] GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 64.

[116] GÓMEZ COLOMER: *El proceso penal alemán*, cit., p. 64.

hacer dudar de la posición exigible al juzgador[117]. Se trata, apunta CLARIÁ OLMEDO, de criterios objetivos cuyo alcance no puede contradecirse, ni sus efectos evitarse[118].

El art. 29° del Código de 1940 asume una fórmula casuística respecto a las denominadas "razones de interés, de parentesco o situaciones asimiladas", que el Código de 1991, con mejor fortuna, incorpora con una mayor generalidad al mencionar las razones de interés o de parentesco. En tal virtud, el viejo Código precisa si se es agraviado del hecho delictuoso, si se es testigo del mismo, o si son parientes de las partes, inclusive de naturaleza espiritual y por afinidad –aun cuando en este último supuesto el vínculo conyugal haya cesado–, el Juez debe apartarse del conocimiento del proceso. El interés a que se refiere el art. 50° inc. 1 del Código de 1991 puede ser directo o indirecto del funcionario judicial o de sus parientes o asimilados –conviviente o compañero permanente–; asimismo, puede ser de cualquier clase –económico, sexual, ideológico, etc.– que pueda perturbar la imparcialidad exigida para los juzgadores[119]. Debe tenerse en cuenta, en suma, todo aquello que en definitiva haya de redundar posiblemente en daño o beneficio del juez del proceso[120].

La otra causal es la de ser acreedores o deudores del imputado o agraviado (el nuevo Código incluye al tercero civil). Se trata de una relación económica, obviamente de un valor más o menos apreciable, que pueda inclinar al juzgador. Por ello, GARCÍA RADA apunta que en cada caso al juez corresponde examinar la relación económica con las partes y según eso abstenerse o mantener su jurisdicción[121].

La última causal se refiere a un vínculo profesional directo con la causa: si se ha intervenido en el proceso como juez o fiscal, perito, testigo o abogado de las partes. En cuanto al primer supuesto es de precisar que la intervención en el proceso, básicamente durante la actividad instructora, debe tener determinada entidad para estar incurso en la referida causal de inhibición o recusación, por lo que, como señala GIMENO SENDRA[122] siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se hace obligatorio determinar en cada caso concreto la naturaleza del acto investigatorio asumido por el órgano jurisdiccional y si su realización pudo

---

(117) En: MORENO CATENA *et al.*: *Introducción al Derecho procesal*, cit., ed. 1995, p. 82.

(118) CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 243.

(119) MARTÍNEZ RAVE: *Procedimiento penal colombiano*, cit., p. 185.

(120) CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 247.

(121) GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 67.

(122) GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 54-55.

o no comprometer su imparcialidad (intervenir en la instructiva, dictar una medida cautelar, dictar el informe final o una decisión relevante como sería el caso de resoluciones sobre excepciones, etc.). No hay atentado a la imparcialidad objetiva, que es el supuesto de imparcialidad materia de esta causal, según dicha jurisprudencia, en los siguientes casos: a) en la intervención de los Vocales de las Salas Penales al conocer recursos devolutivos contra resoluciones interlocutorias de los Jueces Penales en materias tales como medidas cautelares, excepciones, así como el conocimiento de la fase intermedia, máxime si se repara que el conocimiento de tales recursos se efectúa bajo el cumplimiento del principio de contradicción; y, b) en las sentencias de reenvío dictadas por el Tribunal *ad quem*, declarando la nulidad del juicio oral y su repetición por el mismo órgano de enjuiciamiento.

El Código de 1940 contempla otra causal genérica, basada en lo que en Alemania se denomina "temor de parcialidad". En primer lugar, esa causal contempla supuestos de vínculos legales, intereses o relaciones no contemplados expresamente por la ley, pero por su entidad pueden poner en tela de juicio la imparcialidad del juez (v. gr.: grave enemistad con una de las partes o sus abogados, compadrazgo con algún sujeto procesal o con sus familiares, ciertas relaciones familiares o de estrecha amistad con las partes, sus abogados o sus familiares). En segundo lugar, temor de parcialidad fundada en actitudes personales del juez durante la práctica de actos procesales o negándolo en otros [123]; en este último supuesto una interesante Ejecutoria Superior de Lima señaló que "(...) *por tal se debe entender al conjunto de actos procesales que realiza el Magistrado y que de manera sistemática e intencionada ocasionen perjuicio a una de las partes en beneficio de la otra, siendo el ánimo parcializado la génesis de la conducta*" [124].

Desde la perspectiva de la invocación del motivo de "*temor de parcialidad*", inicialmente la Corte Suprema aceptó que el propio magistrado lo invoque para inhibirse de oficio[125], sin embargo, posteriormente, estimó

---

[123] GÓMEZ COLOMER: *El proceso penal alemán*, cit., p. 65.

[124] Ejecutoria Superior de 27 de setiembre de 2000, Exp. N° 1730-2000-B (ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal y procesal penal [1999-2000]*, Idemsa, Lima, 2002, T. I, pp. 145-146). Interesante resulta, al respecto, la Ejecutoria Suprema de 22 de abril de 2003, recaída en la causa N° 631-2003 - Lima (Inédita). El Supremo Tribunal considera que el "*temor de parcialidad*" no se tipifica, si no se acredita la presencia de una irregularidad funcional en el magistrado recusado, y cuando se cuestiona un acto jurisdiccional concreto no es motivo razonable el que se haya dictado contra los intereses de las partes y, menos, si la decisión cuestionada está debida y ampliamente fundamentada.

[125] Así, implícitamente: Ejecutoria Suprema de 20 de setiembre de 1988, Exp. N° 897-88, Arequipa (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, p. 216). Expresamente, la Ejecutoria Suprema de 31 de enero de 1994, Exp. N° 695-93, Ayacucho (*Normas Legales*, T.

que ello no era posible porque el art. 40° del CPP de 1940 señala que los Vocales solo podrán inhibirse en los casos expresamente señalados en el art. 29°, mas no en el art. 31° del Código acotado[126], posición que ha sido seguida por la Corte Superior de Lima para el caso de jueces penales[127]. Estimamos, por el contrario, que es de tener presente que es más razonable la jurisprudencia anterior, en atención a la función que cumple la institución de la abstención y la recusación, que es precisamente garantizar la imparcialidad y objetividad judicial.

Valorando los aspectos de fondo de este motivo, la Corte Suprema ha establecido que el magistrado debe inhibirse si su ex cónyuge resulta acreedora o deudora del inculpado o del agraviado[128]; si existe parentesco consanguíneo del juez con el abogado de una de las partes[129]; si existe una grave enemistad entre el juez y una de las partes[130] e, inclusive –en una decisión muy antigua–, entre el procesado y el cuñado del juez[131]; si media una relación de compadrazgo con una de las partes[132]; o, si el Juez es cónyuge de una trabajadora de la entidad agraviada[133]. En cambio, no procede la recusación si se formulan apreciaciones jurídicas o estimativas vinculadas a las decisiones del juez y a la que habrá de resolver en su oportunidad[134]; o si se sustenta en un retardo en la administración de justicia[135].

228, mayo, Trujillo, 1995, pp. J22-J23). Con carácter general, la Ejecutoria Suprema publicada en la *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1950, Lima, p. 1288.

(126) Ejecutoria Suprema de 8 de noviembre de 1996, Exp. N° 895-94-B, Lambayeque (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal [1996-1998]*, cit., T. II, p. 184).

(127) Ejecutoria Superior de Lima de 27 de setiembre de 2000, Exp. N° 1730-2000-B (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia penal y procesal penal [1999-2000]*, cit., T. I, pp. 145-146).

(128) Ejecutoria Suprema de 20 de setiembre de 1988, Exp. N° 897-88, Arequipa (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, p. 216).

(129) *Boletín Judicial*, Año I, N° 2, Lima, 1972, p. 116.

(130) Ejecutoria Suprema de 21 de abril de 1981, Exp. N° 3567-80, Junín (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, pp. 84-85).

(131) En: *Anales Judiciales*, 1871, Lima, p. 109.

(132) Ejecutoria Suprema de 30 de marzo de 1970, Exp. N° 1082-69, La Libertad (RONCALLA VALDIVIA, Lino: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, Sesator, Lima, 1984, pp. 64-65).

(133) Ejecutoria Suprema de 23 de junio de 1994, Exp. N° 1001-93-B, Lambayeque (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 308-309).

(134) Ejecutoria Suprema de 5 de marzo de 1991, Exp. N° 961-90, Lima (*Normas Legales*, T. 211, diciembre, Trujillo, 1993, pp. J12-J13).

(135) Ejecutoria Suprema de 27 de diciembre de 1988, Exp. N° 496-88, Lima (RETAMOZO, Alberto y PONCE, Ana María: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Idemsa, Lima, 1994, p. 172). Igualmente, la demora en la programación de diligencias no es, por sí, un

3. PROCEDIMIENTO DE LA ABSTENCIÓN O INHIBICIÓN Y LA RECUSACIÓN

1. La abstención y la recusación dan lugar, cuando media oposición o rechazo, a un procedimiento incidental, cuya característica común es que la resuelve un juez distinto del cuestionado (*vid.* concordancia de los arts. 32° y 33° CPP 1940)[136].

Según el Código de 1940, la abstención o inhibición se produce de oficio o a petición del Ministerio Público. La recusación, por su parte, requiere solicitud expresa, fundamentada y acompañando la prueba pertinente[137] (paralelamente, la inhibición de un magistrado debe indicar la causal en que se funda y no limitarse a ciar la disposición legal pertinente[138]). Por otro lado, en el caso del Juez Penal, si su decisión por la abstención no es aceptada por las partes o no acepta la recusación, que lo hará mediante resolución motivada, lo elevará el incidente al Superior Tribunal, acompañando un informe y el del Fiscal si él no ha promovido la inhibición. En este supuesto, el art. 33°, modificado por la Ley N° 27652, de 24 de enero de 2002, establece que el plazo de la instrucción se suspende hasta que se decida definitivamente el incidente.

2. El Superior Tribunal, en virtud de lo dispuesto en el art. 36° CPP, modificado por la Ley N° 27652, decide previa vista fiscal. El trámite es sumarísimo: remisión en el día del cuaderno al Fiscal, dictamen en el plazo de 24 horas, decisión –sin más trámites– dentro del tercer día, "con o sin dictamen fiscal". La defensa puede solicitar el uso de la palabra, pero debe solicitarse el mismo día de ingreso del expediente a la Sala (ello requiere que en el Juzgado Penal se notifique cumplidamente a las partes la elevación del cuaderno), la cual de solicitarse en tiempo hábil se llevará cabo dentro de los tres días fijados al Tribunal para resolver. El auto del Tribunal Superior

---

indicio de parcialidad; así lo ha establecido la Corte Superior de Lima en la Ejecutoria superior de 19 de julio de 2000, Exp. N° 972-99-B (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia penal y procesal penal [1999-2000]*, cit., T. I, pp. 144-145).

(136) La Corte Superior de Lima ha establecido que es nula la resolución del Juez que resuelve su propia recusación, pues el pronunciamiento corresponde a la Sala Penal Superior (Ejecutoria Superior de 1 de abril de 1989, Exp. N° 45-88, en: CORTE SUPERIOR DE LIMA: *Jurisprudencia Penal*, Cultural Cuzco, Lima, 1990, T. III, p. 217). Esta tesitura ha sido reiterada en la Ejecutoria Superior de Lima de 23 de junio de 1997, Exp. N° 757-97 (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, Grijley, Lima, 1999, p. 306).

(137) Como Mariano H. CORNEJO, que afirma que las "pruebas de la recusación se actúan fuera de la intervención del Juez y consisten en certificados con firmas legalizadas, que se presentan al mismo Juez, quien debe informar sobre su valor" (en: GUZMÁN FERRER, Fernando: *Código de Procedimientos Penales*, Cultural Cuzco, Lima, 1982, p. 148).

(138) Circular de la Corte Suprema de Justicia de 21 de diciembre de 1977.

es inimpugnable. Agrega la norma modificada que no podrá renovarse la recusación por la misma causal, aunque sí –y en cualquier estado de la instrucción– por otro motivo válido, situación que es de concordarse con lo dispuesto en el art. 90° CPP, modificado por la Ley N° 243288, de 6 de diciembre de 1985, que establece lo siguiente: "(...) *no se admitirán nuevas incidencias que se sustenten en los mismos hechos que fueron materia de una resolución anterior, o que tuvieran el mismo objeto o finalidad que aquellos ya resueltos* (...)".

La doctrina jurisprudencial tiene establecido que si no se acredita la causal que fundamenta la recusación invocada, ésta deviene en infundada y no en improcedente[139]. Asimismo, la Corte Superior de Lima ha considerado que debe desestimarse una recusación amparada en el art. 31° CPP el haber dictado auto apertorio de instrucción[140], las denuncias de irregularidad en las notificaciones a las partes[141], o la omisión de tramitar algunos escritos o pruebas del recurrente[142]. Sustancialmente las consideraciones aludidas son correctas, aunque todo depende de la entidad y motivación del incumplimiento de notificar o de dar cuenta de escritos y pruebas, pues ello puede traducir una conducta de parcialidad.

3. En cuanto a la oportunidad de la interposición de la recusación, la ley procesal no determina un plazo determinado, pero se entiende que opera durante la instrucción en los procesos por delitos graves (procesos ordinario común); en los procesos sumarios o abreviados, como ha sido establecido por el Acuerdo Plenario N° 5-1998, no es posible presentarla cuando el Fiscal ya formuló acusación si se interpone con omisión de los requisitos de admisibilidad, tales como no acompañar a la solicitud prueba instrumental o amparar en la causal genérica prevista en el art. 31° CPP de 1940, en cuyo caso puede ser rechazada de plano. Es pertinente agregar a ese razonamiento que la Ley para el caso de Vocales precisa un plazo: tres días antes del fijado para la audiencia (art. 40° CPP de 1940), lo que puede aplicarse al proceso sumario o abreviado; asimismo, que el art. 314° CPC permite rechazar liminarmente una recusación manifiestamente improce-

---

(139) Ejecutoria Suprema de 8 de noviembre de 1996, Exp. N° 695-95-B (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal [1996-1998]*, cit., T. II, pp. 187-188).

(140) Ejecutoria Superior de Lima de 17 de junio de 1998, Exp. N° 5001-97 (BACA CABRERA, Denyse; ROJAS VARGAS, Fidel; NEIRA HUAMÁN, Marlene: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, T. III, pp. 356-357).

(141) Ejecutoria Superior de Lima de 28 de abril de 1998, Exp. N° 6863-97, A (BACA CABRERA *et al.*: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, cit., T. III, pp. 667-668).

(142) Ejecutoria Superior de Lima de 12 de agosto de 1998, Exp. N° 70-98-D (BACA CABRERA *et al.*: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, cit., T. III, p. 670).

dente, y que el respeto al principio de la moralidad procesal por las partes (art. 109°.1 CPC), autoriza al Juez a rechazar de plano pedidos maliciosos (arts. 184°.12 y 13, LOPJ). El Tribunal Constitucional, incorrectamente, ha establecido que, pese a que el imputado recusó a un Juez Penal por una causal genérica cuando ya se había señalado día y hora para sentencia, no cabe que la recusación se deniegue de plano, puesto que la ley señala que debe darse curso al trámite incidental correspondiente[143]. Este criterio no toma en cuenta los principios procesales comunes a la actividad procesal ni las normas procesales generales ni las del proceso civil, plenamente aplicables a la institución procesal en cuestión, así como tampoco analiza la oportunidad de la presentación de la recusación ni aprecia las circunstancias de la causa que permiten en todo caso advertir o no el ánimo dilatorio o malicioso del imputado al proponer la recusación.

4. Tratándose de recusación de vocales del Tribunal Superior, con arreglo al art. 40° CPP, modificado por el Decreto Legislativo N° 126, de 15 de junio de 1981, solo podrá interponerse por escrito y acompañándose las pruebas instrumentales y hasta tres días antes del plazo fijado para la audiencia, cuya inobservancia permite a la Sala declararla improcedente[144]. Corrido el traslado de la recusación, el vocal recusado la contestará en el plazo de tres días. Si el vocal conviene en la recusación, el Tribunal, que al efecto se completará con otro vocal resolverá sin más trámite dentro del tercer día; en el caso contrario, emitirá resolución previa fiscal. La resolución del tribunal es recurrible en nulidad ante el Supremo Tribunal.

5. El Código de 1991 delimita claramente que la inhibición es una decisión que sólo compete al Juez o al Fiscal, mientras que las partes tienen el derecho de recusar (en el viejo Código, el Fiscal no recusa sino requiere la inhibición del juez), pero cuando la causa se encuentre en estado de juzgamiento, bajo dirección judicial, las demás partes pueden requerir al Fiscal que se inhiba. Dicho Código también exige como requisito de admisibilidad que el escrito de recusación y el de inhibición en el supuesto antes precisado esté acompañado de las pruebas pertinentes. En caso que exista inhibición o se acepte la recusación, las partes que se sientan afectadas por esa decisión,

---

(143) STC, Exp. N° 786-2002-HC/TC, Asunto Jorge Zavaleta Vargas, de 21 de junio de 2002 (*El Peruano*, Lima, 6 de mayo de 2003, pp. 6253-6254).

(144) Ejecutorias Supremas de 5 de febrero de 1998, Exp. N° 1052-87, Ica (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, p. 231); y de 2 de octubre de 2002, Exp. N° 392-2002, Lima (Inédita). Una Ejecutoria de hace muchos años estimó que comenzada "la audiencia, no procede recusar a un miembro del Tribunal, porque es manifiesto el propósito de frustrar el juicio oral inhabilitando al juzgador" (*Revista Jurídica del Perú*, N° 1, Lima, 1974, p. 50).

pueden interponer recurso de apelación, el que será resuelto por el superior jerárquico (el Fiscal Superior o la Sala Penal Superior, según el caso). De igual manera, si el Fiscal o el Juez no acepta el pedido de inhibición o la recusación, formará un cuaderno incidental y lo elevará al superior jerárquico. Las decisiones del superior jerárquico no son impugnables. En el caso de Fiscales y Vocales Superiores, corresponde resolver a la Junta de Fiscales Supremos y a la Sala Penal Suprema, respectivamente.

6. El art. 34° del CPP de 1940, modificado por la Ley N° 27652, delimita lo que puede hacer el juez recusado durante el lapso que demore la resolución de la recusación. Hace mención, en cuanto a las diligencias de instrucción que puede realizar, a las ocho siguientes: a) *inspección ocular*, con asistencia obligatoria del Fiscal y, cuando corresponda, de los peritos; b) *reconocimiento e identificación de los efectos del delito*, así como la *incautación y el recojo* de armas, instrumentos u objetos de cualquier clase que tengan relación con el hecho investigado; c) la declaración *instructiva*, con la asistencia necesaria del defensor; d) la *declaración de testigos*, con asistencia obligatoria del Fiscal, siendo facultativa la asistencia de la parte civil, a quien se le citará con anticipación, estando autorizado el inculpado o su defensor para hacer a los testigos ofrecidos a la parte civil y por intermedio del juez las preguntas o pedir las aclaraciones cuya pertinencia calificará el juez, sentando constancia en la misma de lo resuelto en caso de formularse observaciones; e) las *confrontaciones*; f) los *reconocimientos* de personas y lugares; y, g) la presentación de *informes periciales*, reservándose la diligencia de examen pericial. En lo atinente a las resoluciones, solo puede emitir órdenes o resoluciones de (a) detención o comparecencia, y (b) embargo. Asimismo, la norma solo impide emitir órdenes de libertad al imputado recusante, no así, como es obvio, a los reos ajenos a esa articulación, ni a ningún incidente en general promovido por los demás procesados no recusantes. La norma omite, en esa línea, a los incidentes promovidos por la parte civil o el tercero civil que no afecten propiamente el núcleo de la causal de recusación del imputado recusante, que por extensión lógica deben estar liberados de ese impedimento.

El Tribunal Constitucional señala que si el juez recusado dicta resolución que no le están permitidas por el citado numeral, como es el caso de la declaración de ausencia, y ordena la captura del imputado, lesiona el principio del procedimiento preestablecido del art. 139°.3 de la Constitución (STC, Exp. N° 934-2002-HC/TC, Asunto María Teresa Huaco Huaco, de 8 de julio de 2002)[145]. Dicho fallo, como en el caso anteriormente citado, cuestiona

[145] En: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/0934-2002-HC.html.

que el juez pueda rechazar de plano una recusación, empero –reiteramos– una afirmación tan tajante no puede admitirse, sino con algunos matices vinculados al principio de moralidad procesal, esto es, es posible rechazar *in limine* recusaciones formuladas fuera del plazo legal o evidentemente improcedentes, así como abiertamente maliciosas (*vid.* arts. 184°.3 LOPJ, y 109°1 y 112° CPC).

7. El Código de 1991, por el contrario, faculta al Fiscal y al Juez a dictaminar y resolver, pese a que el incidente esté pendiente de resolver. Además, adopta una permisión genérica, al permitirle resolver sobre la libertad o detención del procesado y actuar diligencias de carácter urgente e irrealizables ulteriormente (arts. 49° y 45°).

Por lo demás, el Tribunal Constitucional en la STC de 12 de marzo de 2000, recaída en el Asunto Román Bueno Aceña, estableció que el pedido de libertad de un imputado –aun cuando este sea el recusante– no puede dejarse de resolver por la sola interposición de la recusación, dado el valor preferente de la libertad en el ordenamiento jurídico [146].

[146] En: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2000/006-2000-HC.html.

Parte III

Las partes procesales

Capítulo VIII
TEORÍA GENERAL

SUMARIO: I. Concepto. **II.** Posición jurídica. **III.** Clasificación: 1. Posición procesal. 2. Necesidad de su intervención. 3. Carácter de su intervención.

I. CONCEPTO

La existencia de partes es de esencia para el concepto del proceso, pues sin el principio de audiencia bilateral –en tanto presupuesto del debate contradictorio– no puede hablarse de proceso en sentido propio[1].

El proceso penal, en cuanto en él se dilucida la posible imposición de una sanción a quien se le imputa la comisión de un delito, se reconoce que, al menos, existe una persona que pide la actuación de la ley penal y otra a la que se acusa. Sin embargo, existen posiciones doctrinales muy encontradas en la materia que van desde las teorías que niegan la existencia de partes en el proceso penal a aquellas que afirman la existencia de partes en este proceso, pasando por las intermedias que solo niegan el carácter de parte al Estado, al Fiscal o, aquellas otras que afirmando tal carácter a esos órganos lo niegan al procesado o acusado[2].

Esta discusión, que por lo demás –al decir de MONTERO AROCA– es propia de los modelos inquisitivo y mixto (acusatorio formal)[3], reconoce diversos puntos de vista que niegan o limitan el concepto de parte. Así tenemos: (1) que el imputado es más bien un medio de prueba, mientras que el fiscal siendo órgano de la acusación a veces debe intervenir en favor del

---

(1) VIADA, Carlos y ARAGONESES, Pedro: *Curso de Derecho procesal penal*, 3ª ed., Editorial Prensa Castellana, Madrid, 1971, T. I, p. 131.

(2) ALMAGRO NOSETE, José: *Instituciones de Derecho procesal*, Trivium, Madrid, 1993, T. III (*Proceso penal*, 1), p. 83.

(3) 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. 51.

propio acusado (WACH); (2) que el proceso es de parte única, puesto que el Fiscal no puede ser parte al integrar el poder público y estar obligado a la imparcialidad (Otto MAYER); (3) que si bien el acusador tiene la calidad de parte, el imputado no, porque al ser la función penal esencialmente pública, él solo puede ser –como sujeto pasivo de la acción penal– un simple objeto y elemento de prueba (GERLAND).

No obstante lo expuesto, es de considerar que la noción de parte debe mantenerse en el proceso penal. Si bien la noción *material* de parte, que tuvo su origen en la doctrina del proceso civil, no es aceptable en el proceso penal, toda vez que, en primer lugar, no hay identidad entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del delito, propias de una relación jurídico-material; en segundo lugar, con las especiales características de la intervención del Ministerio Público en el proceso penal (no podría justificarse su intervención al no actuar en nombre propio, sino en razón a su facultad –deber de procurar imparcialmente el orden jurídico–, no tiene un *ius puniendi* propio el cual es ejercido por el Estado por medio de los órganos jurisdiccionales); en tercer lugar, con la noción de indisponibilidad del objeto procesal; y, en cuarto lugar, con la predominancia del Fiscal en la fase de la instrucción o investigación, que limita el principio de igualdad de armas[4]. En cambio, es del todo aceptable la concepción procesal de parte (con capacidad para estar en el proceso), extraída con total independencia del derecho material que se haga valer y de su disponibilidad por quienes actúan ante el juez.

Por consiguiente, *parte procesal*, conforme postula MORENO CATENA[5], es aquel que postula una resolución judicial frente a otra persona (parte activa), y aquel contra quien se insta dicha resolución (parte pasiva), con independencia de que el actor sea o no titular del Derecho material hecho valer –en este caso, el único titular del Derecho Penal es el Estado–.

Un concepto similar, aunque más amplio, es el postulado por GIMÉNEZ SÁNCHEZ, cuando insiste en la existencia de *partes formales* en el proceso penal y las identifica como "aquellos sujetos que van a provocar el inicio de la actividad procesal por parte de los órganos jurisdiccionales, asumiendo los derechos, cargas y obligaciones que deriven de la tramitación del proceso"[6]. Sin duda alguna, esta noción es más restringida que "*sujetos procesales*",

---

(4) MUERZA ESPARZA, Julio: *Derecho procesal penal*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1997, p. 132.

(5) GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1996, p. 159.

(6) GIMÉNEZ SÁNCHEZ, Itziar: *Pluralidad de partes en el proceso penal*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998, p. 6.

que al decir de FENECH serían "todos aquellos individuos que de manera permanente o accidental, en ejercicio de una profesión o en defensa de su interés intervienen en el proceso y hacen posible la realización de la actividad jurisdiccional"[7]; y, por tanto, involucra al juez, encargado de lograr la garantía de la observancia de las normas penales.

El Código de 1940 utiliza expresamente el vocablo "partes", aunque en el Libro I también comprende en el Título IV al Juez Instructor –Juez Penal según la nueva LOPJ–, sin perjuicio que en los dos primeros títulos regula lo relativo a la competencia y a la recusación. En cambio, el Código de 1991 en el Título III del Libro I utiliza la expresión *"sujetos procesales"*, donde expresamente incorpora el tratamiento del Juez Penal. Creemos, sin embargo, que tal opción no guarda claridad y diferenciación entre los roles del juez y de quienes postulan una resolución judicial frente a otro y contra quienes se insta dicha resolución; el Juez decide, mientras que las partes solicitan, requieren o se defienden. No hay duda de que el Juez y el Fiscal o el acusado son sujetos del proceso, pero existe una radical diferencia entre quien decide y quienes piden la emisión de una resolución judicial en tal o cual sentido, siendo esa noción la que justifica un tratamiento dogmático independiente.

En la Ordenanza Procesal Penal alemana (StPO) no se emplea el término *"parte"* sino el de *"participante"*. La doctrina alemana rechaza el concepto material de parte, pero igualmente no habla del concepto formal de parte. PETERS señala que el Estado, en cuanto titular de deberes jurídicos soberanos, como poseedor de las funciones propias de la administración de Justicia, no puede ser contemplado como parte en el proceso penal, ni tampoco el órgano que se ocupa de esas funciones en el mismo. El concepto de *participante procesal*, explica GÓMEZ COLOMER[8] siguiendo a SCHMIDT, incluye a todo aquel que toma parte en el proceso como Juez, Fiscal, ayudante del mismo, inculpado, Abogado defensor, testigo o perito, actor privado, actor accesorio, actor civil, autoridad administrativa, auxiliar judicial, denunciante, etc., es decir, a todos aquellos que de una forma u otra cumplen un papel en el desarrollo de un proceso concreto (PETERS, sin embargo, no considera a los testigos y peritos participantes en el proceso, sino *"medios procesales"*); mientras que el concepto de *sujeto procesal* solo incluye a todas aquellas personas sin cuya presencia sería imposible desarrollar el proceso conforme a la legislación vigente: Ministerio Público, inculpado y Tribunal.

Es claro, según lo ya expuesto, que el procedimiento penal nacional permite hablar de un proceso de partes, en la medida en que se adopte un

---

[7] FENECH, Miguel: *Derecho Procesal Penal*, Bosch, Barcelona, 1952, Vol. I, p. 163.

[8] GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *El proceso penal alemán*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 69.

concepto relativo o limitado de parte, distinto del utilizado en el proceso civil. Es de insistir, siguiendo a GÓMEZ ORBANEJA, que el punto decisivo respecto al Ministerio Público –sobre el cual se discute su condición de parte– que este no pide la actuación de la ley en nombre propio ni ejercita un derecho potestativo de acción, sino que interviene en el proceso, poniéndolo en marcha y conduciéndolo hasta la sentencia, en tanto tiene una facultad-deber de promover objetivamente la actuación de la ley[9].

II. POSICIÓN JURÍDICA

Desde el punto de vista de la posición jurídica de las partes, es de tener presente tres notas características, que se predican del proceso en general. Estas guardan relación con los principios de dualidad, igualdad y contradicción.

En cuanto al *principio de dualidad*, es de precisar que en el proceso penal sí rige este principio. En efecto, existen en él, necesariamente, dos funciones diferentes: quien acusa y quien se defiende de la acusación, ello con independencia del número de sujetos que intervengan en él.

En lo referente al *principio de contradicción,* también resulta necesaria su presencia. El imputado debe tener la posibilidad de conocer los cargos, de poder defenderse de ellos y, al igual que las demás partes, de intervenir en la actividad probatoria en defensa de sus intereses (la notificación a las partes de los pedidos de los demás intervinientes en el proceso, de las incidencias que surjan en él y de las decisiones judiciales es un requisito de validez de los actos procesales). Por otro lado, es evidente que sin contradicción no es posible pasar a la etapa del juicio oral y si el titular de la pretensión punitiva no formula acusación o el imputado acepta los cargos y la pena solicitada por el Fiscal, el proceso debe concluir.

Esta noción del principio de contradicción y la función de las partes en el proceso penal permite identificar quién puede ser tercero en el proceso. VIADA y ARAGONESES precisan que tendrían la condición de tercero los que solicitan la propiedad de la pieza de convicción del delito; de igual manera, menciona a la víctima del delito que no se constituye en parte civil, la cual es un testigo que psicológicamente es parcial y que por tanto tendrá una situación especial como interesado en el proceso que, sin embargo, no es parte del mismo[10].

---

[9] GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal penal*, 10ª ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987, pp. 67-68.

[10] VIADA / ARAGONESES: *Curso de Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 138.

En lo atinente al *principio de igualdad*, la discusión sólo se presenta en la etapa de la instrucción, pues en el juicio oral no hay duda de que existe igualdad de armas, sobre la base de una contradicción plena. MORENO CATENA justifica el papel predominante del Fiscal –que inclusive llega a tener a su cargo la investigación del delito– partiendo de la finalidad de la investigación, que es simplemente la de preparar el juicio, practicando las diligencias necesarias para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que pueden influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes. De ello resulta que durante esa etapa no existe acusación y, por tanto, no puede haber enjuiciamiento ni imposición de pena; además, el imputado no es ajeno por completo a las actuaciones de la instrucción, puesto que puede intervenir en ellas y oponerse o recurrir, inclusive, de las medidas limitativas de derechos[11].

GÓMEZ ORBANEJA, en esa misma perspectiva, aclara que el proceso penal no podía cumplir su fin, que es el descubrimiento de la verdad, a menos de dejar en cierto modo al que promueve la investigación "tomar la delantera" en la etapa de instrucción, con lo que se intenta compensar la ventaja originaria con que puede operar el efectivo delincuente, al cual, conociendo los hechos, le es dable procurarse los medios de ocultarlos o disfrazarlos, y estudiar "cauteloso" un conjunto de precauciones para sustraerse a la acción de la justicia, "colocando al Poder Público en una posición análoga a la de la víctima"[12].

III. CLASIFICACIÓN

La doctrina clasifica a las partes en el proceso penal atendiendo, fundamentalmente, a dos criterios: a) según la posición que ocupan en el proceso; y, b) según la necesidad o no de su presencia en el proceso.

1. POSICIÓN PROCESAL

En el proceso, como mínimo, han de existir un acusador y un acusado, sin que ello impida que en cada posición puedan haber más de un sujeto (en nuestro sistema procesal, desde la acusación en los delitos de ejercicio público de la acción penal, solo puede existir el Ministerio Público: no hay acusador privado ni popular).

Las partes pueden ser *activas y pasivas*. Las primeras son aquellas que piden al juez la formalización del proceso penal y, en su momento, solicitan

---

(11) En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 160.

(12) GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 67.

que se imponga una sanción penal y/o la reparación civil. Contra las segundas se dirige la acción y, luego, la pretensión penal; son los sujetos pasivos del proceso penal, en cuya virtud se pide al juez que le imponga una sanción penal y/o reparación civil.

Desde el punto de vista activo, en los delitos de persecución pública, solo puede existir el Ministerio Público. En los denominados "delitos privados", solo actuará el agraviado como acusador privado, con exclusión del Ministerio Público, pudiendo ser varios los acusadores privados, constituyendo en ese caso, como apunta MONTERO AROCA, un litisconsorcio activo cuasinecesario; la ley no impone a los agraviados por delitos privados la acusación conjunta, pudiendo el proceso desarrollarse y concluirse válidamente con la presencia de uno solo[13].

Desde el punto de vista pasivo, pueden existir uno o varios acusados (concurso de personas en la comisión de un delito o presencia de delitos conexos). Cuando el proceso comprende a una pluralidad de acusados, se está no ante un litisconsorcio, sino en presencia de una acumulación, pues "la sentencia deberá contener tantos pronunciamientos como acusados existan"[14].

2. NECESIDAD DE SU INTERVENCIÓN

Desde esta perspectiva, en el proceso penal existen partes necesarias o principales y partes voluntarias o contingentes. Las *necesarias o principales* son aquellas sin las cuales no puede existir un proceso penal: a) el Ministerio Público en delitos públicos y el acusador privado (mal llamado querellante en nuestro sistema jurídico) en los delitos privados; y, b) el imputado conjuntamente con su abogado defensor. Pueden iniciarse actuaciones preliminares contra un imputado indeterminado, pero el procesamiento penal (al dictarse el auto de apertura de instrucción o de aprobación judicial de la apertura de investigación) requiere que se identifique al imputado.

Las partes *contingentes o voluntarias*, enseña TOMÉ PAULE, son aquellas que pueden intervenir en el proceso, pero cuya intervención no es indispensable para que este se desarrolle normalmente[15]. En el proceso penal nacional pueden intervenir el actor civil, el actor social y el tercero civil; los dos primeros, ligados a la acción civil *ex delicto* como parte acusadora, que

---

[13] MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III (*Proceso penal*), p. 54.

[14] *Ibidem*.

[15] ALMAGRO NOSETE: *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, cit., T. III (*Proceso penal, 1*), p. 86.

tiene como función instar ante el juez la reparación civil; el último, también ligado a la acción civil *ex delicto* como parte acusada, que tiene función de responder conjuntamente con el imputado al pago de la reparación civil.

3. CARÁCTER DE SU INTERVENCIÓN

Antonio LORCA NAVARRETE, entre otros, precisa que las partes, atendiendo al carácter con la que actúan, pueden ser oficiales o públicas y particulares o privadas. Esta clasificación responde a la naturaleza de la intervención que les respecta: en interés del Estado o de un interés particular[16].

La parte pública por excelencia es el Ministerio Público. Es de tener muy en claro que el Procurador Público (art. 47° Const.) defiende los intereses privados de contenido patrimonial del Estado y, como tal, puede intervenir como parte acusadora, instando el pago de la reparación civil en favor del Erario Público, o como parte acusada en defensa del Estado, a quien se le reclama responsabilidad civil por el delito cometido por el imputado.

Las partes privadas son todas aquellas que comparecen en el proceso para defender intereses privados, v. gr.: el imputado y su defensor (no hay que desconocer que si bien defiende su derecho a la libertad, este es de jerarquía constitucional, de suerte que su defensa rebasa el mero interés privado del agente), el actor civil, el actor social y el tercero civil.

---

[16] LORCA NAVARRETE, Antonio: *Derecho procesal penal*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 60.

Capítulo IX
LAS PARTES ACUSADORAS

SUMARIO: I. El Ministerio Público: 1. Concepto. 2. Legitimación. 3. Principios institucionales. 4. Intervención en el proceso penal. **II.** La Policía. 1 Aspectos generales. 2. Función policial de prevención y de represión del delito. 3. Persecución penal y Policía judicial. **III.** El acusador privado. **IV.** El actor civil o parte civil: 1. Concepto. 2. Actuación procesal. 3. La doble función procesal de la víctima. **V.** El actor social. **VI.** El Indecopi como parte interesada.

I. EL MINISTERIO PÚBLICO

1. Concepto

El Ministerio Público, institución que es herencia del Iluminismo, es concebido en el art. 158° de la Constitución nacional como un órgano autónomo, extrapoder, cuya principal misión es la de pedir que se realice la función jurisdiccional y que se haga con arreglo al principio de legalidad (art. 159°.1 Const.). Se trata de una función postulante o requiriente, pero en ningún caso decisoria; el Fiscal pide que el órgano jurisdiccional juzgue, que realice su función, pero no juzga[17].

Es de tener en cuenta que, como enseña Gimeno Sendra, en la medida en que la primera y más importante de las funciones del Ministerio Público es la promoción de la acción de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el Derecho, para la adecuada asunción de dicha función precisa el Ministerio Público "de la autonomía funcional e imparcialidad suficiente que le permitan solicitar la desinteresada aplicación del Derecho objetivo"[18]. Lo expuesto significa que el Ministerio Público eurocontinental, sostiene Roxin, no fue concebido para cumplir una fun-

---

[17] Sanchís Crespo, Carolina: *El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado*, Comares, Granada, 1995, p. 28.

[18] En: 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, p. 66.

ción unilateral de persecución, como es del caso con el acusador del proceso angloamericano, sino para ser *custodio de la ley*[19].

La Constitución y la Ley Orgánica del Ministerio Público confieren a esta institución pública un conjunto de funciones específicas radicadas en la promoción de la acción de la justicia en defensa de los intereses públicos tutelados por la ley. Desde esta perspectiva se entiende que el Ministerio Público es un órgano a través del que se reconduce el interés general en mantener o restablecer, en su caso, el orden jurídico. Desde la función propiamente penal asignada a la Fiscalía, se le ha impuesto la titularidad del ejercicio de la acción penal pública (persecución del delito, art. 159°.5 Const.) y, sobre todo, la conducción de la investigación del delito desde su inicio, asumiendo al efecto la dirección jurídico-funcional de la actividad policial (art. 159°.4).

Dos son los caracteres esenciales del Ministerio Público en el proceso penal, según detalla MONTERO AROCA: es una parte, si bien pública, que responde a la idea de que el delito afecta a toda la sociedad, estando esta interesada en su persecución, y su actuación ha de basarse en la legalidad[20].

La función persecutoria que la Constitución encomienda al Fiscal, destinada a la aplicación del Derecho Penal a los infractores de las normas jurídico-penales, permite construir un proceso penal esencialmente acusatorio. Al atribuir al Ministerio Público la titularidad de la acción penal en régimen de monopolio: el Poder Judicial no puede recibir denuncias de ninguna otra procedencia, y entregarle la conducción de la etapa de investigación o instrucción, la Ley Fundamental sencillamente ha sustraído a los jueces la función de acusar, que de esta forma recupera en esencia su exclusiva función juzgadora, con lo que constitucionalmente se clausura la posibilidad de construir o permitir el funcionamiento de un sistema inquisitivo. El sistema acusatorio exige, como es obvio, que alguien inste la constitución de un proceso penal, que la actividad jurisdiccional se promueva externamente al propio Poder Judicial y que, por tanto, queden separadas las funciones de acusar y de juzgar; si bien el Ministerio Público es un órgano estatal que desarrolla una función pública, ello permite diferenciar al interior del Estado esas dos funciones y evitar que un mismo órgano concentre ambos roles.

La Corte Suprema, asumiendo lo últimamente expuesto, ha sentado la doctrina jurisprudencial siguiente: "si el Fiscal omite pronunciarse sobre la

---

(19) 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, p. 40.

(20) MONTERO AROCA, Juan: *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 50.

situación jurídica de un detenido y no formaliza denuncia contra él, pese a existir evidencias preliminares en su contra, solo se instará la promoción de la acción penal si el Fiscal superior jerárquico lo dispone"[21], lo que revela la absoluta separación entre perseguir el delito y juzgarlo.

El Ministerio Público debe ser visto desde una doble perspectiva. GÓMEZ ORBANEJA enseña que el Fiscal *formalmente* es parte, y como tal figura en el proceso promoviendo la acción penal, aportando pruebas, ejercitando los recursos, etc.; y, que *materialmente*, representa el interés público, no parcial, de la realización de la justicia, el cual tanto puede contraponerse como coincidir con el de la defensa, es decir, puede acusar afirmando la pretensión punitiva del Estado o puede, a la luz de las actuaciones sumariales, requerir el sobreseimiento de la causa o, abierto el juicio oral, retirar la acusación[22]. Ello significa que el Ministerio Público debe salvaguardar el interés de la sociedad en el proceso (art. 159°.3 Const.) según el orden jurídico vigente[23].

Es de tener en cuenta que algunos derechos, como el francés (al igual que el nuestro), admiten la diferenciación funcional del Fiscal en atención a que este actúe como parte o como autor de un dictamen, esto es, entre Fiscal-parte y Fiscal-dictaminador[24].

2. LEGITIMACIÓN

En el proceso penal el Ministerio Público, por su propia configuración institucional y encargo funcional, se le reconoce capacidad procesal y postulación. El art. 11° de la LOMP establece que el Ministerio Público es el titular de la acción penal pública, la que ejercita de oficio, a instancia de la parte agraviada o por acción popular. Además, por imperio de los arts. 1° de la LOMP y 92° del Código Penal, conjuntamente con la acción penal exige el pago de la reparación civil (acción civil *ex delicto*). Los fiscales, en cuanto miembros del Ministerio Público, que es un órgano estatal configurado para la persecución penal, están legitimados para actuar en representación de la sociedad y perseguir el delito.

La Corte Suprema, diferenciando la legitimación del Fiscal del Procurador Público, ha señalado que "(...) si bien el Ministerio Público tiene la

---

(21) Ejecutoria Suprema de 26 de octubre de 1990, Exp. N° 57-90, Lima (*Normas Legales*, T. 206, julio, Trujillo, 1993, pp. 320-321).

(22) GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 70.

(23) BELING, Ernst: *Derecho procesal penal*, Labor, Barcelona, 1945, p. 105.

(24) MARCHENA GÓMEZ, Manuel: *El Ministerio Fiscal: Su pasado y su futuro*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 176.

representación de la sociedad en el juicio, tal representación sólo lo es para los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y al interés social, pues es un organismo autónomo cuyas principales funciones son la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos (...); que esa representación del ente social abstracto no comprende la que concretamente tiene el Procurador respecto de los intereses jurídicos que el Estado tiene como sujeto de derecho y obligaciones y al cual representa en juicio (...)"[25].

En esa perspectiva, el art. 58° del Código de 1991 precisa que corresponde a los Fiscales investigar los delitos, con el objetivo de alcanzar la verdad concreta sobre el caso (art. 65°), así como acusar a sus autores o partícipes y dictaminar en los pedidos de libertad, en las cuestiones previas, excepciones y cuestiones prejudiciales, y en los demás casos que determine la ley.

En los denominados "*delitos semipúblicos*", la intervención del Ministerio Público está condicionada, de un lado, a la previa denuncia o autorización expresa de la víctima o del sujeto pasivo de la infracción (v. gr.: delitos tributarios, art. 7° del Decreto Legislativo N° 813); de0 otro lado, a la participación previa, mediante un informe técnico, de un órgano de la administración (delitos ecológicos, Ley N° 26631; delitos de abuso de poder económico, Decreto Legislativo N° 807; delitos contra los derechos intelectuales, Decreto Legislativo N° 822; y, delitos sobre competencia desleal, Decreto Ley N° 26122).

El fiscal carece de legitimación: 1. En los delitos privados. Por imperio del Código Penal, se trata de los siguientes delitos: a) de lesiones culposas leves, art. 124°, primer párrafo; b) contra el honor personal, art. 138°; y c) contra la intimidad, art. 158°. 2. En la totalidad de las faltas (art. 440°.6 del CP).

3. PRINCIPIOS INSTITUCIONALES

La actividad del Ministerio Público se estudia a través de dos apartados esenciales. El primero, referido a los requisitos de actuación; y, el segundo, a los requisitos-garantía.

A. Requisitos de actuación

El Ministerio Público debe actuar bajo los principios de legalidad y de imparcialidad. Así lo imponen los arts. 4°, primer párrafo, y 19° de la LOMP, así como los numerales 41° del Código de 1940 y 50° y 51° del Código de 1991.

---

[25] Ejecutoria Suprema de 16 de febrero de 1982, Exp. N° 169-81, Lima (TARAMONA, José R.: *Compendio de ejecutorias supremas*, James Editores, Lima, 1982, T. II, pp. 55-56).

El Fiscal, en cuanto al *principio de legalidad*, debe actuar con respeto a las disposiciones del ordenamiento jurídico y en el solo interés de la ley. La defensa de este principio, precisa GIMENO SENDRA, la efectúa mediante el cumplimiento de la obligación, que le asiste, de ejercitar la acción penal[26]. Sobre el particular, los arts. 11° de la LOMP y 60° del Código de 1991 precisan que los Fiscales se rigen únicamente por la ley. Es de destacar que el ejercicio de la acción penal está sometido, en principio, a la más estricta legalidad, por lo que la omisión, suspensión, interrupción o extinción de la misma solo procede en los casos taxativamente permitidos por la ley (art. 61° del Código de 1991). Dos disposiciones avalan esta línea sustancial: a) el art. 2° del citado Código que, como excepción, permite en determinados supuestos –falta de necesidad y falta de merecimiento de pena– la abstención del Fiscal de promover la acción penal; y, b) el art. 78° del Código Penal, que hace posible que el Fiscal no insista en la persecución penal en dos supuestos de extinción de la acción penal: 1. Por muerte del imputado, prescripción y amnistía; y, 2. Por autoridad de cosa juzgada.

En lo atinente al *principio de imparcialidad*, el Fiscal debe actuar con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le están encomendados; no debe tener ningún interés, subjetivo ni objetivo, en la dilucidación de un caso determinado. Cualquier motivo de sospecha de un interés concreto, distinto de la persecución objetiva del delito, obliga al Fiscal a excusarse de la causa y, en su caso, posibilita que las demás partes puedan recusarlo (supuesto del Código de 1991). Es obvio que en el caso de la legislación vigente, si el Fiscal no se excusa del conocimiento de una causa pese a existir motivos fundados de duda sobre su imparcialidad, quien se considere lesionado por ese comportamiento puede acudir al Fiscal Superior a fin de que ejerza las medidas disciplinarias y, en su caso, lo aparte del conocimiento del caso (arts. 13°, 19° y 26° de la LOMP).

De ambos principios se concluye que el Ministerio Público, a pesar de estar incluido dentro de las partes acusadoras, no en todos los procesos está obligado a presentar una acusación contra determinada persona, sino que, cuando proceda, "pedirá" su absolución[27].

B. Requisitos-garantía

Según nuestra Constitución, art. 158°, los Fiscales gozan de los mismos derechos, prerrogativas, obligaciones e incompatibilidades que los Jueces; además su nombramiento está sujeto a requisitos y procedimientos idén-

---

[26] En: MORENO CATENA *et al.*: *El nuevo proceso penal*, cit., p. 68.

[27] MUERZA ESPARZA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 135.

ticos que a los miembros del Poder Judicial en su respectiva categoría. En cuanto a los derechos, es de destacar el derecho a la inamovilidad, "(...) que consiste en no poder ser separado, suspendido, trasladado, ni jubilado sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley"[28]; el cual puede configurarse de modo absoluto o relativo, según comprenda el cargo y el concreto destino o puesto de trabajo (absoluto) o sólo el primero (relativo). En el Perú las tendencias actuales, aunque creemos sin una correcta base legal, han ido evolucionando de un criterio absoluto a uno relativo, que permite a los órganos de gobierno cambiar discrecionalmente de puesto de trabajo o destino a un Juez o Fiscal.

Si bien existe este mismo conjunto de garantías entre Jueces y Fiscales, que abarcan tanto la inamovilidad cuanto las incompatibilidades y prohibiciones, ello no significa, sin embargo, que exista plena igualdad entre ambas categorías de magistrados. Es de entender que la autonomía del Ministerio Público, a diferencia de la independencia judicial, funciona no individualmente respecto de cada Fiscal, sino del conjunto de la institución cuya presidencia radica en el Fiscal de la Nación; es, como apunta MORENO CATENA, siguiendo a GIMENO SENDRA, una independencia colectivamente reflexionada, frente a la independencia judicial, que, por su naturaleza, es individual o "difusa"[29].

Aun cuando esta noción de independencia tiene diferencias con la estrictamente judicial, sin embargo, permite rechazar aquel viejo principio francés, de corte administrativo, de la Unidad e Indivisibilidad del Ministerio Público, puesto que este, aparte de ser funcional a la defensa de intereses político-administrativos, exige que el inferior solicite instrucciones concretas del superior, obligación de cumplirlas y, consecuentemente, desaparición de la responsabilidad del que las obedece, a la vez que constituye un obstáculo a la inamovilidad y una sumisión en lo estrictamente funcional, no solo en lo disciplinario[30].

Esto último es lo que legitima, en su momento, dos criterios de actuación interna del Ministerio Público: la dependencia jerárquica –no funcional– y la unidad de actuación. El art. 5° de la LOMP establece que los Fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones –lo que constituye el reconocimiento de la independencia funcional–, pero son un cuerpo je-

---

(28) SANCHÍS CRESPO: *El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado*, cit., p. 33.

(29) En: MORENO CATENA *et al.*: *El nuevo proceso penal*, cit., p. 67.

(30) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *La reforma procesal penal, 1988-1992*, Edersa, Madrid, 1992, pp. 164-171.

rarquizado y, en tal virtud, deben sujetarse a las instrucciones que pudieren impartirles sus superiores[31]. Estas directivas o circulares, que en puridad limitan la autonomía funcional del Fiscal, sin embargo, no pueden referirse a puntos concretos o específicos de casos particulares, sino a aspectos generales de política jurídica de la institución, pues de lo contrario se tergiversaría la orientación propia del Fiscal hacia la Verdad y la Justicia. HURTADO POZO sostiene, con razón, que el Fiscal de la Nación no está facultado para dar directivas o mandatos a los demás fiscales en relación con casos concretos, las cuales deben tener un carácter técnico y científico para el mejor gobierno del organismo y para orientar la actividad de los demás fiscales[32].

Las instrucciones del Superior y consiguiente obediencia jerárquica de los Fiscales inferiores, están justificadas –apunta Gustavo BRUZZONE– en la necesidad de unificar criterios de interpretación de la ley y de racionalizar los recursos para la persecución de los delitos, estableciendo criterios de priorización de asuntos[33].

Por lo demás, la vinculación legítima a las instrucciones existe, postula ROXIN, solo en dos ámbitos: en los casos del principio de oportunidad y en los interrogantes técnico-tácticos de la persecución penal; en las decisiones de oportunidad se está ante un problema jurídico-político y no exclusivamente jurídico, y en las cuestiones técnico-tácticas se discuten la practicabilidad y la efectividad de la función del Ministerio Público y no de una orientación hacia la verdad y la objetividad[34]. Desde esta perspectiva, las directivas o instrucciones están en función a la regulación de la actuación de los fiscales en los aspectos estrictamente funcionales vinculados al mejor desenvolvimiento de la función persecutoria constitucionalmente asignada. Así tenemos, por ejemplo, los criterios esenciales para aplicar el principio de oportunidad, las pautas mínimas que deben seguirse en orden a los procesos transaccionales y por colaboración eficaz, las vías necesarias respecto a la persecución de determinados delitos o de obtención de fuentes y medios de prueba, etc.

La legitimidad de las instrucciones, siguiendo a BRUZZONE, exige que el órgano que las dicte debe ser: a) el autorizado legalmente para ello (com-

---

(31) Una expresión de la dependencia jerárquica se expresa en el curso de la actuación funcional en un proceso concreto, cuando el Fiscal superior, al amparo del art. 220° CPP de 1940, ordena al Fiscal provincial formular acusación pese a que un criterio inicial fue por el sobreseimiento de la causa.

(32) HURTADO POZO, José: *El Ministerio Público,* EDDILI, Lima, 1981, p. 85.

(33) BRUZZONE, Gustavo: "Las llamadas «instrucciones de los fiscales»", en: *Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal*, Año 2, N° 2 (dedicada al Ministerio Público), Buenos Aires, 1997, pp. 223 y 225.

(34) ROXIN: "Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público", cit., p. 46.

petencia formal); b) debe hacerlo justificando la necesidad del dictado de la instrucción (competencia material); c) nunca deben contravenir disposiciones legales; d) como actos administrativos, las instrucciones deben ser escritas, públicas y de conocimiento general por la publicación respectiva. Las instrucciones secretas, en privado y/o de alcance al caso concreto, constituyen en rigor *instigación a la comisión de un delito*[35]. Las instrucciones *contra jus* no deben ser obedecidas[36].

Un caso distinto, por cierto, en relación con el principio de jerarquía, está vinculado a las incidencias que surgen en un proceso concreto, caso en el cual cuando un Fiscal de mayor jerarquía ordena al Fiscal inferior lleve a cabo determinado acto procesal, este debe cumplir la orden en sus propios términos. La Corte Suprema estableció, precisamente, cuando se sigue un procedimiento para forzar la acusación al amparo del art. 220° CPP y el Fiscal superior, discrepando del criterio del Fiscal provincial, dispone que este proceda a formular acusación, tal mandato debe ser cumplido imperativamente. A estos efectos el Supremo Tribunal reconoció que los Fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus funciones, pero en el caso concreto estimó que el Ministerio Público, como institución, es un organismo jerarquizado, de suerte que deviene aplicable al art. 5° de la LOMP[37].

Por otro lado, la autonomía institucional del Ministerio Público no obsta a su condición de pertenecer al proceso penal con todo lo que ello implica en orden al poder del juez, de suerte que está circunscrito al ejercicio de las acciones o recursos que permite la ley procesal (art. 3° LOMP). Sobre esa base, el Supremo Tribunal censuró que los Fiscales, aun cuando son titulares del ejercicio de la acción penal, se opongan o contradigan una resolución firme respecto de la cual ya no existen recursos que interponer, añadiendo que en esos supuestos –en función de la garantía de cosa juzgada (formal en todo caso)– están obligados a cumplirla por ser partes en el proceso penal[38].

4. INTERVENCIÓN EN EL PROCESO PENAL

El Ministerio Público tiene una trascendental intervención en todo el curso del proceso penal en su condición de titular de la acción penal y res-

---

(35) BRUZZONE: "Las llamadas «instrucciones de los fiscales»", cit., p. 224.

(36) Ni siquiera el derecho militar, acota BELING, exige obediencia ciega ante órdenes antijurídicas (*Derecho procesal penal*, cit., p. 105).

(37) Ejecutoria Suprema de 20 de noviembre de 1990, Exp. N° 435-90, Arequipa (RETAMOZO-PONCE: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, cit., pp. 256-257).

(38) Ejecutoria Suprema de 27 de mayo de 1998, Exp. N° 58-88-Lima (RETAMOZO-PONCE: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, cit., pp. 359-362).

ponsable de la carga de la prueba. El art. V del Título Preliminar del Código de 1991, ratificando lo dispuesto en los arts. 11° y 14° de la LOMP, señala que la Fiscalía tiene la responsabilidad del ejercicio público de la acción penal y el deber de la carga de la prueba, a la vez que le reconoce la dirección de la investigación y su ejercicio con plenitud de iniciativa y autonomía. En ese orden de ideas, es de destacar que la nueva Constitución, aumentando las atribuciones de la LOMP, asignó a la Fiscalía, tanto la conducción de la investigación del delito cuanto la dirección jurídico-funcional de la policía. Es de recordar que el Ministerio Público como promotor de la justicia le compete la defensa de la legalidad y de la independencia judicial.

A. Poder de dirección jurídico-funcional de la Policía

La investigación del delito, desde su inicio, está constitucionalmente atribuida al Ministerio Público. Con esa finalidad, el Fiscal puede requerir el apoyo e intervención de la policía, la cual, en lo estrictamente funcional, está obligada a obedecer sus órdenes[39]. Esta conducción, en buena cuenta y por una serie de razones (psicológicas, técnicas y financieras, entre otras), se ha limitado, como apunta Jürgen BAUMANN, a la dirección y la vigilancia jurídica de las investigaciones. Por lo general, los casos que exigen, por un lado, conocimientos jurídicos especiales y, por el otro, medios materiales y personales de menor cuantía, son averiguados por el mismo Ministerio Público, v. gr.: en casos de perjurio, penales-económicos, etc., en que es posible trabajar desde el escritorio[40].

Inicialmente, el art. 9° de la LOMP, de conformidad con lo dispuesto en el art. 250°.5 de la Constitución de 1979, limitó la relación del Ministerio Público con la policía a la vigilancia e intervención en la investigación del delito en la etapa policial. La intervención se limitaba a una orientación en cuanto a las pruebas necesarias para el debido esclarecimiento de los hechos y la vigilancia se circunscribía en el control del cumplimiento de las disposiciones legales en orden a la investigación, v. gr.: respeto de los derechos de los imputados, provisión de una adecuada defensa para los detenidos (arts. 10° y 64°.1, LOMP), legalidad de las medidas instrumentales restrictivas de derechos, etc.

Con la nueva Constitución la relación Fiscalía-Policía alcanzó no solo un nivel de coordinación y vigilancia, sino de dirección o conducción (que son

---

(39) Así lo ha determinado el Tribunal Constitucional en la STC, Exp. N° 005-2001-AI/TC, Asunto Defensoría del Pueblo c. Legislación sobre terrorismo agravado, de 15 de noviembre de 2001.

(40) BAUMANN, Jürgen: *Derecho procesal penal*, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 167.

conceptos equivalentes). A este efecto, el art. 65° del Proyecto de Código de 1995 reconoce, *primero*, un efectivo poder de dirección de la Fiscalía en la investigación de todo delito perseguible de oficio (el art. 111° del Proyecto inclusive llega a establecer que tan pronto la Policía tenga conocimiento de un delito lo comunicará de inmediato al Fiscal Provincial); *segundo*, una facultad para disponer que la Policía realice una investigación preliminar (el art. 110° del Proyecto precisa que tal investigación se realizará "en caso de duda sobre la procedencia de la apertura de investigación con la finalidad de decidir si hay lugar o no al ejercicio de la acción penal..."); y, *tercero*, en este último caso, la obligación de cursar directivas precisas a la Policía, que deben ser cumplidas irremediablemente, en orden al objeto de la investigación y a las formalidades específicas que deberán reunir los actos de investigación encomendados, a fin de garantizar su validez jurídica.

La escrupulosa corrección del procedimiento de investigación del delito es absolutamente imprescindible. Todos los poderes públicos han de actuar bajo dos parámetros: respeto y protección de los derechos fundamentales, y la sumisión a los preceptos de la ley y a las reglas del ordenamiento jurídico. Desde esa concepción, se incardina la dirección jurídico-funcional de la Fiscalía sobre la Policía, en tanto que, como indica CONDE-PUMPIDO, la cada vez mayor complejidad del proceso probatorio –más aún cuando lleva implícita la exigencia de restringir derechos ciudadanos– hace necesario que la Policía actúe coordinadamente y bajo la dirección e instrucción del Ministerio Público[41].

B. La investigación del delito

El Fiscal es el encargado de ejercitar o promover la acción penal, de oficio o a instancia del agraviado o por cualquiera del pueblo. Antes de hacerlo, inclusive, puede disponer la realización de una investigación policial previa o una comprobación preliminar directa (arts. 104° y 113° del Código de 1991 y numeral 94°.2 de la LOMP).

Una vez que ha promovido la acción penal el Fiscal, en los casos del Código de 1940, debe: 1. Intervenir en todos los actos de investigación. 2. Proponer la prueba pertinente. 3. Interponer los recursos que correspondan. 4. Solicitar el embargo y demás medidas cautelares y restrictivas de derechos. 5. Requerir el reconocimiento médico-legal del imputado en los supuestos de sospecha de anomalía psíquica grave. 6. Solicitar la transferencia de competencia. 7. Exigir que se observen los plazos en la ley.

---

(41) GIMENO SENDRA, Vicente; GARBERÍ LLOBREGAT, José; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido: *Los procesos penales*, Bosch, Barcelona, 2000, T. 3, p. 152.

8. Dictaminar en los supuestos de cuestiones de competencia, recusación o inhibición, acumulación y desacumulación de causas, cuestiones previas y prejudiciales, excepciones, incidentes de embargo y constitución en parte civil, y libertades provisional e incondicional (arts. 94° y 95° de la LOMP).

El Código de 1991 confiere al Ministerio Público la dirección de la investigación del delito (art. 65°), bajo una limitada vigilancia judicial en los términos prescritos en el art. 56° (retraso o irregularidades en la tramitación de la causa, que justifican –de no aceptar el requerimiento judicial– la comunicación al Fiscal Superior, para que procede a disciplinariamente). Como tal, una vez emitido el auto de apertura de investigación, aprobado judicialmente, le corresponde realizar las diligencias de investigación que considere adecuadas al caso. Las decisiones jurisdiccionales que debe pedir al Juez Penal están señaladas en el art. 55°, incs. 2 al 4, esto es, las referidas a cuestiones previas, excepciones, cuestiones prejudiciales, medidas coercitivas y excarcelaciones o libertades.

El Fiscal, en principio, no tiene facultades coercitivas en el proceso penal; lo que ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional, al señalar, en un caso de Hábeas Corpus, que no es facultad del representante del Ministerio Público ordenar detenciones (STC, Exp. N° 0579-1996-HC/TC, Asunto Pedro Rocca León, de 17 de junio de 1998)[42]. El art. 67° del Código de 1991, en aras de la efectividad de la investigación penal, le permite disponer la conducción compulsiva por la Policía del omiso a declarar o concurrir a una citación fiscal; tal restricción es, sin embargo, mínima, por cuanto se limita a la puesta a disposición de la Fiscalía al omiso, quien no puede estar en esa condición, de retenido, más de 24 horas, en que se levantará indefectiblemente esa medida. De otro lado, en los casos de urgencia y peligro por la demora, circunscritos a las medidas de intervención de la correspondencia, secuestro de cosas y de clausura, vigilancia e inmovilización de locales o cosas muebles, el Fiscal puede disponer su ejecución con cargo a solicitar inmediatamente una resolución confirmatoria al Juez Penal (arts. 155°, 160° y 171°).

C. Conclusión de la investigación y etapa intermedia

Corresponde al Ministerio Público determinar, al final de la investigación, si la causa debe ser sobreseída o pasar a juicio oral. Solo cuando el Fiscal formula acusación, es dable que el juez dicte el auto de enjuiciamiento. Si el Fiscal pide el sobreseimiento de la causa, el juez eventualmente, si no está de acuerdo con el requerimiento fiscal, iniciará el procedimiento para forzar la acusación acudiendo al control jerárquico; la decisión del Fiscal Superior

---

(42) En: http://www.TC.gob.pe/jurisprudencia/1998/579-96-HC.html

es definitiva al respecto. La acusación determina el objeto del proceso y, por parte del Fiscal, detalla los medios de prueba que deben actuarse en el juicio oral.

D. El juicio oral y el procedimiento recursal

La posición del Fiscal en el juicio oral, en virtud del principio de igualdad de armas, no es mucho más sólida que la del acusado y su defensor, así como del resto de las partes privadas. Comparte con la defensa el derecho a preguntar, tiene el interrogatorio directo y puede requerir pruebas. Al finalizar el debate propiamente dicho, tiene la posibilidad de retirar la acusación, ratificar la acusación escrita o pedir una acusación ampliatoria. Emitida la sentencia puede, si considera ilegal el fallo, interponer el correspondiente recurso impugnatorio.

Todo lo expuesto, en atención a lo que debe ser la intervención del Ministerio Público en el proceso penal no hace sino consolidar, aun cuando todavía no se ha logrado en los países de nuestro ámbito de cultura, el origen histórico de la institución, en suma, los tres objetivos de su creación, y que nuestra ley fundamental –de uno u otro modo– intentó consagrar. Señala AMBOS, sobre el particular, que el *primer* objetivo fue la derogación del tradicional proceso inquisitivo, mediante la realización de forma separada de las funciones de acusación y enjuiciamiento por parte de la fiscalía y de los tribunales; el *segundo* objetivo fue la creación de una institución objetiva encargada de la investigación, que al mismo tiempo habría de asumir el papel de guardián de la ley con respecto a la actuación estatal y, relacionado con lo anterior, el control jurídico-estatal de las investigaciones policiales, lo que debía erigirlo en "dueño y señor de la instrucción procesal"; y el *tercer* objetivo fue, igualmente, con respecto a la policía, en constituirse en garante de un proceso jurídico-estatal revestido de forma judicial[43], objetivos últimos que, por cierto, debe desarrollar el nuevo Código Procesal Penal.

II. LA POLICÍA

1. ASPECTOS GENERALES

1. La *Policía Nacional del Perú*, tal como es su denominación a partir de la Ley de Reforma Constitucional N° 24949, de 6 de noviembre de 1988, que fue respetada por la vigente Constitución Política de 1993, se estructura

(43) AMBOS, Kai: "Control de la policía por el fiscal *versus* dominio policial de la instrucción", en: *Tribunales de Justicia*, N° 3, marzo, Madrid, 2002, p. 15.

como un cuerpo policial único en todo el ámbito del Estado, fuertemente jerarquizado –con una tendencia a la militarización de su lógica funcional y organizacional– y centralizado en un solo comando institucional, bajo la directa dependencia del Ministerio del Interior.

El Capítulo XII de la Constitución nacional, denominado "*De la Seguridad y de la Defensa Nacional*", regula –en sus arts. 166° y ss.– las funciones y atribuciones de la Policía Nacional. De la Ley Fundamental es posible identificar cuatro ideas básicas.

En *primer lugar*, el art. 166° Const. fija la finalidad fundamental de la Policía Nacional, bajo una concepción amplísima de la función policial. Consiste en: (1) garantizar, mantener y restablecer el orden interno; (2) prestar protección y ayuda a la comunidad; (3) garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado; (4) prevenir, investigar y combatir la delincuencia; y, (5) vigilar y controlar las fronteras.

En *segundo lugar*, el art. 167° Const., siguiendo nuestra tradición constitucional, precisa que tanto las Fuerzas Armadas como la Policía Nacional tienen como Jefe Supremo al Presidente de la República, lo que ha permitido considerar que éste debe integrar la estructura orgánica del Poder Ejecutivo (*vid.* art. 118°.4 y 14 Const.) y, por tanto, que no puede depender orgánicamente –por lo menos aquel cuerpo especializado encargado de la investigación de los delitos y faltas– del Ministerio Público.

En *tercer lugar*, el art. 169° Const. enfatiza que la Policía Nacional, al igual que las Fuerzas Armadas, no son deliberantes y están subordinadas al poder constitucional. La Ley asigna los fondos necesarios para su funcionamiento y fija anualmente el número de sus efectivos (arts. 170° y 172° Const.).

En *cuarto lugar*, los miembros de la Policía Nacional están organizados bajo un modelo de categorías, jerarquías y grados, muy similar a las Fuerzas Armadas. Sobre esa premisa, por ejemplo, el art. 172° Const. establece que el ascenso al grado de General de la Policía Nacional –el más alto en la jerarquía policial– corresponde otorgarlo al Presidente de la República, según propuesta de la propia institución.

2. La noción de *orden interno* es el eje central de la misión institucional de la Policía Nacional. La doctrina nacional considera que es un concepto político-social y se refiere a aquella situación interna en la sociedad de paz y posibilidad de progreso para el conjunto y para los individuos, en la cual se cumple el orden jurídico y la organización democrática con un espíritu de justicia y equidad. Esta noción, de suyo amplia, comprende o incluye lo que se conoce como *orden público*, que hace mención a aquellas normas imperativas que no pueden dejar de ser cumplidas válidamente frente al

Derecho, entre las que son de incluir todas las reglas jurídicas que se deben obedecer, incluyendo por cierto las leyes penales[44].

Bajo esta misma perspectiva, se tiene consolidado en la doctrina constitucional que el *orden interno* comprende tres aspectos: a) la *seguridad ciudadana*, esto es, la protección de la integridad física y moral, amén del patrimonio; b) la *estabilidad* de la organización política; y, c) el resguardo de las instalaciones públicas y servicios públicos esenciales. La preservación del *orden interno*, acota GARCÍA TOMA, es competencia del Presidente de la República a través de la Policía Nacional, el cual tiene como características no sólo ser entendido como una esfera del orden público, sino también la situación de comportamiento pacífico, ordenado y leal a las normas de derecho público, vinculadas con la paz y el sosiego por parte de la ciudadanía, y con el hecho de que la responsabilidad de su mantenimiento se encarga a la Policía Nacional en situaciones de normalidad constitucional y a las Fuerzas Armadas en los Estados de Emergencia (*vid.* art. 137° Const.)[45].

3. Desde ese común entendimiento, el art. 166° Const. precisa el conjunto de actividades que desarrolla la Policía Nacional para garantizar el orden interno, vale decir, para preservar y asegurar la paz y seguridad ciudadana, y el normal desenvolvimiento de las actividades individuales y sociales. Ese marco incluye cuatro ámbitos: a) la protección y ayuda para que las personas ejerzan sus derechos y eviten lesiones a sus bienes jurídicos; b) la garantía del cumplimiento de las leyes, y la seguridad del patrimonio público y privado; c) la prevención e investigación de los delitos; y, d) la vigilancia de las fronteras.

Además, de conformidad con los arts. 163° y 171° Const., conjuntamente con las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional cumple tres tareas adicionales: a) participación en la defensa nacional; b) participación en el desarrollo económico y social del país; y, c) participación en la defensa civil[46].

4. El Estatuto de la Policía Nacional se definió a fines del año 1999. Por Ley N° 27238, publicada el 22 de diciembre de 1999, se aprobó la Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú (LOPNP), que a su vez fue reglamentada mediante el Decreto Supremo N° 008-2000-IN, publicado el 6 de octubre de 2000.

---

(44) RUBIO CORREA, Marcial: *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, T. IV, pp. 318-320.

(45) GARCÍA TOMA, Víctor: *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1998, T. II, pp. 352-354.

(46) GARCÍA TOMA: *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*, cit., T. II, p. 396.

El art. 2° LOPNP define a la Policía Nacional como "(...) una institución creada para garantizar el orden interno, el libre ejercicio de los derechos fundamentales de la persona y el normal desarrollo de las actividades ciudadanas. Es profesional y jerarquizada. Sus integrantes representan la ley, el orden y la seguridad en toda la República y tienen competencia para intervenir en todos los asuntos que se relacionan con el cumplimiento de su finalidad fundamental". Esta última es la indicada en el art. 166° Const., cuyo tenor es repetido en el art. 3° LOPNP.

La Policía, institucionalmente, como ya se expuso, forma parte de la estructura orgánica del Ministerio del Interior (*vid.* art. 4° LOPNP). Son diecisiete las *funciones* que tiene encomendadas, todas ellas ligadas a las nociones de *orden interno* y *orden público* policial. Son de destacar, entre ellas, las siguientes: 1) El mantenimiento de la seguridad y tranquilidad públicas; 2) *la prevención, combate, investigación y denuncia de los delitos y faltas*; 3) la aplicación de sanciones conforme al Código Administrativo de Contravenciones de Policía (de dudosa legitimidad constitucional al no estar autorizada expresamente por la ley fundamental)[47]; 4) la garantía de la seguridad ciudadana, capacitando en este ámbito a las entidades vecinales organizadas; 5) el control del transporte vehicular; 6) la vigilancia de las fronteras, así como el cumplimiento de las disposiciones legales sobre control migratorio; 7) la seguridad de los funcionarios públicos y personal diplomático; 8) el cumplimiento de los mandatos escritos del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, Sistema Electoral y Ministerio Público, en el ejercicio de sus funciones; 9) velar por la seguridad de los bienes y servicios públicos; y, 10) participar en la Defensa Nacional, Defensa Civil y en el desarrollo económico y social del país.

En lo que respecta a las *atribuciones*, la Policía puede: 1) intervenir en toda circunstancia, considerándose permanentemente en servicio; 2) requerir la presentación de documentos de identidad personal "cuando el caso lo amerite"; 3) registrar y centralizar los antecedentes policiales y las requisitorias judiciales[48]; 4) realizar peritajes criminalísticos, técnico-vehiculares

---

[47] La Ley de Reforma Constitucional N° 27680, de 7 de marzo de 2002, estableció –al modificar el art. 197° de la ley fundamental– (1) que la participación vecinal es promovida, apoyada y reglamentada por las Municipalidades, de suerte que la capacitación ciudadana se realiza con el concurso y dirección de los gobiernos locales; y, (2) que los servicios de seguridad ciudadana son brindados por las Municipalidades, pero con el apoyo de la Policía Nacional, conforme a Ley. Es claro que las Municipalidades no pueden crear sus propios cuerpos de policía y de seguridad.

[48] El registro de las requisitorias está encomendado al Poder Judicial (*vid.* Resolución Administrativa N° 134-CME-PJ, de 26 de junio de 1996), lo que ha sido consolidado

y otros relacionados con sus funciones[49]; y, 5) obtener, custodiar, asegurar y procesar indicios, evidencias y elementos probatorios relacionados con la investigación policial, poniéndolos oportunamente a disposición de la autoridad competente.

La Policía Nacional tiene *facultades* específicas para cumplir la misión que la LOPNP le otorga. Dicha norma establece que puede: 1) realizar registro de personas, inspección de domicilios, instalaciones, y vehículos y objetos; 2) intervenir, citar y detener a las personas; y, 3) actuar como conciliador en los casos de conflictos que no constituyan delitos o faltas que alteren el orden y la tranquilidad públicas. Llama la atención que la LOPNP no precise los supuestos concretos que hacen proporcionales y no arbitrarias las facultades que se entregan a la policía; se limita a indicar que debe efectuarlas de conformidad con la Constitución y la Ley, pero esto último o es inexistente o no tiene el nivel de concreción necesario. Asimismo, la red de funciones y las propias facultades policiales se mencionan sin correlacionarlas, en lo que a la función propiamente de Policía Judicial se refiera, con la dependencia jurídico-funcional que tienen respecto del Ministerio Público.

Desde esa misma perspectiva, se impone a la Policía observar y sujetarse, en el ejercicio de sus funciones, a los principios del "*Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley*". Se precisa que la policía debe respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona. Se exige que el policía debe proteger a las personas contra actos ilegales; usar la fuerza cuando sea estrictamente necesario, y en la medida que lo requiera el desempeño de sus funciones; mantener en reserva las cuestiones de carácter confidencial que en el ejercicio de sus funciones tenga conocimiento, a menos que el cumplimiento del deber o necesidades de la justicia exijan lo contrario; no cometer ni tolerar ningún acto de corrupción; e, impedir la violación del Código de conducta informando obligatoriamente a sus superiores (art. 12° Reglamento LOPNP).

5. La organización de la Policía Nacional parte de su consideración de constituir un cuerpo único en todo el ámbito del Estado. En su vértice se encuentra la *Dirección General*, a cargo de un Teniente General de la Policía Nacional, quien tiene un control estricto de toda la organización policial y depende directamente del Ministro del Interior y del Presidente de la Repú-

---

por la Ley N° 27411, que regula el procedimiento de homonimia, de 27 de enero de 2001, al hacer mención al mencionado Registro y a que dicha entidad es la que otorga el Certificado de Homonimia.

(49) La falta de concordancia en cuanto a las pericias que puede realizar la Policía es marcada. Un riesgo de colisión se encuentra en el ámbito pericial asignado al Instituto de Medicina Legal por la Ley N° 24128, de 23 de mayo de 1985.

blica. Es de destacar –en el ámbito organizacional policial– la presencia, de un lado, como Órgano de Apoyo, de la *Dirección de Criminalística*, a cargo de un Oficial General de la Policía Nacional, encargada de los laboratorios y de la labor propiamente pericial de cara a las investigaciones criminales; y, de otro lado, como Órganos de Ejecución, de las *Direcciones Especializadas* y de las *Regiones Policiales*, siendo de resaltar, en el ámbito Especializado, siempre dirigidas por Oficiales Generales de la Policía Nacional, las Direcciones de Investigación Criminal, Antidrogas, contra el Terrorismo, de Policía Fiscal, de Policía Judicial, de Policía del Ministerio Público, entre otras (*vid.* art. 13°.7.2 Regl. LOPNP).

6. Desde el punto de vista de la función policial en relación con su organización institucional y las relaciones con el Poder Judicial y el Ministerio Público, se tiene:

En *primer lugar*, la Policía –en la configuración y en el desarrollo de sus planes operativos destinados a garantizar el orden interno y el orden público– tiene una *relativa autonomía funcional*. Sus planes y desarrollos operativos, de modo general, dependen del conocimiento y la aprobación del Ministro del Interior –en tanto que el Ministerio del Interior es el Organismo Público rector de las actividades, entre otras, relacionadas tanto con la Seguridad Interna como con la Función Policial–; y, el Ministro del Interior estructura, dirige y controla la acción y organización de la Policía Nacional (*vid.* arts. 2° y 5° del Decreto Legislativo N° 370, de 4 de febrero de 1986, Ley Orgánica del Ministerio del Interior), aunque en su ejecución específica y en la realización de medidas puntuales para enfrentar situaciones de emergencia o de urgencia goza de una amplia autonomía de acción, especialmente en las labores de investigación criminal, donde no se ha producido la efectiva dirección jurídico-funcional del Ministerio Público.

En *segundo lugar*, la Policía, en sus relaciones con los órganos constitucionales de la justicia penal, normativamente depende de las órdenes, mandatos y directivas que le cursen el Poder Judicial y el Ministerio Público.

a) Respecto al *Poder Judicial*, el art. 118°.9 Const. prescribe que corresponde al Presidente de la República, cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales. Desde esa perspectiva los arts. 282° y 283° de la LOPJ califican a la Policía de "órgano de auxilio judicial" y, luego de nominar a la policía que se relaciona con la justicia de "Policía Judicial" –siguiendo la tradición impuesta por el CPP 1940–, le atribuye tres grandes funciones de auxilio: citar y detener, para la comparecencia de imputados, testigos y peritos; practicar diligencias propias de sus funciones; y, custodiar y proporcionar seguridad a los magistrados e instalaciones del Poder Judicial, así como el traslado de imputados y sentenciados (se

entiende cuando se encuentren detenidos en un Establecimiento Policial o Penitenciario). El Código Procesal Civil, en su art. 54°, insiste en que la Policía es un órgano de auxilio judicial y remite a la ley la identificación de sus labores de auxilio.

b) En cuanto al *Ministerio Público*, el art. 159°.4 Const. le atribuye la conducción de la investigación del delito desde su inicio, así como la dirección funcional de la Policía, lo que el art. 7°.10 de la LOPNP reconoce expresamente. Como ya se indicó, la STC, Exp. N° 005-2001-AI/TC, de 15 de noviembre de 2001, declaró que el Ministerio Público es el encargado de la conducción del proceso en la fase prejurisdiccional, y que la Policía Nacional desarrolla una función meramente ejecutiva y, por ende, subordinada funcionalmente, en lo que a la investigación del delito se refiere, al Ministerio Público(50); por tanto, no es que la Policía Nacional investiga el delito con intervención del Ministerio Público, sino que es el Fiscal quien la lleva a cabo con el concurso –bajo su conducción– de la Policía.

2. FUNCIÓN POLICIAL DE PREVENCIÓN Y DE REPRESIÓN DEL DELITO

1. Como se desprende de lo apuntado anteriormente y, siguiendo a MORENO CATENA, son funciones propias de la Policía sólo lo relacionado con el mantenimiento de la seguridad para garantizar el libre ejercicio de los derechos ciudadanos y asegurar el normal funcionamiento de las instituciones, así como la prevención de delitos y la investigación de los mismos para lograr su represión(51). Estas funciones, de conformidad con el "Manual de procedimientos Operativos Policiales", aprobado por Resolución Directoral de la Dirección General de la Policía Nacional N° 1184-96-DGPNP/EMG, de 21 de marzo de 1996, se expresan a través de tres procedimientos operativos policiales: patrullajes, procedimientos generales y procedimientos especiales.

2. La *función preventiva* de la Policía, en tanto tarea de "Policía de Seguridad", señala CLARIÁ OLMEDO, es previa y anterior a la aparición de un daño público proveniente de un posible hecho delictuoso, y se rige por normas generalizantes que permiten a sus componentes moverse dentro de un cierto margen de discrecionalidad; tienen un carácter administrativo-ejecutivo, desde el punto de vista de sus métodos y de su subordinación(52).

---

(50) *El Peruano*, Lima, 17 de noviembre de 2001, pp. 21788-212792.

(51) MORENO CATENA, Víctor: "Dependencia orgánica y funcional de la Policía Judicial", en: *Poder Judicial*, N° VIII (Especial), Madrid, 1989, p. 141.

(52) CLARIÁ OLMEDO, Jorge: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ediar, Buenos Aires, 1963, T. III, p. 54.

La *función represiva* de la Policía, en tanto cometido propio de "Policía Judicial", acota GÓMEZ COLOMER, se dirige a averiguar los delitos públicos que se cometan en su territorio o demarcación, practicar las diligencias necesarias para comprobarlos, descubrir a los delincuentes, recoger todos los efectos o instrumentos o pruebas del delito, sea o no probable su desaparición, y entregarlos a la autoridad[53]; es pues una actividad de auxilio a la impartición de justicia penal, tal como reza el art. 59° CPP 1940. Desde esta última perspectiva, la Fiscalía, para la realización del procedimiento de investigación, cuenta con la Policía, que le está subordinada funcionalmente, dado que el Ministerio Público, como tal, no tiene órganos ejecutivos, es una 'cabeza sin manos' al decir de KERN[54].

3. En nuestro país, en tanto la Policía es única y centralizada, las funciones de prevención y de represión las desempeña el mismo órgano. El sistema previsto en el art. 66° CPP de 1940, de constituir un cuerpo policial especializado y autónomo, nunca se cumplió[55], al punto que las sucesivas leyes orgánicas de la Policía no lo contemplaron y, menos, las Constituciones de 1979 y la vigente de 1993. Esta diferenciación, no muy clara, es posible hacerla –aunque relativamente– a partir de la estructura orgánica de la Policía Nacional. Si se toman en cuenta las Direcciones Especializadas, es factible ubicar las funciones de seguridad en las Direcciones de Defensa Nacional y Control de Fronteras, de Operaciones Especiales, de Policía de Carreteras, de Seguridad Vial, y de Policía de Turismo y Ecología; mientras que las funciones de represión están concentradas en las Direcciones de Policía del Ministerio Público, Judicial, Antidrogas, Terrorismo e Investigación Criminal. Igualmente, en las Regiones Policiales se da similar diferenciación de funciones, aunque con un mayor énfasis en las labores de Policía de Seguridad. A este esfuerzo diferenciador, el art. 41° del Reglamento LOPNP reconoce como una especialización funcional la de Orden y Seguridad, diferenciándola de la de Investigación Criminal, Criminalística (de apoyo a la anterior), Inteligencia (de apoyo a las dos primeras) y de Administración.

3. PERSECUCIÓN PENAL Y POLICÍA JUDICIAL

1. El art. 159°.4 Const. establece que: "Corresponde al Ministerio Público conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito,

---

(53) GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis: "Estado de Derecho y Policía Judicial Democrática", en su: *El proceso penal en el Estado de Derecho*, Palestra, Lima, 1999, p. 98.

(54) ROXIN, Claus: *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 57.

(55) En igual sentido: DEL VALLE RANDICH, Luis: *Derecho procesal penal. Parte general*, Lima, s/f., T. I, p. 313.

la Policía Nacional está obligada a cumplir con los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función". La subordinación de la Policía no es orgánica, solo es de carácter funcional, aunque no implica –pese a que así se concibe clásicamente ese concepto– un trasvase de funcionarios del ente policial a la Fiscalía[56], sino la configuración de unidades policiales cercanas al Ministerio Público, sin perder su dependencia orgánica hacia el cuerpo policial y al Ministerio del Interior.

2. No existe a la fecha una regulación clara de las relaciones entre ambas instituciones en orden a la función de represión. Será necesario, dada nuestra realidad constitucional, la institucionalización de Comisiones Especiales Conjuntas de la Fiscalía y la Policía, a fin de que el control jurídico-funcional de la Fiscalía sea posible, en tanto las relaciones no pueden ser de simple coordinación y vigilancia, sino de dirección o conducción[57].

El Ministerio Público, ante este panorama institucional y normativo, se ha limitado a expedir la Circular N° 001-99-MP-CEMP, aprobada mediante Resolución N° 471-99-MP-CEMP, de 16 de junio de 1999, ampliada por la Resolución N° 628-2000-MP-CEMP, de 12 de septiembre de 2000. En su Disposición 4°.1 establece que los Fiscales Provinciales y Adjuntos penales al apersonarse a las dependencias policiales constatarán la existencia de personas detenidas impartiendo medidas para el puntual respeto de sus derechos fundamentales. La Circular exige además que el Fiscal corrobore que al detenido se le ha notificado por escrito los motivos de su detención. Otro supuesto interesante es el estipulado en la Disposición 4°.3 donde se señala que el Fiscal, comprobada la detención, dispondrá que la autoridad policial, en caso no lo hubiera hecho, comunique de inmediato de esta medida al Fiscal Provincial competente, orientándola para que remita los actuados en el término de ley al Fiscal correspondiente.

Es obvio que estas funciones, vinculadas a la relación Fiscalía-Policía, son notoriamente insuficientes, pues solo dicen de la función de supervigilancia propia del art. 9° de la LOMP[58], pero no de la verdadera función de conducción, cuya complejidad es cada día mayor y donde se requiere la orientación jurídica del Ministerio Público para evitar lesiones a los derechos

---

(56) QUERALT, Joan Joseph: *Introducción a la Policía Judicial*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 21.

(57) Más detalles, en el modelo germano, ROXIN: *Derecho procesal penal*, cit., p. 71.

(58) LOMP, Artículo 9°: "El Ministerio Público, conforme al inciso 5° del artículo 250° de la Constitución Política [de 1979], vigila e interviene en la investigación del delito desde la etapa policial. Con ese objeto las Fuerzas Policiales realizan la investigación. El Ministerio Público interviene en ella orientándola en cuanto a las pruebas que sean menester actuar y la supervigila para que se cumplan las disposiciones legales pertinentes para el ejercicio oportuno de la acción penal".

individuales y un perjuicio a las investigaciones, con el riesgo de excluir fuentes de prueba de especial importancia.

Cabe señalar a este respecto, que la actividad de investigación es estrictamente jurídica, pues como dice VÉLEZ MARICONDE, está regulada por normas rígidas del Derecho positivo, que excluyen la posibilidad de que los funcionarios que las cumplen tengan poderes discrecionales[59]. En este ámbito, la función de Policía Judicial, acotan VIADA-ARAGONESES, tiende a preparar la actuación del Derecho, obra sobre un hecho ya acabado, se inspira en criterios de legalidad, por lo que es una función auxiliar del Poder Judicial –en puridad, de la justicia penal–[60]. Por ello mismo, esto es, porque se requiere una respuesta judicial adecuada con la realidad de un hecho criminal y la participación de una persona, y porque se necesita el aseguramiento del delincuente para que el proceso discurra con mayores posibilidades de esclarecimiento, y además la obtención rápida y oportuna de datos veraces y correctamente obtenidos, es que –conforme postula JIMÉNEZ VILLAREJO– se requiere de una policía dependiente de la autoridad judicial[61].

3. Corresponde a la Policía Nacional, en funciones de Policía Judicial, investigar las infracciones penales actuando de inmediato, con cargo a dar cuenta al Ministerio Público antes de las veinticuatro horas, tal como lo estatuye el art. 1° de la Ley N° 27934, de 12 de febrero de 2003. Teóricamente es el Fiscal quien debe hacerse cargo de la investigación de un delito desde su inicio, pero razones de logística y de organización le impiden esta función, en consecuencia es la Policía quien, en virtud de su estructura y ubicación geográfica, está en condiciones de acceder al lugar de los hechos y actuar con mayor prontitud y dinamismo, aunque sus actos de investigación y de aseguramiento deben ser puestos en conocimiento del Fiscal, quien los evaluará y dispondrá lo conveniente.

Lo expuesto significa que la función de Policía Judicial puede ejercerse de oficio, para adelantar diligencias de urgencia y, por ende, relativamente autónoma, siempre en aras de la pronta intervención fiscal; así como puede llevarse a cabo, por comisión, esto es, por orden del Ministerio Público, siguiendo expresas directivas del Fiscal, ya sea de orden general o específico. El resultado de sus investigaciones, inclusive las ampliatorias instadas por el Juez Penal (art. 63° CPP 1940), las vuelca en un documento denominado "Atestado Policial" (art. 60° CPP 1940).

---

(59) VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: *Derecho procesal penal*, Marcos Lerner–Editora Córdoba, Córdoba, 1986, T. I, p. 261.

(60) VIADA / ARAGONESES: *Curso de Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 117.

(61) JIMÉNEZ VILLAREJO, José: "La policía judicial: Una necesidad, no un problema", en: *Justicia Penal*, N° II, Madrid, 1987, p. 180.

Es impensable, hoy en día, un sistema de persecución del delito sin la intervención de la Policía, la que –en palabras de CONDE-PUMPIDO TOURÓN– desempeña la labor de "(...) garantizar la eficacia del Poder Judicial, tanto en la faceta previa de obtención de la información en que han de fundamentarse las resoluciones de los jueces (*función de investigación*), como en la labor de imponer el cumplimiento de dichas resoluciones en caso necesario (*función de coerción*). La Policía se integra, en consecuencia, dentro del edificio de la Justicia, como un elemento fundamental, absolutamente imprescindible"[62].

4. La eficacia de toda investigación criminal requiere no solo la búsqueda de información relevante, y el aseguramiento de evidencias y de la persona del implicado (art. 59° CPP 1940). También, necesita de una labor pericial, y de citación judicial (ex arts. 64° y 65° CPP 1940), asimismo que la colaboración de la Policía se produzca, no solo antes del proceso penal, sino también en su desarrollo, a requerimiento del Juez a fin de corroborar nuevos datos o de indagar una línea recién conocida de investigación surgida en el curso de la instrucción (ex art. 63° CPP 1940).

Las funciones de Policía Judicial de la Policía Nacional pueden clasificarse, siguiendo la propuesta elaborada por GÓMEZ COLOMER, de la siguiente manera: a) *con relación a los delincuentes*: averiguar quiénes son los responsables de los delictivos, actuando como respuesta a las denuncias ante ella presentadas, o por orden de la autoridad fiscal o judicial (en el Perú sólo de la Fiscalía), y en su caso detenerlos y ponerlos a disposición judicial tras la realización de las diligencias pertinentes (bajo control del Fiscal), inclusive puede retener individuos con fines de identificación; b) *con relación al delito denunciado*: averiguar las circunstancias de su comisión, lo que gira en torno a los actos de investigación que está autorizada a realizar; c) *Actos de auxilio*: auxiliar al Juez y al Fiscal en cuantas actuaciones deban realizar fuera de su sede y requieran la presencia policial, realizar citaciones, llevar a cabo otra actuación en que sea necesaria su cooperación, v. gr.: las pericias técnicas; d) *Actos de ejecución*: las tareas vinculadas al ejercicio de la coerción y que sean ordenadas por el Juez o el Fiscal, así como la garantía del cumplimiento de las órdenes y resoluciones del Juez o del Fiscal; e) *Con relación a las víctimas*: proporcionarles auxilio y protección, e instruirlas de sus derechos; y, f) *Como testigo*: al tener sus actuaciones valor procesal de denuncia –con las excepciones que oportunamente se explicarán–, deben comparecer como testigos en el proceso penal[63].

---

(62) GIMENO SENDRA *et al.*: *Los procesos penales*, cit., T. 3, p. 150.

(63) GÓMEZ COLOMER: "Estado de Derecho y Policía Judicial Democrática", cit., pp. 102-103.

III. EL ACUSADOR PRIVADO

El acusador privado, como apunta MORENO CATENA, es la parte acusadora necesaria en los procesos penales por hechos delictivos perseguibles solo a instancia de parte, en los que queda excluida la intervención del Ministerio Público(64).

Como ya se ha precisado, los delitos denominados impropiamente *privados* se encuentran taxativamente enumerados en el Código Penal. Se trata de los delitos contra el honor personal, contra la intimidad y lesiones leves culposas. En ellos, no interviene el Ministerio Público y se persigue mediante el procedimiento impropiamente denominado de "*querella*" (arts. 302° del Código de 1940 y 376° del Código de 1991).

La persecución de estos delitos, acota MONTERO AROCA, depende no solo de la voluntad del ofendido, sino de que esta se manifiesta precisamente por medio de querella. El agraviado, en este caso, es el titular único de la acción penal, tanto respecto de la incoación del proceso como de su sostenimiento a lo largo del mismo(65). La querella de la víctima significa no solo poner en conocimiento de la autoridad judicial la comisión de un hecho delictivo en su agravio, sino la voluntad de perseguirlo y lograr la sanción del presunto responsable.

En estos procedimientos vinculados al ejercicio privado de la acción penal, además de que la acción está condicionada a la voluntad del agraviado y se realiza mediante querella, hace falta que este mantenga la acusación a lo largo de todo el proceso(66).

La legitimación está concedida exclusivamente al agraviado, salvo que no estuviere en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, en cuyo caso actuaría quien lo represente legalmente. Finalmente, la condición de *acusador privado* se pierde, primero, cuando expresamente se aparte de la querella (desistimiento o transacción) o la hubiera abandonado tácitamente (abandono o perención de la instancia). Corresponde al acusador privado instar las actuaciones judiciales correspondientes y la práctica de las diligencias necesarias para sostener su acusación, a la par que intervenir en todo el curso del procedimiento.

La Corte Suprema ha reconocido expresamente la figura del *acusador privado* en los delitos privados, sosteniendo que el querellante tiene que ser siempre parte en la causa, porque es un acusador privado que insta el proce-

---

(64) En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho proceso penal*, cit., p. 175.

(65) MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III (*Proceso penal*), p. 68.

(66) MUERZA ESPARZA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 146.

dimiento, su actividad está vinculada al progreso de la causa y a la obtención de un resultado final mediante la sentencia definitiva, consecuentemente, debe aceptarse su impugnación sin necesidad que se constituya en parte civil, supuesto que es propio de los delitos públicos[67].

IV. EL ACTOR CIVIL O PARTE CIVIL

1. CONCEPTO

Se define al actor civil como aquella persona, que puede ser el *agraviado* o sujeto pasivo del delito, es decir, quien directamente ha sufrido un daño criminal y, en defecto de él, el *perjudicado*, esto es, el sujeto pasivo del daño indemnizable o el titular del interés directa o inmediatamente lesionado por el delito, que deduce expresamente en el proceso penal una pretensión patrimonial que trae a causa de la comisión de un delito[68].

Para ser considerado actor civil, el agraviado o el perjudicado deben constituirse expresamente como tal y deducir la correspondiente pretensión patrimonial en el proceso penal. Sin embargo, en el Proyecto de Código de 1995, dentro de la perspectiva de otorgar un mayor reconocimiento a los intereses del agraviado o sujeto pasivo del delito, por el solo hecho de serlo, *en primer lugar*, se le reconoce un conjunto de derechos procesales, tales como: a) intervenir en el proceso, previo apersonamiento; b) ser informado de los resultados del proceso; c) formular solicitudes probatorias; d) ser escuchado antes de cada decisión que afecte su derecho; y, e) participar en el juicio oral y alegar al finalizar la vista, aunque sin pedir pena ni reparación civil. Solo está impedido de participar en las diligencias probatorias, absolver traslados, interponer medios impugnatorios y deducir nulidad de actuados (art. 85°). *En segundo lugar*, se impone al Fiscal o al Juez la denominada "*diligencia de ofrecimiento de acciones*", en cuya virtud se reconoce a la víctima el derecho de acceso al proceso penal que se está instruyendo y, por consiguiente, debe informársele "(...) *sobre sus derechos cuando interponga la denuncia, al declarar preventivamente o en su primera intervención en el procedimiento*" (art. 85°, tercer párrafo). Uno de los derechos que tiene es, sin duda, el de poder constituirse en actor civil y ser parte en el proceso.

Los arts. 54° del Código de 1940 y 82° del Código de 1991 precisan que pueden constituirse en parte civil o actor civil el agraviado, o en su defecto

---

(67) Ejecutoria Suprema de 9 de marzo de 1978, Exp. N° 99-77, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXX, Lima, 1983, p. 377).

(68) SOLÉ RIERA, Jaime: *La tutela de la víctima en el proceso penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 65.

(siempre que el agraviado directo o sujeto pasivo del delito esté imposibilitado de hacerlo: por fallecimiento, ausencia o incapacidad) su cónyuge, descendientes, ascendientes, tutor, curador u otra persona que lo represente legalmente[69]. GARCÍA RADA enfatiza al respecto que "faltando el agraviado –por muerte o incapacidad– puede apersonarse el pariente más cercano, según las leyes de la herencia. Si el perjudicado no quisiere constituirse en parte, sus parientes no pueden sustituirlo... la intervención de los parientes es subsidiaria de la voluntad del perjudicado, no su reemplazante"[70]. Las personas jurídicas lo hacen por medio de su representante legal y el Estado por el Procurador Público (Decreto Ley N° 17537). Si hay concurrencia de peticiones, sólo uno puede ser constituido en parte civil, en cuyo caso se acude a las prioridades sucesorias fijadas en el Código Civil.

El Estado es representado por el Procurador Público, conforme al Decreto Ley N° 17537, salvo cuando se trata de entidades estatales que tienen personería jurídica propia, cuya representación y defensa es realizada por sus propios personeros legales, como es el caso de las municipalidades, de las empresas del Estado y de los Bancos estatales, como el Banco de la Nación[71]. La personería del Procurador Público, al amparo del Decreto Ley N° 18850, alcanza a la defensa de los intereses y derechos patrimoniales del Estado y al mantenimiento del orden constitucional[72].

El Código Penal exige que conjuntamente con la pena se determine la reparación civil (art. 92°), lo que significa que existe una acumulación obligatoria de la acción penal con la acción civil *ex delicto*. En tal virtud, la Ley Procesal impone al Fiscal la persecución conjunta de la sanción penal con la reparación civil y al Juez le obliga a fijar el monto de la reparación civil cuando dicta sentencia condenatoria cuando se dan los presupuestos materiales que habilitan su imposición (arts. 225°.4 y 285° del Código de 1940 y numerales 260°.5 y 304° del Código de 1991).

---

(69) La Corte Suprema ha precisado que quien no se encuentra en los estrictos supuestos del art. 54° CPP y tiene solamente la simple calidad de denunciante no puede constituirse en parte civil, resultando nula la decisión que así lo hace (Ejecutoria Suprema de 15 de diciembre de 1981, Exp. N° 604-80-Lima. En: *El Magistrado*, 1er Semestre, Lima, 1982, pp. 227-229).

(70) GARCÍA RADA, Domingo: *Manual de Derecho procesal penal*, EDDILI, Lima, 1984, p. 97.

(71) Ejecutorias Supremas de 2 de noviembre de 1978, Exp. N° 115-78, Ica (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, N° 420, pp. 89-90); de 15 de abril de 1994, Exp. N° 933-92-B, Ancash; de 14 de diciembre de 1979, Exp. N° 1036-79, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXI, Lima, 1979-81, pp. 156-157); de 9 de marzo de 1978, Exp. N° 676-77, Lima (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. I, pp. 140-141).

(72) Ejecutoria Suprema de 19 de abril de 1979, Exp. N° 48-79, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXI, Lima, 1979-1981, p. 148).

A tenor de lo dispuesto en el art. 93° del Código Penal, la responsabilidad civil nacida del delito comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales[73].

Sin embargo, como se está ante un objeto de derecho privado y que es disponible por su titular, la pretensión civil en sede penal puede o no ser deducida por el agraviado (supuesto de renuncia de la misma o de satisfacción extraprocesal), quien además puede reservar su ejercicio para un proceso civil, sin que en ello obste la obligatoriedad de su persecución e imposición por el Fiscal y el Juez (art. 87° del Código de 1991). Si el agraviado opta por la vía civil, ya no puede acudir a la vía penal o viceversa, además tampoco podría acudir simultáneamente a ambas vías, lo que se justifica para evitar precisamente la litispendencia.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

La víctima que desea constituirse en actor o parte civil debe presentar, en el caso del Código de 1940, la solicitud oral o escrita correspondiente a la autoridad judicial (art. 55°); y, en el caso del Código de 1991, al Ministerio Público, si la causa está en la etapa de investigación, o al Juez, si la causa se encuentra en plena fase intermedia y hasta antes de la acusación oral (art. 82° del Código de 1991), acompañando en todo caso el documento que acredite su derecho (art. 84°).

La jurisprudencia vinculada al Código de 1940 ha establecido que los términos corren, sin necesidad de notificación, para el agraviado que no se ha constituido en parte civil[74]. También ha precisado que la constitución en parte civil sólo procede hasta antes de la iniciación del juicio oral[75]. Otras decisiones, bajo la misma perspectiva, señalarán que: "(...) el agraviado sólo puede constituirse en parte civil durante la instrucción o antes de iniciarse el juicio oral[76] y menos puede hacerlo en pleno juicio oral[77]".

---

(73) SOLÉ RIERA: *La tutela de la víctima en el proceso penal*, cit., p. 177.

(74) Ejecutoria Suprema de 26 de enero de 1978 (*Anales Judiciales*, T. LXXI, Lima, 1979-1981, pp. 168-169).

(75) Ejecutoria Suprema de 29 de setiembre de 1965, Cusco (*Anales Judiciales*, T. LX, Lima, 1965, p. 265).

(76) Ejecutoria Suprema de 4 de marzo de 1981 (*Normas Legales*, T. 111, setiembre-octubre, Trujillo, 1981, p. 452). Esta tesitura ha sido ratificada en el Exp. N° 4705-97, Ayacucho (FRISANCHO APARICIO, Manuel: *Tráfico ilícito de drogas y lavado de dinero*, Jurista Editores, Lima, 2002, p. 366).

(77) Ejecutoria Suprema de 25 de mayo de 1978, Exp. N° 1909-77, Amazonas (*Anales Judiciales*, T. LXX, Lima, 1978, p. 376).

El Proyecto de 1995, considera que la constitución de las partes es atribución exclusiva del órgano jurisdiccional y, con este efecto, quien quiere que se le considere actor civil debe presentar una solicitud donde acredite el *petitum* y la *causa petendi*, así como la prueba documental que acredite el derecho que invoca (art. 88°). El Juez, previa formación del cuaderno respectivo y del traslado por tres días a las partes, mediante auto fundado resolverá si admite la constitución en parte civil, contra el cual en todos los casos procede recurso de apelación (art. 90°).

Según los Códigos de 1940 y 1991, acreditado el derecho de quien quiere ser actor civil, el Fiscal o el Juez, según el caso, dictará resolución constituyendo al agraviado expresamente en actor civil. La resolución admisoria, en el caso del Código de 1940, puede ser objeto de oposición por las partes; y, de apelación directa en el caso del Código de 1991. El art. 56° del viejo Código preceptúa que si la oposición es desestimada, se puede interponer recurso de apelación contra dicha resolución.

La Corte Suprema ha dejado sentado que si no existe resolución que tiene al agraviado expresamente como parte civil carece de legitimación procesal[78], así como que el simple apersonamiento ante el Tribunal, señalando domicilio no significa constituirse expresamente en parte civil[79]. Tampoco basta, a juicio del Supremo Tribunal, la solicitud por escrito del agraviado, sino que es menester auto expreso que así lo resuelva[80].

Sin embargo, en decisiones más recientes el Tribunal Supremo ha sentado otra doctrina, pues considera "(...) que la sola petición del agraviado para que se le tenga como parte civil surte efecto procesal, aun cuando el juzgado haya omitido expedir la resolución correspondiente, pero caso distinto es la constitución en parte civil de quien no es el agraviado, lo que requiere de resolución expresa, conforme al art. 55° del Código de Procedimientos Penales"[81]. Esta perspectiva jurisprudencial, empero, no tiene asidero legal puesto que el art. 55° del Código de 1940 no hace excepciones a la necesidad de la admisión judicial de la constitución en parte civil, tanto más si la decisión judicial, en cualquier caso, puede ser objeto de oposición

---

(78) Ejecutorias Supremas de 8 de octubre de 1973, Exp. N° 1210-73, Lambayeque (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, p. 77); de 19 de abril de 1995, Exp. N° 1518-93-B, Cajamarca (ROJJASI PELLA, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, Legrima, Lima, 1997, pp. 313-314).

(79) Ejecutoria Suprema de 27 de julio de 1964 (*Revista Jurídica del Perú*, N° III, Lima, 1964, p. 194).

(80) Ejecutoria Suprema de 17 de agosto de 1964 (*Anales Judiciales*, T. LIX, Lima, 1964, p. 256).

(81) Ejecutoria Suprema de 12 de noviembre de 1996, Queja N° 1350-96, Ancash.

y sucesiva apelación con arreglo al art. 56°; de ahí que es de tener presente, inclusive, que la propia Corte Suprema, en fecha posterior, volvió al criterio originario exigiendo expresamente resolución judicial que considere al agraviado como parte civil[82].

El actor civil tiene amplia legitimación para intervenir durante la actividad procesal. Por tanto puede: a) ofrecer pruebas para acreditar el delito y la entidad de la reparación civil; b) promover durante la instrucción incidentes sobre cuestiones que afecten su derecho indemnizatorio, en cuya virtud debe notificársele de todas las diligencias del proceso; c) interponer las impugnaciones que correspondan (los agraviados sin ser parte civil carecen de personería para interponer recursos, dice la Ejecutoria Suprema de 10 de setiembre de 1996)[83]; y, d) concurrir al acto oral, participar en él activamente y, luego del debate probatorio, alegar fundamentando su derecho a la reparación civil, aunque no puede pronunciarse sobre la pena y la calificación del delito (arts. 57°, 58° y 276° del Código de 1940, así como numerales 86° y 297° del Código de 1991). No tiene facultad, sin embargo, para solicitar la ampliación del auto de apertura de instrucción y comprenderá a otras personas u otros delitos[84].

El Tribunal Constitucional ha declarado, en primer lugar, que para que pueda accederse al sistema recursivo en el proceso penal se debe tener la calidad de parte; en segundo lugar, que para ser considerado parte civil es preciso que –en este caso, el procurador público– se constituya como tal expresamente; en tercer lugar, que el auto que constituye a una persona en parte civil debe notificarse al imputado, para que pueda ejercer un derecho de oposición; y, en cuarto lugar, la omisión de notificación no compromete el debido proceso cuando se advierte que no existe una relación de causa-efecto entre el delito que se juzga y la condición de agraviado (STC, Exp. N° 0213-2002-HC/TC, Asunto Octavio Pedraza Barreda, de 16 de abril de

---

(82) Ejecutorias Supremas de 31 de diciembre de 1996, Exp. N° 5050-96-B, Cusco (GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo: *Jurisprudencia penal*, Idemsa, Lima, 1997, T. III, p. 169); de 12 de agosto de 1997, Exp. N° 3290-97, Puno (*Normas Legales*, T. 261, febrero, Trujillo, 1998, p. A12); de 3 de setiembre de 1996, Exp. N° 3608-95-B, Cajamarca (*Normas Legales*, T. 251, abril, Trujillo, 1997, pp. A38-A39).

(83) Exp. N° 3763-95-B-Puno (ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, T. I, p. 192).

(84) Ejecutorias Supremas de 22 de setiembre de 1962 (*Anales Judiciales*, T. LVII, Lima, 1962, p. 176); de 3 de setiembre de 1956, Exp. N° 3608-95-B, Cajamarca (ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia procesal penal [1996-1998]*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, T. II, p. 185); y, de 22 de junio de 1957 (*Anales Judiciales*, T. LXII, Lima, 1957, p. 143).

2002)[85]. Por otro lado, la Corte Suprema, siguiendo al Ministerio Público, en cuanto al ámbito de actuación de la parte civil, ha sostenido que "(...) nuestra legislación procesal penal, al incorporar a la parte civil como sujeto de la relación procesal lo hace para los efectos de coadyuvar no sólo en la determinación del delito, sino también en la determinación del daño causado, desde la perspectiva cuantitativa"[86]. Es de entender que "determinación del delito" no significa intervenir en la configuración del objeto penal del proceso de exclusividad del Fiscal, sino aportar una actividad procesal en orden a la realidad del hecho punible causante de un daño resarcible[87].

3. LA DOBLE FUNCIÓN PROCESAL DE LA VÍCTIMA

Como ya se indicó, el Código de 1940, y aun el de 1991, solo contempló a la víctima en su papel de actor civil, es decir, vinculada exclusivamente a la acción civil *ex delicto*. El art. 54° CPP de 1940 parece circunscribir esta calidad al sujeto pasivo del delito, ampliándolo –en caso de imposibilidad material de aquel– a sus parientes, tutor, curador o representante legal. Sin embargo, ese numeral –implicante con lo que sobre el particular ha configurado el derecho comparado y en especial el iberoamericano– no toma en consideración que no necesariamente coinciden sujeto pasivo y sujeto perjudicado del delito, dado que como aclara MIR PUIG, el perjudicado abarca no solo al titular del interés lesionado de modo central (*esencial*) por el delito, sino a todos los que soportan consecuencias perjudiciales más o menos directas, cuya trascendencia se encuentra en la responsabilidad civil[88]. Casualmente esa diferencia ha sido tomada en consideración en otros ordenamientos para construir dos instituciones procesales distintas: el sujeto perjudicado para el actor civil y el sujeto pasivo para el acusador particular –modelo español– o el querellante adhesivo –modelo argentino–.

---

(85) En: http://www.TC.gob.pe/jurisprudencia/2002/0213-2002-HC.html

(86) Ejecutoria Suprema de 15 de setiembre de 1999, Exp. N° 1122-99, Ancash (*Normas Legales*, T. 318, noviembre, Trujillo, 2002, pp. 70-71). En esa misma línea de Ejecutoria Suprema, de 25 de agosto de 1999, Exp. N° 379-99, Junín que dice: "Nuestra Ley Procesal vigente admite la participación de la parte civil con el objeto de coadyuvar a determinar la comisión del delito, la responsabilidad penal, así como el daño causado" (en: *Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2001, p. 172).

(87) La Corte Suprema, sobre esa base, estableció que la parte civil no tiene facultad para interponer recurso de nulidad respecto de la pena, limitándose su intervención únicamente a reclamar los daños y perjuicios causados por el delito (Ejecutoria Suprema de 27 de setiembre de 1967, en: *Revista de Jurisprudencia Peruana*, N° 285, Lima, p. 211).

(88) MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*, PPU, Barcelona, 1998, p. 199.

La víctima –noción amplia, sinónima de "agraviado"– puede optar (1) –en tanto se trate de un damnificado o perjudicado– por limitarse al objeto civil del proceso penal, en cuyo caso solo se constituirá en *actor o parte civil*, o (2) –si así lo quiere–, en colaboración con el Ministerio Público, ampliar su pretensión e intervención al objeto propiamente penal –en la medida en que tenga la calidad de sujeto pasivo del delito, titular del bien jurídico ofendido–, en cuyo caso se constituirá en *querellante adhesivo*.

Este doble rol de la víctima ha sido aceptado, por ejemplo, en el Código Modelo para Iberoamérica, que tiende a "(...) incorporar a quienes afecta el delito al procedimiento que se dispone para la solución del conflicto social en el que consiste una infracción penal; por otra parte, el interés directo del afectado produce, al menos, el efecto saludable de evitar, en los casos concretos, la tendencia a la rutina que caracteriza a los órganos estatales"[89].

Como la institución del querellante adhesivo se concibe para intervenir en relación al objeto penal del proceso penal, debe desarrollar funciones múltiples, esto es, a) de impulso del procedimiento (requerir que se inicie el proceso penal y postular su constitución en parte activa); b) de aportación de elementos de convicción o de formulación de solicitudes probatorias; c) de alegatos o de argumentación sobre todos los aspectos de la imputación, y d) de impugnación. Todas ellas dentro de los límites de la imputación fiscal y, en su día, de la acusación fiscal[90].

Es de precisar que el querellante adhesivo, en cuanto parte en el proceso penal, no tiene facultades autónomas a lo largo de todos los estadios del proceso; su actividad depende parcialmente de los límites que el Fiscal impone a la acción penal. No es, pues, un acusador autónomo. Esta institución es, a juicio de MAIER, la única compatible con el sistema y, también, la más adecuada a la hora de evitar que la intervención de la víctima en el procedimiento penal represente un menosprecio (desequilibrio) intolerable para los derechos defensivos del imputado o, cuando menos, una carga demasiada pesada para él[91].

Por todo ello, como apuntáramos en otro trabajo, el querellante adhesivo, que inclusive puede asumir concurrentemente la calidad de actor civil (*vid.* art. 82° *in fine* del CPP argentino), en la medida en que se trata

---

[89] Cfr. "Exposición de Motivos del Código Modelo para Iberoamérica", en: MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal argentino*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, T. I-b, p. 298.

[90] Cfr.: D'ALBORA, Francisco J.: *Código Procesal Penal de la Nación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, pp. 214-216.

[91] MAIER, Julio B. J.: "La víctima en el sistema penal", en MAIER, Julio B. J. (Ed.): *De los delitos y de las víctimas*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 235-236.

del ofendido o sujeto pasivo del delito, no del perjudicado o damnificado –supuesto último que solo posibilita la constitución en parte o actor civil–, supera las limitaciones de aquel cuyas facultades se circunscriben al objeto civil y, consecuentemente, incorpora a la víctima con mayor fuerza y derechos en el procedimiento penal, cuyas normas institucionales y reglas jurídicas son, por lo demás, suficientemente firmes para evitar el predominio de intereses distintos del verdadero esclarecimiento de los hechos y de una lógica procesal obstruccionista de la víctima(92).

V. EL ACTOR SOCIAL

El Código de 1991, art. 103°, legitima la intervención de Organismos No Gubernamentales debidamente inscritos y reconocidos como tales, cuya finalidad sea la defensa de los derechos humanos. El Proyecto de 1995, art. 87°, amplía la legitimación a las personas jurídicas sin fines de lucro, circunscribiendo su intervención a aquellos hechos delictivos contra los derechos humanos previstos en la legislación penal en virtud de un Tratado Internacional o que afecten bienes jurídicos difusos cuya titularidad corresponda a un número indeterminado de personas.

Estas normas suponen que la legitimación no se circunscribe a los titulares de derechos subjetivos o intereses legítimos, sino que se extiende a determinadas instituciones sociales por el mero hecho de su constitución y reconocimiento jurídico para la defensa del interés común o general. Tal institución procesal, amén de reconocer la participación social en la administración de justicia, buscan una mayor dinámica de protección de los bienes jurídico-penales relacionados con los derechos fundamentales de la persona y con la protección de los intereses difusos. De esta forma consagran una definida legitimidad a las organizaciones intermedias de la sociedad civil, sensibilizan a la comunidad respecto de delitos que afectan a bienes jurídicos colectivos y facilitan la persecución penal de los ilícitos de esa naturaleza.

El actor social interviene en el proceso penal con las mismas facultades que el actor civil. Están limitados a requerir las acciones restitutorias, reparatorias e indemnizatorias a que se contrae el art. 93° del Código Penal. Por otro lado, su constitución en actor civil está condicionada al cumplimiento de tres requisitos especiales: 1. Que el delito guarde relación específica con sus fines sociales, para lo cual debe constatarse su escritura de constitución social o sus estatutos y sobre esa base apreciar la relación de causalidad

(92) CARO CORIA, Dino Carlos y SAN MARTÍN CASTRO, César: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Grijley, Lima, 2000, pp. 216-217.

exigida. 2. Que el delito esté sujeto a ejercicio público de la acción penal. 3. Que en aquellos delitos en que pueda identificarse al sujeto pasivo (v. gr.: desaparición forzada, torturas, genocidio, trata de blancas, etc.), el agraviado no se constituya en actor civil o, haciéndolo, consienta expresamente su intervención. En este último supuesto, el Proyecto de 1995 exige que el consentimiento conste en un documento público o privado con firma legalizada ante el Secretario de la Fiscalía o del órgano jurisdiccional.

VI. EL INDECOPI COMO PARTE INTERESADA

La Octava Disposición Final de la Ley N° 27145, de 24 de junio de 1999, modificó el Capítulo I del Título VI del Libro Segundo del Código Penal y sus arts. 209° al 213°. Esa norma reguló los delitos concursales como delitos que afectan al sistema crediticio, de suerte que los instituyó como delitos que protegen un bien jurídico colectivo, el sistema crediticio, los mismos que solo pueden perpetrarse en los marcos de un procedimiento de insolvencia, simplificado o concurso preventivo.

No obstante la afectación colectiva del ilícito en cuestión, el nuevo art. 213° CP prescribe que: "*En los delitos previstos en este Capítulo sólo se procederá por* acción privada *ante el Ministerio Público. El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), a través de sus órganos correspondientes, podrá denunciar el hecho en defecto del ejercicio de la acción privada y en todo caso podrá intervenir como* parte interesada *en el proceso penal que se instaure*".

Dos problemas interpretativos trae este dispositivo. Están referidos tanto al ejercicio de la acción penal, cuanto a lo que debe entenderse por "parte interesada" respecto al Indecopi.

En *primer término*, la utilización de la expresión "acción privada", para referirse a la persecución penal, llama a confusión, puesto que el Código Penal cuando acude a ella remite el delito al procedimiento por acción privada (arts. 124°, primer párrafo, 138° y 158°), mal llamado "querella" en nuestro medio (arts. 2°, 74° y 302° CPP de 1940). Como ya se dijo para el caso de los delitos previstos en el art. 240° CP, el hecho de haber otorgado legitimación al Ministerio Público, estableciendo que es al Fiscal a quien el agraviado de modo exclusivo debe comunicar la noticia criminal, no hace sino configurar el ilícito penal como semipúblico. Su carácter de semipúblico explica dos circunstancias esenciales: 1. Que una vez que la víctima comunica el delito al Fiscal (si fuera un delito privado la denuncia o, mejor dicho, querella se interpondría directamente ante el Juez Penal), éste adquiere legitimación para intervenir en todo el curso del procedimiento, el que se

tramitará conforme a las pautas ordinarias o especiales previstas por la ley para un delito público; y, 2. Que la acción penal no se extingue por desistimiento o transacción (art. 78°.3 CP), lo que sería aceptable si es que la ley los hubiera configurado como delitos privados. Es de recordar, al respecto, que el Código Penal no contempló los delitos semipúblicos y que, en rigor, fue la legislación especial dictada con posterioridad la que los reincorporó a nuestro ordenamiento punitivo.

La norma estudiada, siguiendo algunas pautas del Derecho comparado (v. gr.: art. 296°.2 del CP español), autoriza al Indecopi a denunciar el hecho en defecto del ejercicio de la acción privada por la víctima. Esta disposición no hace sino reconocer que los atentados contra el sistema crediticio afectan intereses colectivos o a una pluralidad de personas, de ahí que la administración pueda acudir directamente al Fiscal Provincial denunciando el delito si no lo hacen él o los agraviados. La Ley no fija, sin embargo, parámetros precisos que orienten la intervención del Indecopi: no detalla, por ejemplo, que el ilícito debe afectar a una pluralidad de personas, que debe tomarse en consideración el nivel de afectación del sistema financiero o tributario, el monto de las deudas burladas, las características del sector económico perjudicado, etc. Esta ausencia de baremos precisos puede conllevar a atentados al principio de igualdad y a una actuación discrecional que no es la adecuada tratándose de la aplicación del Derecho Penal, y mucho menos si se concede a un órgano de la administración y no al Ministerio Público, el cual está obligado a orientarse según lo dispuesto en el art. 2° del Código Procesal Penal.

En *segundo término*, el citado art. 213° CP autoriza al Indecopi a decidir, denuncie o no el agraviado, a constituirse en "*parte interesada* en el proceso penal que se instaure". Ello significa, de un lado, que el Indecopi debe ser notificado de la instauración de un proceso penal por delito de atentado contra el sistema crediticio, a fin de que decida si interviene en él como *parte interesada*; la decisión es discrecional y, por tanto, no es controlable judicialmente. De igual modo, si Indecopi es el denunciante, en su denuncia deberá indicar si se va a constituir en parte interesada o no, pues muy bien puede decidir sólo denunciar y abstenerse de tener una participación activa en el procedimiento penal. El órgano judicial debe entender, en defecto de una precisión del Indecopi, que ha decidido abstenerse de ser parte interesada, desde que se trata de una carga procesal que debe cumplir y cuya inactividad, desde luego, la perjudica, sin que ello afecte la validez del procedimiento.

Por otro lado, el que Indecopi sea *parte interesada* tiene varios efectos procesales: 1. Que la constitución de la víctima en parte civil no excluye al Indecopi del procedimiento penal, en tanto que por ley dicha institución tutela el interés general expresado en una infracción contra el sistema credi-

ticio. 2. Que aun cuando el Indecopi actúe en defecto de la víctima, más allá del encargo legal que se le ha asignado, su actuación procesal se circunscribe al delito perpetrado y al ámbito de agraviados lesionados por la conducta del imputado; por consiguiente, no puede exceder a la concedida a la parte civil, ni equipararse a los poderes del Ministerio Público, por lo que al ser constituida como parte interesada su legitimación no tiene más alcance que los concedidos en los arts. 57°, 58° y 276° del Código de Procedimientos Penales. 3. Que en tanto que el Indecopi no es agraviado por el delito perpetrado, desde que el sujeto pasivo siempre es el acreedor defraudado, es claro que la reparación civil no puede ser destinada a dicha institución. 4. Que como el delito es semipúblico, el Indecopi no tiene la calidad de acusador privado –encargado ante la ausencia del Ministerio Público de perseguir la sanción y la reparación civil–, tampoco tiene la calidad de acusador popular, interesado en la sanción penal, toda vez que nuestra legislación procesal penal no ha incorporado esa figura procesal. 5. Que, en tanto el Indecopi no es parte principal, pues puede existir o no en el proceso por atentado contra el sistema crediticio, su presencia de decidirse a participar en el procedimiento no determina la paralización del procedimiento, si no absuelve un traslado o si no asiste al Juicio Oral; basta que se le notifiquen de las diligencias procesales correspondientes y que se le corran los traslados que fueran pertinentes: no caben declaraciones de ausencia o de rebeldía.

Nuestro ordenamiento procesal penal no tiene reconocida la figura específica de "*parte interesada*", lo que dificulta grandemente su cabal comprensión e interpretación. Como se sabe, desde un punto de vista formal, es parte, al decir de MUERZA ESPARZA, "quien actúa en el proceso pidiendo del órgano jurisdiccional una resolución judicial, esto es, quien promueve la actuación del órgano jurisdiccional aportando, por medio de sus alegaciones y pruebas, el material para la resolución de contenido determinado que postula, quien en síntesis participa de la contradicción en que se resuelve todo proceso"[93]. El Indecopi, sin duda alguna, no es parte acusadora penal, pues no está vinculado al objeto penal desde que el Ministerio Público es el único órgano público constitucionalmente legitimado para hacerlo; consecuentemente, está vinculado al objeto civil (conexión heterogénea), pero aun cuando es *parte civil en el proceso penal* no es parte material dado que no es el sujeto pasivo del delito en cuyo favor se fija la reparación civil. En este supuesto tiene la misma consideración que el denominado "actor social", reconocido en el art. 103° del Código Procesal Penal de 1991: es

---

[93] DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael; MUERZA ESPARZA, Julio; TOMÉ GARCÍA, José Antonio: *Derecho procesal penal*, 5ª ed., Ceura, Madrid, 2002, p. 141.

parte acusadora formal, vinculada exclusivamente al objeto civil del proceso penal, aunque limitada a la aceptación de la víctima. Por imperio de la Ley, el Indecopi es parte y, como tal, tiene capacidad para ser parte y capacidad de actuación procesal dentro de los marcos procesales generales, por lo que puede denunciar, constituirse en *"parte interesada"* e intervenir ampliamente en el procedimiento penal, teniendo en cuenta los límites ya anotados.

La *legitimación*, como sabemos, es una institución solo predicable desde el Derecho material. Exige, al decir de MORENO CATENA, coincidencia de la parte tanto en lo concerniente a la relación jurídica material cuanto en lo relativo a la actuación procesal propiamente dicha[94]. En el proceso penal, el caso típico de legitimación ordinaria es la del actor civil, quien pide una indemnización en tanto sujeto pasivo del delito. Sin embargo, al no ostentar tal legitimación el Indecopi, puesto que no es, en palabras de ASENCIO MELLADO, el titular del derecho reclamado[95], ésta le viene atribuida por la ley, pues de otro modo no sería viable la condena reclamada. En el caso del Indecopi, se trata de una legitimación extraordinaria derivada de un interés general, por la naturaleza del delito y las funciones asignadas al Indecopi, aunque circunscrita a la concreta persecución de un delito en agravio de personas determinadas.

---

(94) En: CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor: *Derecho procesal civil*, Colex, Madrid, 1996, p. 103.

(95) ASENCIO MELLADO, José María: *Derecho procesal civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 60.

Capítulo X
LAS PARTES ACUSADAS

SUMARIO: I. El imputado: 1. Concepto. 2. Capacidad. 3. Legitimación. 4. Derechos. 5. Deberes. **II.** El abogado defensor: 1. Concepto. 2. Posición procesal del defensor. 3. Defensor voluntario y defensor necesario. 4. Reemplazo y exclusión del defensor. **III.** El tercero civilmente responsable: 1. Aspectos generales. 2. Intervención procesal. **IV.** La persona jurídica y medidas penales: 1. Lineamientos generales. 2. La privación de ganancias. Aspectos procesales. 3. Las medidas penales. Aspectos procesales.

I. EL IMPUTADO

1. Concepto

El imputado, explica MORENO CATENA, es la parte pasiva necesaria del proceso penal, que se ve sometido al proceso y se encuentra amenazado en su derecho a la libertad, o en el ejercicio o disfrute de otros derechos cuando la pena sea de naturaleza diferente, al atribuírsele la comisión de hechos delictivos por la posible imposición de una sanción penal en el momento de la sentencia[96]. Habrá imputado, sostiene GÓMEZ ORBANEJA, desde el momento mismo en que hay una persona individualizada a quien, con mayor o menor grado de probabilidad, se atribuya participación criminal en el hecho[97].

La denominación que recibe la figura del imputado es variada, aunque por lo general las diferencias de nomenclatura atienden a la situación en que se encuentre el desarrollo de la causa. Así tenemos que a nivel de investigación preliminar policial se le denomina *implicado*, en tanto se le atribuye la comisión de un hecho punible, pero sin estar sometida a proceso, es decir, por existir en su contra sospechas de criminalidad; a nivel de la instrucción o investigación formal se le llama *inculpado o procesado*, pues supone una inculpación formal al habérsele comprendido como tal en el auto de apertura

---

[96] En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 180.

[97] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 76.

de instrucción –1940– o de investigación aprobado judicialmente –1991–, y se dicta a instancia de la Fiscalía por existir, a juicio del acusador público, indicios de criminalidad; luego de la acusación fiscal y a nivel del juicio oral lleva el calificativo de *acusado*, al haberse producido un acto formal de acusación pública y, por tanto, estar sometido a juicio oral, dado que subsisten los indicios de criminalidad[98]; y, una vez que se ha dictado sentencia, si ésta es condenatoria se le denomina *condenado* y si es absolutoria, cabe hablar de *absuelto*. MONTERO AROCA apunta que cuando se está cumpliendo la pena impuesta en la sentencia debe denominársele *reo*[99].

En rigor, si bien la condición de imputado se adquiere al ser objeto de una imputación por la comisión de una infracción penal, es de aclarar que a nivel preliminar (investigación preliminar policial o indagación previa fiscal) es posible que no exista parte acusada individualizada, siendo precisamente uno de los fines de dicha subfase identificar a los presuntos responsables. Una vez que se identifique al imputado, por imperio constitucional, debe comunicársele los cargos y permitirle el derecho de defensa en toda su extensión, incluyendo el derecho de designación de abogado defensor. Por otro lado, la iniciación de la instrucción formal (auto de apertura de instrucción o aprobación judicial de la promoción de la acción penal) solo es posible luego que pueda individualizarse o identificarse al imputado.

La condición de imputado se pierde cuando finaliza el proceso: si se dictó sentencia absolutoria, con la misma resolución; si la sentencia fue condenatoria, el carácter de parte alcanza a las actuaciones procesales de ejecución forzosa. Ello es así porque en ese momento, explica MORENO CATENA, se ha decidido definitivamente sobre el *ius puniendi* y se ha determinado si la persona era responsable penal o no. También se pierde el status de parte cuando la autoridad judicial aparta al imputado del procedimiento, sobreseyendo respecto de él en las actuaciones[100].

2. CAPACIDAD

A. Aspectos generales

Un primer nivel de referencia es la denominada *capacidad para ser parte*. MUERZA ESPARZA señala al respecto que la persona o personas que ocupan el lado pasivo de la relación jurídico-procesal penal, son, precisamente, los

---

(98) VIADA / ARAGONESES: *Curso de Derecho procesal penal*, cit., T. I, pp. 165-169.

(99) MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III (*Proceso penal*), p. 74.

(100) En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 181.

que aparecen como sujetos activos del delito imputado[101]. En tal sentido, y según el Código Penal, esta capacidad sólo puede atribuirse a las personas físicas vivas, no así a las cosas y animales, a los fallecidos y a las personas jurídicas (en este caso, la imputación se formula a las personas físicas que integran sus órganos de representación).

Un segundo nivel es la llamada *capacidad procesal*, esto es, la aptitud para realizar válidamente actos procesales. MONTERO AROCA enseña que tienen capacidad los que pueden participar conscientemente en el proceso, todos los que tienen de hecho posibilidad de ejercitar los derechos procesales que la ley reconoce al imputado[102]. Este concepto, como se ve, está desvinculado de la imputabilidad penal y de las causas de incapacidad de obrar civil (quien es menor de edad podrá alegar esa calidad y reclamar los efectos legales que correspondan, esto es, el corte de secuela del proceso, arts.18° del Código de 1940 y 70° del Código de 1991).

Como la falta de capacidad procesal está en relación con aquellas causas que impiden tener esta actitud mental y corporal necesaria para actuar en juicio, es de entender, siguiendo el art. 20°.1 del Código Penal, que se refiere a los supuestos de anomalía psíquica, de alteración de la conciencia o de alteración de la percepción, que afectan gravemente la conciencia de la realidad e impiden comprender al sujeto el carácter delictuoso de su acto o determinarse según esa comprensión. Estas causas pueden ser anteriores y determinantes al hecho delictivo o sobrevenidas.

B. Anomalía psíquica anterior al delito

Si la *anomalía psíquica o alteración de la conciencia o de la percepción es anterior al delito*, previa realización de la pericia psiquiátrica correspondiente, presentación del informe respectivo y ratificación pericial o examen de los peritos (art. 189° del Código de 1940° y 91° del Código de 1991), corresponde al Juez decidir lo conveniente.

Si se acredita la causal de inimputabilidad se debe sobreseer la causa[103], según es de verse de los arts. 191° del Código de 1940 y 71° del Código de 1991, sin perjuicio de determinar, previo juicio, si corresponde imponer la pertinente medida de seguridad en función a la peligrosidad delictual del agente (arts. 72° y 73° del CP). No es de aceptar, como ha establecido la

---

[101] MUERZA ESPARZA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 146.

[102] MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III (*Proceso penal*), p. 76.

[103] *Anales Judiciales*, T. LV, Lima, 1960, p. 126.

Corte Suprema, imponer una medida de seguridad, que a final de cuentas es una sanción penal, sin juicio oral, pues ello vulneraría flagrantemente el art. 285° del CPP de 1940. Felizmente, la ausencia normativa en los Códigos de 1940 y 1991 respecto al modo de proceder para imponer una medida de seguridad, ha sido salvada en el art. 72° del Proyecto de 1995 que instaura un *"procedimiento de seguridad"* a semejanza del *sicherungsverfahren* alemán.

Por otro lado, como resulta obvio, si el Juez se persuade de que el inculpado no es inimputable, ordenará continuar el proceso (art. 190° del Código de 1940).

C. Anomalía psíquica sobrevenida

Es posible que el imputado comience a sufrir síntomas de anomalía psíquica o alteración en la percepción que no habían aparecido al tiempo de la perpetración del hecho punible. El Código de 1940, aparentemente, no se pone en ese supuesto, aunque a partir de lo dispuesto en el art. 195° en concordancia con el numeral 189° es posible realizar una pericia psiquiátrica y si se determina tal estado suspender la continuación del proceso hasta que mejore, al amparo de los arts. 192° y 234°[104].

El Código de 1991 se pronuncia expresamente sobre este supuesto en el art. 72°, cuyo efecto principal es la suspensión del ejercicio de la acción penal, siempre y cuando resulte inevitable la procedencia del juicio oral. La suspensión dura hasta que el imputado recupere la salud o se extinga por prescripción la acción penal. Si en el proceso penal existe una pluralidad de imputados, la suspensión solo se entiende con el imputado enfermo, en cuyo caso el proceso se divide o separa, prosiguiéndose la causa respecto de los capaces.

El art. 72° prescribe que el auto de suspensión requiere la opinión favorable del fiscal. Si el juez discrepa del dictamen fiscal, sea estimativo o desestimativo de la suspensión pedida por el imputado o iniciada por el propio juez, el art. 73° dispone que los autos pasen al fiscal de mayor jerarquía para que emita dictamen. Empero, el Juez, más allá del sentido del dictamen del fiscal superior, en atención a los principios acusatorio y de contradicción y a la garantía de igualdad, deberá resolver conforme al mérito de lo actuado y a lo que estima justo y arreglado a derecho[105].

---

(104) 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, p. 27.

(105) SAN MARTÍN CASTRO: "Proceso penal, anomalía psíquica grave y delito", cit., p. 35.

3. LEGITIMACIÓN

El solo hecho de atribuirse a una persona, en cualquiera de sus formas, la presunta comisión de un delito, en calidad de autor o de partícipe, lo legitima pasivamente en el proceso, lo convierte en parte reconociéndole su derecho constitucional de defensa. Es, como dice Miguel FENECH, una mera cuestión de hecho en tanto aparezca como autor hipotético de un delito que puede también ser hipotético[106].

Expresa MONTERO AROCA que el imputado, al final del proceso, puede ser absuelto, pero ello no podría suponer que actuó sin legitimación, pues solo significa que el juicio sobre su responsabilidad se ha resuelto negativamente. Por ello, la legitimación se puede adquirir y perder a lo largo del proceso[107]. Esto último significa que la legitimación en este caso se confunde con la cuestión de fondo; o dicho de otro modo: toda persona está legitimada sin más en el proceso en que se la inculpe a ella misma[108].

4. DERECHOS

El imputado, en cuanto parte en el proceso penal, tiene derechos de actuación activo y pasivo. Siguiendo a GÓMEZ COLOMER, los derechos de *actuación* –de participación– *activos* son los siguientes:

a) Constitucionalmente tiene derecho a la audiencia judicial; es decir, a la tutela judicial y, por tanto, de acceso al órgano jurisdiccional y de ser oído (art. 139°.3 Const.), al punto de no ser posible el juicio en su ausencia (art. 139°.12 Const.)

b) Según la ley ordinaria tiene los derechos de: 1. Elección de abogado defensor de su elección o de nombramiento de abogado de oficio desde el momento en que es citado por la autoridad policial (art. 139°. Const.) y para que rinda instructiva (arts. 121° del Código de 1940 y 118° del Código de 1991), así como de nombramiento de intérprete (art. 131° del Código de 1991); 2. Presencia en la práctica de los actos de investigación (arts. 157° y 168° del Código de 1940); 3. Requerir la práctica de actos de investigación y de prueba (arts. 130°, 138°.2, 160°, 165°, 232° y 237° del Código de 1940); 4. Recusar al personal judicial (art. 29° del Código de 1940); 5. Promover e intervenir en las cuestiones de competencia (arts. 24°, 26° y 27° del Có-

---

(106) FENECH, Miguel: *El proceso penal*, Editorial Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1982, p. 60.

(107) MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III (*Proceso penal*), p. 78.

(108) GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 81.

digo de 1940); 6. Estar presente en el juicio oral (art. 210° del Código de 1940); 7. Solicitar la suspensión de la audiencia (arts. 266°, 268° y 269° del Código de 1940); y, 8. Interponer recursos (arts. 28°, 90°, 289° y 297° del Código de 1940).

Los derechos de *actuación pasivos* son:

a) *Declaración voluntaria*. El imputado es libre de declarar. No tienen valor las declaraciones obtenidas por la violencia. El nuevo texto del art. 127 (Ley N° 27834, de 21 de setiembre de 2002), ratifica esta postura.

Es de tener presente, como recuerda ESCUSOL BARRA[109], que el imputado si bien no está obligado a declarar, no cabe duda de que su interrogatorio, sin dejar de ser medio de investigación, tiene el carácter de medio de defensa para aquel, en cuya virtud, no se le exige promesa o juramento (art. 121° del Código de 1991); puede declarar cuantas veces quisiere (art. 126° del Código de 1991); antes que un interrogatorio se está ante una declaración libre y las preguntas que se formulen han de ser pertinentes y las respuestas deben estar presididas por la idea de la espontaneidad.

b) *Interrogatorio objetivo*. En sede judicial, las preguntas no pueden ser oscuras, ambiguas ni capciosas. Además, deben respetar en lo posible el orden cronológico de los hechos y tener como objetivo hacer conocer al inculpado los cargos que se le imputan (arts. 125° del Código de 1940 y 124° del Código de 1991).

c) *Respeto de la dignidad* (art. 1° Const.). No puede comparecer ante el juez con ligaduras ni presiones (art. 212° Código de 1940).

d) *Reconocimiento de la presunción de inocencia* (art. 2°.24.'e' Const.). En virtud de este derecho fundamental, la parte acusadora debe probar la culpabilidad del imputado, hasta tanto debe gozar del *favor libertatis*, y no puede condenársele, sino en virtud de prueba cierta, incorporada con las debidas garantías al proceso y valorada en conciencia[110].

5. DEBERES

Existen dos deberes positivizados en nuestra legislación procesal: el de *moralidad procesal*; y, el de *asistencia ante el emplazamiento judicial*, cuya infracción genera efectos desfavorables a la posición jurídica del imputado.

---

(109) ESCUSOL BARRA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., pp. 223-224.

(110) LORCA NAVARRETE: *Derecho procesal penal*, cit., p. 60.

A. Moralidad procesal

El Código de 1991 incorpora normas precisas en materia de disciplina procesal frente a actitudes inconvenientes del imputado, que el D. Leg. N° 922 de 12 de febrero de 2003 en el art. 12 incs. 7 y 9, las extendió a los procesos por delitos de terrorismo. El art. 69° prescribe que si el procesado altera el orden en un acto procesal, las consecuencias varían si el acto procesal es o no de índole personal, esto es, si la diligencia en cuestión requiere ineludiblemente su intervención o no. Si el acto es personal, producida la conducta irregular, se le apercibirá con la suspensión de la diligencia y de continuarla, con la sola intervención de su abogado defensor y demás sujetos procesales; en cambio, si la diligencia no es personal, será apercibido con la exclusión de participar en ella y de continuarla, con la intervención de su abogado defensor y demás sujetos procesales.

El art. 271° autoriza al Juzgador a mantener el respeto y el orden en la Sala de Audiencias. En tal virtud, está autorizado a expulsar al imputado si perturba el desarrollo de la audiencia y proceder conforme al art. 69°, sin perjuicio de adoptar discrecionalmente otra decisión. Si la audiencia se encuentra en el momento de la autodefensa, es posible –si se producen los supuestos del art. 271°– dar por terminada la exposición del imputado y desalojarlo de la Sala de Audiencias. La sentencia podrá leerse no estando presente el acusado en los supuestos del art. 271° *in fine*, así como cuando el reo dolosa o culposamente omite concurrir a la continuación de las audiencias, tal como lo dispone el art. 301° *ab initio*.

B. Presencia y ausencia del imputado

B.1. Concepto

La presencia del imputado en el proceso penal es para el órgano jurisdiccional, enseña MONTERO AROCA, un deber ineludible y para aquel un derecho no renunciable que, por tanto, puede calificarse de derecho-deber[111].

La Constitución nacional reconoce la presencia del imputado como un principio esencial de carácter procesal, pero la limita al juicio oral. Sobre esa premisa prevé que no puede condenarse al imputado que no está presente en el acto del juzgamiento, situación que obliga al órgano jurisdiccional a citarlo en debida forma. En efecto, el art. 210° del Código de 1940 preceptúa que: "*La audiencia no podrá realizarse sin la presencia del acusado y de su defensor. Tratándose de reo con domicilio conocido o legal señalado en*

---

[111] MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III (*Proceso penal*), p. 83.

autos, será requerido para su concurrencia al juicio bajo apercibimiento de ser declarado reo contumaz y de ordenarse su captura si tiene la condición de reo libre o de revocarse su libertad si gozara de ese beneficio, señalándose nueva fecha para la audiencia (...). Si el acusado persistiera en su inconcurrencia, se hará efectivo el apercibimiento...".

La obligación de comparecencia al juicio oral es de tal fuerza que la inasistencia injustificada al mismo determina la orden de captura, si está en la condición de reo libre, o la revocatoria de la libertad provisional, si está en ese status procesal. Igualmente, y como quiera que el deber de comparecencia se extiende a todo el procedimiento, incluida por cierto la etapa de investigación, si el imputado se encuentra con comparecencia –libre o restrictiva–, su inasistencia injustificada a una diligencia sumarial determinará la orden de ser conducido compulsivamente por la policía.

Es de tener en consideración que, por lo general, basta la mera *disponibilidad jurídica* del imputado para estimar que está sujeto al proceso penal. Ella exige presencia física del imputado ante el órgano jurisdiccional cuantas veces fuere llamado y, desde luego, en el momento culminante del acto del juicio. La disponibilidad, aclara RAMOS MÉNDEZ, comporta la fijación de un domicilio a efectos de notificaciones, la cual a su vez se puede asegurar mediante la adopción de medidas cautelares: desde la comparecencia a la detención. Además, la incomparecencia injustificada del imputado citado regularmente da lugar a una serie de diversas alternativas[112].

Nuestro régimen procesal, en materia de ausencia del imputado, diferencia al ausente propiamente dicho del contumaz o rebelde. Empero, según precisa José GARBERÍ LLOBREGAT, ambás son instituciones de configuración legal, por lo que "tales situaciones únicamente adquieren relevancia en el plano jurídico en tanto en cuanto se cumplan los requisitos legales susceptibles de originarlas"[113].

El art. 3° del Decreto Legislativo N° 125 define el estado de contumacia sobre la base de tres supuestos. Se reputa *contumaz*:

1. Al que habiendo prestado su declaración instructiva o estando debidamente notificado, rehuye el juzgamiento o hace caso omiso a las citaciones o emplazamientos que le fueran hechos por el Juez o Tribunal.

---

[112] RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El proceso penal. Tercera lectura constitucional*, 3ª ed., José María Bosch Editor, Barcelona, 1993, p. 131.

[113] GARBERÍ LLOBREGAT, José: *La ausencia del acusado en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1992, p. 33.

2. Al que hallándose en libertad provisional o vigilada, incurre en las actitudes descritas anteriormente.

3. Al que estando detenido en una dependencia policial o establecimiento penal, se fugue para impedir la acción judicial.

Lo esencial de la contumacia es que el imputado tiene conocimiento del proceso penal que está por instaurarse o que se le sigue en su contra y, no obstante ello, dolosamente deja de asistir a los emplazamientos judiciales que se le formulan. El imputado sabe de las actuaciones penales en su contra, ya sea por haber rendido instructiva o porque se encuentra detenido o en libertad provisional o vigilada (incluiríamos la libertad por exceso de plazo); y, no obstante ello, no comparece a los emplazamientos de la autoridad judicial. La no comparecencia, en tanto requisito para la declaración de contumacia está en función a que el imputado no padezca de un grave y legítimo impedimento[114].

El art. 247° del Código de 1991 recoge una concepción genérica de la contumacia que, en buena cuenta, reconoce la integridad de los supuestos arriba indicados. Estipula que será declarado contumaz, el imputado que "no obstante tener conocimiento de que es requerido, rehuye injustificadamente", para lo cual se requiere prueba bastante ("(...) *de lo actuado aparezca evidente* (...)") de tal conocimiento del emplazamiento judicial. La contumacia, apunta CORDERO, es un comportamiento negativo del imputado, el cual, aun conociendo la existencia de un proceso penal entablado en su contra y sus posibles consecuencias desfavorables, decide *voluntariamente* desobedecer las intimaciones judiciales de comparecer[115].

La *ausencia*, por el contrario, se tipifica cuando el imputado que no cumple el emplazamiento judicial no se encuentra en ninguno de los supuestos anteriores, es decir, cuando se trata de un procesado "(...) *cuya ubicación se ignora y no aparezca evidencia de que tuviera conocimiento del procedimiento o cuando haya salido del país* –se entiende que sin conocer del procedimiento seguido en su contra– (...)" (art. 247°, segundo párrafo, del Código de 1991).

B.2. Requisitos de la declaración de ausencia o contumacia

La ausencia o la contumacia se declara, en todos los casos, de oficio o a pedido de parte, por el juez de la causa. Tal declaración procede cuando se

---

[114] VÉLEZ MARICONDE: *Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 367.

[115] Citado por GARBERÍ LLOBREGAT: *La ausencia del acusado en el proceso penal*, cit., p. 52.

han agotado todos los emplazamientos posibles y se llega a establecer que el imputado ha sido citado o que no ha sido posible dar con su paradero. Se trata, en suma, de una obligación judicial de decretar la ausencia o la rebeldía, de naturaleza constitutiva, ya que por la resolución que la declara se crea el "estado de ausente o de contumaz", el mismo que está ligado normalmente a la adopción de medidas cautelares(116).

La resolución judicial trae consigo: a) una medida cautelar personal agravada (en el Código de 1940 es la orden de captura, mientras que en el Código de 1991 es la de conducción compulsiva, art. 248°), la cual no afecta la orden de detención dictada al inicio del procedimiento; y, b) el nombramiento de un abogado defensor de oficio, salvo que tenga designado uno voluntario o de confianza.

La Corte Suprema sentó la siguiente doctrina, concordante con lo anteriormente expuesto: "El encausado ausente tiene el derecho de nombrar su defensor, dado que el derecho de defensa es irrestricto; sólo a falta de tal designación es que se debe proveer a la defensa de oficio"(117). El defensor puede ser nombrado por los que guardan parentesco legal con el ausente o contumaz, en función a lo irrestricto del derecho de defensa(118); y, además, el defensor del ausente o contumaz, técnicamente, representa a dicho acusado, por lo que puede hacer uso de todos los recursos y medios de defensa técnica que la ley franquea al acusado(119). Estas decisiones, correctamente, modificaron una Ejecutoria Suprema restrictiva que no autorizaba al defensor del ausente a deducir excepciones y cuestiones prejudiciales(120).

La emisión de requisitorias contra el imputado ausente o contumaz, sin embargo, solo es procedente cuando a juicio del juez resulta establecida la existencia del delito y su culpabilidad (art. 318° del Código de 1940). Si la causa se encuentra con acusación fiscal, la declaratoria de ausencia o contumacia importa tanto la renovación de las órdenes para su captura y el llamamiento por edictos, que expresen los delitos que le son imputados por

---

(116) GARBERÍ LLOBREGAT: *La ausencia del acusado en el proceso penal*, cit., p. 41.

(117) Ejecutoria Suprema de 22 de julio de 1975 (RONCALLA VALDIVIA, Lino: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, Sesator, Lima, 1984, pp. 295-296).

(118) Ejecutoria Suprema de 15 de noviembre de 1978, Exp. N° 2488-78, Lima (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. II, pp. 123-124).

(119) Ejecutorias Supremas de 4 de febrero de 1976, Exp. N° 2074-75, Cajamarca (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, p. 505); de 19 de abril de 1982, Exp. N° 414-82, Callao (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, pp. 88-90).

(120) Ejecutoria Suprema de 15 de abril de 1970, Exp. N° 768-69, Lima (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, p. 62).

la acusación, cuanto la reserva del proceso hasta que el acusado sea habido (art. 319° del Código de 1940).

El Tribunal Constitucional ha establecido que la declaración de contumacia conforme a la ley de la materia constituye una situación procesal que legitima a la judicatura para ordenar la detención del procesado renuente a acatar el cumplimiento de determinados actos procesales ordenados por el juzgador (STC, Exp. N° 1342-2001-HC/TC, Asunto Rosa Reyes Quispe, 17 de enero de 2002)[121].

B.3. Efectos de la declaración de ausencia o contumacia

La declaración de ausencia o contumacia, si se produce en la etapa de instrucción o investigación, no suspende el curso del procedimiento. Sin embargo, tal declaratoria tiene como virtualidad impedir la continuación del juicio oral. El proceso, en este último caso, se reserva hasta que el imputado se ponga a derecho o sea habido. El hecho de la inevitable paralización del proceso por consecuencia de la ausencia o contumacia del acusado, así como la posibilidad de conducirle por la fuerza ante el órgano judicial, permiten hablar en ese ámbito, acota GARBERÍ LLOBREGAT, de una genuina *obligación* de comparecer, obligación que ha de fundamentarse del lado sobre todo de la protección a la víctima y a los perjudicados[122].

Si la causa es seguida contra varios imputados, la reserva sólo afecta al imputado ausente o contumaz. Sólo si el reo fuera aprehendido o se hiciera presente después de la iniciación del juicio y antes de la sentencia, será examinado y se podrán actuar las diligencias compatibles con el estado de la causa, volviéndose a escuchar al Ministerio Público si es que se hubiera producido la requisitoria oral (art. 210° *in fine* del Código de 1940). El nuevo Código, en sus numerales 276° y 278° del Código de 1991, permite incorporar en el juicio oral iniciado al ausente o contumaz, siempre que su presencia se produzca antes que el Fiscal formule acusación oral.

En todos los casos en que existen acusados presentes conjuntamente con ausentes o contumaces, si bien se entiende reservado el proceso respecto de estos últimos, es posible que la sentencia absolutoria pueda comprenderlos[123]. La prohibición está radicada con exclusividad en la sentencia condenatoria (arts. 2° del Decreto Legislativo N° 125, 321° del Código de 1940 y 308° del Código de 1991).

---

[121] En: http://www.TC.gob.pe/jurisprudencia/2002/1342-2001-HC.html.

[122] GARBERÍ LLOBREGAT: *La ausencia del acusado en el proceso penal*, cit., pp. 80-81.

[123] Ejecutoria Suprema de 22 de abril de 1981, Ayacucho (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. I, pp. 77-78).

Si la captura o puesta a derecho se produce luego de expedida la sentencia, el Código de 1940 prescribe que el juicio oral se realizará con el examen del acusado y la lectura de las piezas de la instrucción, las actas del debate oral anterior, la sentencia de los reos presentes y la ejecutoria suprema, si la hubiese. Ello significa que no contempla un momento específico de actuación probatoria, lo que resulta profundamente censurable, toda vez que convierte el juicio en un acto meramente leído y no oral, clausura la inmediación y la actuación de verdadera prueba, así como limita irrazonablemente el derecho de defensa y la presunción de inocencia al impedir que el reo ofrezca la prueba pertinente que le reconoce el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El Código de 1991, en cambio, somete el enjuiciamiento del ausente o contumaz a las normas regulares (art. 308° *in fine*).

La Ley N° 26641, de 26 de junio de 1996, solo respecto de los contumaces consagra dos efectos adicionales, de Derecho Penal material. Preliminarmente, sanciona que la declaratoria de contumacia, sólo para quien tiene la calidad de acusado, requiere evidencias irrefutables (certeza y no probabilidad ni sospechas) de que el imputado rehuye del proceso, luego, solo se puede declarar a partir del auto de enjuiciamiento. En *primer lugar*, determina que la declaratoria de contumacia trae consigo la interrupción o la suspensión de los términos prescriptorios. En *segundo lugar*, tipifica el denominado *delito de contumacia*, en tanto el agente "se sustrae a la acción de la justicia y por ello es declarado contumaz (...)".

Un primer problema de la Ley es que utiliza como sinónimas dos categorías de Derecho Penal material (reguladas por lo demás en el Código Penal) que, sin embargo, son diferentes: la *interrupción*, utilizada en el primer extremo del art. 1°, que se configura cuando luego de la comisión del delito se realizan actuaciones del Ministerio Público o del Poder Judicial o se comete un nuevo delito doloso, la cual importa que se deje sin efecto todo el tiempo transcurrido con anterioridad, salvo el supuesto del plazo extraordinario: al plazo ordinario se le adiciona una mitad; y, la *suspensión*, mencionada en el segundo extremo del citado artículo, que opera cuando el comienzo o la continuación del proceso por un delito concreto depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento y que trae como consecuencia que el plazo prescriptorio ya transcurrido queda subsistente para reiniciarse el cómputo apenas el procedimiento en cuestión queda concluido (arts. 83° y 84° del CP).

La continuación del proceso, en el presente caso, no depende de lo que suceda en otro procedimiento, inclusive en el que se instauraría al contumaz con motivo de su inasistencia dolosa a la causa, por lo que no es posible hablar de suspensión de la acción, que a mayor abundamiento, en tanto el

tiempo transcurrido se pierde irremediablemente, resulta más perjudicial. El problema con la interrupción, en la forma descrita por la ley, es que se da un supuesto de delito doloso –el de contumacia– capaz de interrumpir la acción penal, pero ella ya está interrumpida con los actos propios del proceso llevados a cabo por el Fiscal y, en su caso, por el Juez, siendo que no se ha tenido en cuenta que en este supuesto la acción siempre prescribe "(...) *cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción*" (prescripción extraordinaria). De este modo, este efecto resulta de suyo absolutamente reiterativo y no agrava la situación jurídica del contumaz.

Luis ROY FREYRE se inclina a considerar, ante una ley tan incongruente, que este consagra una causal de suspensión de carácter *sui generis*, aunque reconoce que es una opción más perjudicial desde que el nuevo Código Penal no contempla, como lo hacía el Código anterior, la posibilidad que opere la prescripción extraordinaria[124].

Otro problema de la Ley es que, sin apoyo en el Derecho comparado, crea un delito sobre la base de un mero incumplimiento de una obligación procesal que, a mi juicio, no constituye un bien jurídico constitucionalmente relevante, tanto más si la conducta procesal del imputado, aun cuando censurable, puede obedecer a una línea defensiva que de uno u otro modo se encuentra proyectada sobre el derecho constitucional de defensa. ROY FREYRE, en esta misma perspectiva, señala más específicamente que ni siquiera el bien jurídico pueda ser la función jurisdiccional, en tanto que el derecho a la presunción de inocencia lo descarta; dicho autor afirma categóricamente que en el hipotético y negado caso que lo fuera, no alcanza el grado mínimo como para justificar la intervención del Estado a través del delito y de la pena[125].

II. EL ABOGADO DEFENSOR

1. CONCEPTO

La Constitución, en armonía con lo dispuesto en el PIDCP y la CADH, configura el derecho de defensa y de asistencia letrada como un derecho fundamental y base del sistema procesal. En tal virtud, garantiza el nombramiento o designación de un defensor desde que es citado por la autoridad policial. Por su parte, el Código de 1991 regula al Abogado Defensor dentro del rubro "sujetos procesales", colocándolo en el Capítulo III dedicado al

---

(124) ROY FREYRE, Luis: *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, 2ª ed., Grijley, Lima, 1998, p. 103.

(125) ROY FREYRE: *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, cit., p. 105.

imputado. El art. 76° del citado Código llega a afirmar que si el imputado no nombra abogado, el Fiscal o el Juez deben hacerlo entre los defensores de oficio y a falta de estos a un Abogado particular.

Desde esta óptica, siguiendo a GIMENO SENDRA, es del caso concebir a la defensa como una *parte procesal*, dialécticamente opuesta a la acusación, integrada por dos sujetos procesales, el imputado y su Abogado, titulares de los derechos constitucionales a la libertad y de defensa[126].

Es de advertir que debe considerarse que la defensa es una parte procesal por dos razones básicas: 1. Porque, globalmente, el imputado tiene el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales. 2. Porque, dentro del proceso moderno, a la luz de los principios que lo informan, está concebido como un sujeto de la actividad probatoria, que necesariamente ha de intervenir en ella con plena igualdad y bajo el principio de contradicción. En función a estas consideraciones es que la defensa no puede ser calificada como un órgano, ni siquiera independiente, de la Administración de Justicia y al defensor como un Ayudante de ella. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el *Caso Can* (30 de setiembre de 1987), declaró la ilegitimidad de tal concepción, puesto que los contactos entre imputado y defensor no pueden ser sometidos al control judicial, lo que sería una lógica consecuencia de dicha opción jurídica[127].

La defensa, sin embargo, no consiste solamente en la actividad procesal desplegada por los defensores. Se puede considerar en sentido lato y en sentido estricto. En el primer caso, comprende la actividad procesal dirigida a hacer valer los derechos subjetivos y los demás intereses jurídicos del imputado y, en su caso, de las demás partes del proceso; se sustenta en el concepto de inviolabilidad de la defensa en juicio que establece la Constitución. En el segundo caso, es la actividad global y unitaria resultante del autopatrocinio de la parte, denominada defensa material, y del patrocinio del defensor, llamada defensa formal[128].

2. POSICIÓN PROCESAL DEL DEFENSOR

La misión del abogado defensor consiste, como enfatiza GÓMEZ ORBANEJA[129] en aportar y hacer valer en el proceso todas las circunstancias y puntos de vista, así en la cuestión de hecho como en la jurídica, favora-

---

(126) GIMENO SENDRA, Vicente: *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 112.

(127) GIMENO SENDRA: *Constitución y proceso*, cit., p. 114.

(128) MANZINI, Vincenzo: *Tratado de Derecho procesal penal*, EJEA, Buenos Aires, 1951, T. II, pp. 570-571.

(129) GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 83-84.

bles al procesado. El defensor no está obligado a valerse de los elementos inculpatorios que no consten ya en la causa por otros medios de información, ni puede tampoco aconsejar al procesado que los aporte por sí, en sus declaraciones, en cuanto medio de prueba. El material exculpatorio debe anexarlo al proceso, mediante la oportuna alegación y proposición de prueba, cualquiera sea la fuente lícita por la que haya llegado a su conocimiento. El defensor en el cumplimiento de su misión, continúa precisando GÓMEZ ORBANEJA, es independiente de la voluntad de su defendido, de suerte que su deber de defenderlo no cesa porque el inculpado no quiera defenderse ni que se le defienda[130].

El art. 80° del Código de 1991 fija un conjunto de poderes con el que puede cumplir su misión de auxilio técnico-jurídico y representación técnica del imputado. Desde este punto de vista el defensor está autorizado a lo siguiente: 1. Tener acceso al expediente para informarse del proceso; ingresar a los Establecimientos Penales y Delegaciones Policiales para entrevistarse con sus patrocinados; y expresarse con amplia libertad en el curso de la defensa, oralmente y por escrito (incs. 7, 8 y 9). 2. Prestar asesoramiento desde la etapa policial; participar en todas las diligencias, salvo en la declaración del imputado a quien no defienda; y presentar peticiones orales o escritas para asuntos de simple trámite (incs. 1, 4 y 6). 3. Interrogar directamente a su defendido y a los demás imputados, testigos y peritos; aportar las pruebas que estime pertinentes; y recurrir a la asistencia reservada de un experto (incs. 2, 5 y 3). 4. Interponer excepciones, cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, recursos impugnatorios y los demás medios de defensa permitidos por la ley (inc. 10).

La Ley Orgánica del Poder Judicial en su art. 290° permitió a los abogados que, sin necesidad de intervención de su cliente, puedan presentar, suscribir y ofrecer todo tipo de escritos, con excepción de aquellos para los que se requiere poder especial con arreglo a ley. La Ley N° 26624, publicada el 20 de junio de 1994, precisó esta norma estipulando que el abogado no requiere poder especial para interponer medios impugnatorios, en representación de su cliente.

La actuación del defensor, sobre la base de las facultades que la ley le reconoce adopta un contenido específico según las etapas del proceso penal. Sobre la base de lo explicitado por MORENO CATENA[131], se tiene que en la etapa de instrucción o investigación el defensor debe procurar: a) que se elimine la imputación contra su patrocinado y en el más breve plazo; b)

---

[130] *Loc. cit.*

[131] En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho proceso penal*, cit., pp. 193-194.

que no se promueva la acción penal y, en su caso, que no se dicte el auto de apertura de instrucción; c) que no se adopten contra él medidas cautelares; y, d) que se sobresea el procedimiento. En la etapa intermedia deberá: a) proponer la práctica de actos de prueba de descargo; b) deducir los medios de defensa permitidos por la ley; y, c) interponer los recursos que procedan contra las resoluciones perjudiciales para su defendido. En la etapa de enjuiciamiento debe: a) asistir a las sesiones del Juicio; b) intervenir en la práctica de pruebas; c) alegar oralmente en favor de su defendido; y, d) interponer los recursos que correspondan.

Por otro lado, el Código de 1991 permite a los abogados defensores ejercer el patrocinio de varios imputados en un mismo proceso, siempre que no exista incompatibilidad entre ellos (art. 77°). MANZINI, citando la casación italiana, aun cuando la considera demasiado absoluta, precisa que hay incompatibilidad de defensa solo cuando la posición de hecho y de derecho de uno de los imputados esté en abierta y absoluta oposición con la del otro, de manera que su tesis excluya lógica y necesariamente la coexistencia de la contrapuesta en su defensa por el otro imputado, mas no cuando existe entre coimputados un simple diferencia de posición jurídica y de intereses[132].

Por otro lado, el citado Código autoriza a todos los abogados que forman un Estudio Asociado ejercer la defensa de un mismo procesado, sea de manera conjunta o separada, aunque en las concretas diligencias procesales solo podrá intervenir uno solo, sin perjuicio que puedan estar presentes los otros abogados y se formule interconsultas con el designado para intervenir en la misma (art. 78°). En este último caso, la notificación efectuada a un abogado de un Estudio Asociado comprende a los demás.

3. DEFENSOR VOLUNTARIO Y DEFENSOR NECESARIO

Los arts. 68° y 76° del Código de 1991 estipulan que el imputado tiene derecho a hacer valer sus derechos por intermedio de un Abogado Defensor, desde el inicio de la investigación hasta la culminación del proceso. La Ley, además, señala aquellos casos en que la asistencia letrada es necesaria, que resulta ineludible para la eficacia del acto o diligencia procesal, lo cual está en relación con dos instituciones: el nombramiento de libre elección y la designación de abogado de oficio[133].

---

(132) MANZINI: *Tratado de Derecho procesal penal*, T. II, p. 614.

(133) GÓMEZ COLOMER: *El proceso penal alemán*, cit., p. 80.

En cuanto a la *defensa necesaria* el art. 118° del Código de 1991 la impone cuando el imputado rinda declaración instructiva, situación que corresponde extender a todas las diligencias sumariales en que participe y se requiera su declaración, tales como las confrontaciones (art. 213°). El Código de 1940, en su art. 121°, impone el defensor en la instructiva en el caso de analfabetismo y cuando el imputado es menor de edad, esto es, sujeto de responsabilidad restringida.

Creemos, sin embargo, que la defensa necesaria debe extenderse al acto de la declaración policial y, siempre y en todo el curso de la investigación o instrucción, cuando el imputado se encuentre en situación de detenido, y, fundamentalmente, cuando se trata de actos que pueden configurar pruebas preconstituidas (v. gr.: reconocimiento judicial) o anticipadas (v. gr.: declaración de testigo en peligro de muerte); asimismo, para que la defensa sea real y efectiva, resulta imprescindible imponer la presencia y activa participación del defensor en la etapa intermedia, que por su propia naturaleza es eminentemente crítica y requiere de los aportes técnicos del defensor, a fin de evitar en cuanto sea posible el enjuiciamiento y, en todo caso, para precisar las pruebas de descargo que deben actuarse en el juicio oral.

Ambos Códigos imponen el concurso del abogado defensor en el juicio oral (arts. 234° del Código de 1940 y 275° del Código de 1991). Se trata de un requisito legal en el juicio oral, que debe ejercitarse incluso con la oposición del propio imputado; exigencia que proviene del principio de igualdad, por lo que si el acusador por excelencia –el Ministerio Público– es un técnico del derecho, el acusado sea defendido también por un técnico, el Letrado. De esta forma queda salvada la llamada "igualdad de armas" del proceso[134].

El *defensor de elección o voluntario* integra el contenido esencial del derecho de asistencia letrada. Consiste en que el imputado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considera más adecuado para instrumentar su propia defensa, lo que obviamente está condicionado a su situación económica en orden a la retribución por sus servicios profesionales. El nombramiento de un abogado de confianza o su revocatoria y cambio por otro puede hacerse, como es obvio, en cualquier estado y grado del procedimiento, sin necesidad de formas particulares, bastando la mera comunicación al Fiscal o Juez, según el caso. Sin embargo, si el imputado no puede hacerlo o se niega a designarlo, corresponde a la autoridad fiscal o judicial efectivizar tal nombramiento de oficio.

Sobre el *defensor de oficio*, el Código de 1940 en el Título VII, bajo la denominación "Ministerio de Defensa", traza las siguientes directivas:

---

(134) MUERZA ESPARZA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 168.

1. La Defensoría de Oficio está constituida por los abogados que en la etapa de la investigación policial, ante el Ministerio Público y ante el órgano jurisdiccional en todas sus instancias defienden de oficio a los denunciados, inculpados y acusados (art. 67°, modificado por la Ley N° 24388). 2. Los defensores de oficio están obligados a intervenir y autorizar con su firma todas las diligencias previas a la acción penal, así como durante la instrucción y el juicio oral; además, deben concurrir a las audiencias y presentar conclusiones en todas las incidencias que se produzcan y su defensa oral (arts. 68° y 69°). 3. Existe un Cuerpo de Defensores de Oficio rentados, nombrados por el Ministerio de Justicia y adscritos a cada Sala Penal Superior, mientras que no tienen esa condición los defensores de oficio que prestan servicios en los Juzgados, quienes son designados anualmente por la respectiva Corte Superior y desempeñan el cargo *ad honorem* (arts. 71° del Código de 1940 y 3° del Reglamento – Decreto Supremo N° 023-83-JUS).

El Proyecto de Código de 1995, al igual que el Código de 1991, no regula a la institución de los Defensores de Oficio, pero en su Sétima Disposición Final creó el denominado "*Sistema Nacional de Defensoría de Oficio*", bajo la dirección, coordinación y supervisión del Ministerio de Justicia, el que será implementado progresivamente, y regulado por Decreto Supremo. Se trata de un modelo más flexible de Defensoría Pública que permitirá, en la medida de lo posible, contar con varios subsistemas de organización, de fuente privada, comunitaria, municipal o estatal, así como con modelos de actuación y control más dinámicos y adaptados a las necesidades de los justiciables.

Finalmente, la Ley N° 27019, publicada el 25 de diciembre de 1998, bajo la inspiración del Proyecto antes citado, creó dentro de la estructura del Ministerio de Justicia el denominado "*Servicio Nacional de Defensa de Oficio*", destinado a proveer el derecho a la defensa gratuita a personas de escasos recursos económicos, así como en los casos en que las leyes procesales lo determinen (art. 1°), al que se le encarga la organización y desarrollo permanente del Plan de Acción de la Defensa de Oficio en los Distritos Judiciales del país (art. 2°). Esta norma, que derogó los arts. 298°-303° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial y que entrega al Reglamento respectivo la configuración institucional y funcional de la Defensoría de Oficio, precisó: a) que la Defensa de Oficio constituye el ejercicio de la defensa en forma gratuita, ante los organismos policiales, fiscales y jurisdiccionales del país (art. 3°); b) que corresponde a la Dirección Nacional de Justicia del Ministerio de Justicia la determinación de la ubicación de los Defensores de Oficio, así como de los criterios y requisitos para el acceso a este servicio público (art. 4°); y, c) que la referida Dirección

Nacional es el ente coordinador con las entidades públicas y privadas que prestan servicios gratuitos de Defensa Legal (art. 6°).

4. REEMPLAZO Y EXCLUSIÓN DEL DEFENSOR

El nombramiento de un defensor de elección por el imputado, en principio, dura mientras este último no le ratifique su confianza y proceda a sustituirlo. No obstante ello, el órgano jurisdiccional, en el caso del Código de 1991, puede reemplazarlo en una diligencia concreta e, inclusive, puede excluirlo definitivamente de la causa, siempre que incumpla su deber de asistencia a los actos o diligencias procesales, o incurra en un acto grave de indisciplina durante el curso de una diligencia.

El Código de 1940 solo contempla un supuesto de *exclusión* del abogado defensor. Se trata de lo dispuesto en el art. 269°, modificado por el Decreto Legislativo N° 126. Procede cuando la audiencia se ha suspendido por enfermedad repentina sobrevenida a un miembro del Tribunal, al acusado o testigo, en cuyo caso la audiencia debe continuar al día siguiente del cese del impedimento. Si el abogado defensor no concurre a la audiencia continuada, vencido el sexto día de suspensión, se dispondrá su sustitución por el que designe el procesado en la siguiente sesión, que obviamente no podrá ser antes de vencido el octavo día (art. 267°, modificado por el Decreto Legislativo N° 126). Si el imputado no ha designado un nuevo abogado defensor o si en la nueva Sesión continúa la inconcurrencia del abogado defensor titular o de confianza, corresponde al órgano jurisdiccional nombrar al abogado defensor de oficio.

Por su parte, el art. 81° del Código de 1991, en *primer lugar*, autoriza el reemplazo del abogado defensor en una diligencia procesal específica, cuando se trate de una de carácter inaplazable para la que fue debidamente citado. En este caso, el reemplazo puede ser con otro abogado de confianza, que en ese acto designe, o por uno de oficio si lo anterior no es posible. En *segundo lugar*, permite excluir al defensor cuando no asiste injustificadamente a tres diligencias sumariales, en cuyo caso se requerirá al imputado a que dentro de las veinticuatro horas designe al reemplazante; de no hacerlo en ese término el juez nombrará uno de oficio.

Es de tener presente que, en tanto se trata de un ámbito estrechamente vinculado a un derecho fundamental, la *exclusión* debe ser dispuesta exclusivamente por la autoridad judicial. Sin embargo, el *reemplazo* del defensor, en atención a que no tiene carácter definitivo y que con él solo se intenta evitar la frustración de un acto procesal inaplazable, no hay obstáculo alguno para que pueda disponerlo el Fiscal, si la causa se encuentra en la etapa de investigación.

La *sustitución* del abogado defensor, es decir, su *reemplazo* por un abogado de oficio, también podrá producirse cuando se dispone la suspensión de una diligencia o la exclusión del imputado y su continuación sin él en los términos prescritos en el art. 69°. En este caso, si el abogado defensor se solidariza con el imputado y abandona la diligencia, será sustituido para ese concreto acto procesal por uno nombrado de oficio.

Si el defensor incurre en una alteración del orden y del respeto en la Sala de Audiencias, el juez está autorizado a *expulsarlo* e, inclusive, mandarlo a detener hasta por veinticuatro horas si amenaza o agrede a los sujetos procesales o impida la continuidad del enjuiciamiento. En este caso, dispone el art. 271°, será *reemplazado* por el que se designe en esa sesión o, en su caso, por el de oficio. El objetivo es evitar que la continuidad de la audiencia se vea afectada, por lo que el reemplazo se producirá de inmediato. No obstante la gravedad de la conducta procesal del defensor, que inclusive puede motivar su procesamiento penal, la ley no autoriza su exclusión que por ser una medida que afecta directamente el derecho de defensa debe estar contemplada expresamente en la ley.

Finalmente, si el abogado defensor no asiste a dos sesiones consecutivas, se hará intervenir en la segunda sesión a un abogado defensor de oficio, el cual intervendrá indefectiblemente hasta que el imputado nombre otro abogado defensor o ratifique al anterior. Sin embargo, precisa el art. 274°, si el abogado defensor no asiste a tres sesiones, será *excluido* indefectiblemente (la norma utiliza la frase "relevo obligatorio") por el abogado defensor de oficio o por otro abogado de confianza que nombre en el término de cuarenta y ocho horas.

III. EL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

1. ASPECTOS GENERALES

La comisión de un delito también genera lo que se denomina la responsabilidad civil *ex delicto*. El delito es, ante todo, un acto ilícito y está considerado como una fuente de obligaciones en el Código Civil. Dicho Código regula, en lo no prescrito específicamente por el Código Penal (art. 101°), las bases de la responsabilidad por la comisión de un delito que ha originado un daño concreto a una persona natural o jurídica.

El Código Penal impone obligatoriamente la persecución penal y la satisfacción del perjuicio patrimonial –material o moral– padecido por la

víctima (art. 92°). La reparación civil, que comprende tres clases de acciones: restitutoria, reparatoria e indemnizatoria (art. 93°), se exige tanto a los responsables directos como a los indirectos. El art. 95° del Código Penal estatuye una primera responsabilidad –directa– a cargo de los responsables materiales del hecho punible (autores y partícipes) y una segunda responsabilidad, indirecta, imputable a los terceros civiles obligados. Ambos sujetos tienen una responsabilidad solidaria.

Se entiende por *tercero civil obligado* a aquel que sin haber participado en la comisión del delito responde civilmente por el daño causado. Eduardo FONT SERRA precisa que esta responsabilidad requiere del cumplimiento de dos requisitos: a) el responsable directo o principal está en una relación de dependencia (el responsable principal no debe actuar según su propio arbitrio, sino sometido –aunque sea potencialmente– a la dirección y posible intervención del *tercero*); y, b) el acto generador de la responsabilidad haya sido cometido por el dependiente en el desempeño de sus obligaciones y servicios[135].

La relación de dependencia, sostiene MORENO CATENA, puede ser onerosa o gratuita, duradera o permanente o puramente circunstancial y esporádica de su principal o, al menos, la tarea, actividad, misión, servicio o función que realiza cuenten, como se ha precisado, con beneplácito, anuencia o aquiescencia del tercero civil obligado; y, el hecho realizado se halle inscrito dentro de un ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas y en el seno de la actividad, cometido o tarea confiadas al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de actuación[136]. No se dan estos supuestos, ha declarado la Corte Suprema, cuando se trata de un propietario de un vehículo si fue dejado en un taller para su reparación y fue usado sin permiso del propietario, con quien no se mantiene ninguna relación de dependencia[137].

La Corte Suprema ha establecido que el tercero civil es responsable solidario con los responsables del hecho punible[138], lo que guarda armonía con lo dispuesto por el art. 1981° del Código Civil.

---

(135) FONT SERRA, Eduardo: *La acción civil en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1991, p. 44.

(136) En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 188.

(137) Ejecutoria Suprema de 17 de octubre de 1990, Exp. N° 708-90, La Libertad (*Normas Legales*, T. 215, abril, Trujillo, 1994, p. 517).

(138) Ejecutoria Suprema de 11 de enero de 1999, Exp. N° 5045-98, La Libertad (CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner y VALLADOLID ZETA, Víctor, *Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima, 2002, pp. 155-156).

2. INTERVENCIÓN PROCESAL

El Código de 1991 regula en el Capítulo V, arts. 88°-90°, la intervención procesal del tercero civil. La primera directiva normativa consiste en que el tercero civilmente debe ser citado obligatoriamente en el proceso durante la etapa investigatoria o de enjuiciamiento. Siendo así, como aclara MANZINI, no puede ser condenado al pago de la reparación civil, si no fue citado o no intervino voluntariamente en el proceso penal, pues de ese modo se afectaría la garantía jurisdiccional que tienen todas las personas y, en rigor, se trataría, no de condena, sino de coerción directa[139].

Los arts. 89° del Código de 1991 y 100° *in fine* del Código de 1940, exigen la previa notificación al tercero civil para que pueda ser considerado sujeto o parte procesal. Ambos Códigos, empero, no precisan si la constitución del tercero civil procede a instancia de parte o de oficio. Nosotros consideramos que solo puede serlo a instancia de parte, es decir, del Ministerio Público o del actor civil, por cuanto si por imperio constitucional la persecución penal, de la que la acción civil depende, es de competencia fiscal, y si la reparación civil tiene naturaleza exclusivamente privada, estando vedada al juez la ampliación del objeto procesal, la única conclusión posible es que la inclusión del tercero civil debe producirse a pedido de las partes personadas en la causa legitimadas para ello: el Fiscal y el actor civil.

La solicitud debe contener, en *primer lugar*, el *petitum* concreto, esto es, la cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios causados, o la cosa que haya de ser restituida (art. 93° del Código Penal), que importa una petición de una tutela limitada a la condena del responsable a que realice las prestaciones compatibles con lo prescrito en el Código Penal. En *segundo lugar*, debe contener la *causa petendi*, es decir, el título de pedir de la acción, que viene integrada por un elemento fáctico: el delito cometido; y por un elemento normativo: normas de derecho que obligan al tercero civil a responder patrimonialmente por los hechos del imputado[140].

Es obvio que esta solicitud, previo traslado a las partes, especialmente al imputado, resolverá constituir o no como tercero civil, a quien invoca el peticionario. El Proyecto de 1995 no solo exige una demanda en forma del Fiscal o del actor civil, sino que además condiciona la aceptación de constitución de tercero civil a que exprese y fundamente el vínculo jurídico con el imputado que sustenta la responsabilidad civil indirecta. Solo es apelable la resolución que deniega la constitución del tercero civil (art. 94° *in fine*). El

---

[139] MANZINI: *Tratado de Derecho procesal penal*, T. II, pp. 513-514.

[140] FONT SERRA: *La acción civil en el proceso penal*, cit., pp. 49 y 56.

Código de 1991, a diferencia del Proyecto de 1995, en la etapa de investigación permite al Fiscal, director de la instrucción, constituir al tercero civil, siguiendo analógicamente el trámite para el actor civil (art. 83°).

El tercero civil no puede ser constituido como tal al final de la instrucción. Si no se le da la oportunidad de aportar actos de investigación o de prueba ni de participar en las ofrecidas por las otras partes, en suma si previamente no es investigado, se limitaría irrazonablemente su derecho de defensa incurriéndose en indefensión. Para evitar este atentado, que por lo demás se extiende al propio imputado, es que debe impedirse la constitución del tercero civil cuando precluya la fase de investigación.

En cuanto a su actuación procesal, el tercero civil, para defender sus intereses patrimoniales, goza de todos los derechos y garantías que se reconocen al imputado (arts. 100° *in fine* del Código de 1940 y 90° del Código de 1991). Ello se hace, como enseña MANZINI, a los fines de protección y no a los fines de persecución o coerción[141]. Como tal, el tercero civil tiene derecho a nombrar su abogado defensor, a intervenir en las diligencias procesales, a interponer solicitudes probatorias, a impugnar las resoluciones que le causen agravio, a formular oposiciones, a plantear cuestiones de competencia, a promover incidencias y, entre otros, a deducir cuestiones previas, prejudiciales, excepciones y todo otro medio de defensa, en resguardo de sus intereses legítimos. Producido el acto oral, en su alegato oral, se limitará a convenir o negar la obligación indemnizatoria, en cuyo caso podrá alegar la inexistencia del daño, la falta de motivos generadores de responsabilidad solidaria, y, cuanto convenga a su exoneración (arts. 278° del Código de 1940 y 298° del Código de 1991).

No es obligatorio que el tercero civil se apersone a la causa. Para considerarlo en la sentencia condenatoria solo basta que haya sido debidamente notificado. La Corte Suprema ha estipulado que si no se notifica la sentencia al tercero civil se limita irrazonablemente su derecho constitucional de defensa[142]. Tampoco es necesario que el tercero civil asista al Juicio Oral: la citación es obligatoria, pero su asistencia es facultativa o potestativa (arts. 209° y 210° del Código de 1940 y numeral 275° del Código de 1991).

Finalmente, conforme postula DEL VALLE RANDICH, el considerado tercero civilmente responsable puede formular oposición fundada contra la resolución que lo constituye. La oposición puede ser por la forma o por el fondo; la primera será cuando no se han reunido los requisitos que la

---

(141) MANZINI: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 534.

(142) Ejecutoria Suprema de 4 de marzo de 1998, Exp. N° 3232-97, Lima (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal [1996-1998]*, cit., T. II, pp. 81-82).

ley establece para poder ser citado como tal, mientras que la segunda se propondrá cuando no se es la persona obligada al pago de la reparación civil. La oposición, insiste el autor, debe estar orientada a demostrar que no existe vínculo entre el imputado y él como para que se tenga una obligación solidaria o que ese vínculo dejó de existir antes de la comisión del delito[143].

IV. LA PERSONA JURÍDICA Y MEDIDAS PENALES

1. LINEAMIENTOS GENERALES

El ámbito de la represión de determinados delitos, específicamente en aquellos en los que el sujeto individual los perpetra, de uno u otro modo, tras una persona jurídica, también comprende a esta última. Hoy en día se asume, aun cuando existen numerosos problemas teóricos que resolver[144], tanto por razones dogmáticas, que provienen de las canteras más diversas, sobre la base de que la función del Derecho Penal se va orientando hacia el control de las disfuncionalidades sociales e impregnando de modelos de conducta colectiva[145], cuanto por razones político-criminales y, especialmente, en atención a la función de intimidación o de inocuización que pueden tener las penas, sin perjuicio de que el principio de la personalidad de las mismas solo prohíbe que las penas pronunciadas contra las personas jurídicas puedan ser ejecutadas sobre el patrimonio propio de sus miembros, que toda oposición radical a una respuesta penal contra las propias personas jurídicas no tiene fundamento serio[146].

Nuestro Código Penal, empero, siguiendo parcialmente el modelo español, utilizando una terminología intencionadamente "neutra", ha incorporado dentro del Capítulo II ("Consecuencias Accesorias") del Título VI ("De la reparación y consecuencias accesorias") del Libro I, dos artículos

---

(143) DEL VALLE RANDICH: *Derecho procesal penal. Parte general*, cit., T. I, p. 301.

(144) Ver: SEELMANN, Kurt: "Punibilidad de la empresa: causas, paradojas y consecuencias", en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 3, Lima, Grijley, 2002, pp. 351-369.

(145) HEINE, Günter: "La responsabilidad penal de las empresas: Evolución y consecuencias", en: *Anuario de Derecho Penal 1996*, Lima, 1996, pp. 20-21.

(146) DESPORTES, Fréderic y LE GUNEHEC, François: "Las penas aplicables a las personas jurídicas", en: *Anuario de Derecho Penal 1997-1998*, Lima, 1998, pp. 308-309. Günther JAKOBS ("Punibilidad de las personas jurídicas", en: GARCÍA CAVERO, Percy [coord.], *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, ARA, Lima, 2002, p. 95), si bien está de acuerdo en que la persona jurídica debe ser pasible de una sanción, considera que no debe denominársele pena y debe ser intermedia entre aquella y la reparación civil del daño.

específicos que se refieren a las personas jurídicas: los arts. 104° y 105° CP. El art. 104° CP prevé la *"privación de los beneficios"* obtenidos por estas 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 aquellos, si sus bienes fueran insuficientes"*. El art. 105° CP instituye las denominadas *"medidas"*, que el juez puede imponer: *"Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo (...)"*.

Desde el propio tenor de las normas en cuestión, no cabe duda que la consecuencia prevista en el art. 104° CP integra el ámbito de la reparación civil[147] y, por ende, solo puede formar parte del objeto civil del proceso penal. PEÑA CABRERA enuncia al respecto que el legislador ha tratado de ofrecer una solución a los problemas generados por la insuficiencia de bienes por parte de las personas jurídicas para cubrir su responsabilidad pecuniaria de Derecho civil[148]. La segunda consecuencia, en cambio, como ya hemos acotado, es propiamente una sanción –no es una pena en el plano formal en tanto que no está inserta en el catálogo de penas previstas en el Código Penal– y su naturaleza es de Derecho Penal, en tanto que estas *"medidas"* constituyen privación de bienes jurídicos impuesta por un órgano penal ante la comisión de un delito, de lo que fluye en función a su sede que el sistema de garantías para su imposición debe ser el mismo que cualquier sanción penal propiamente dicha[149].

2. LA PRIVACIÓN DE GANANCIAS. ASPECTOS PROCESALES

En tanto la privación de las ganancias, estipuladas en el art. 104° CP, se integra a la reparación civil, forma parte del objeto civil acumulado del proceso penal. Las líneas normativas para que un tercero responda civilmente

---

(147) HURTADO POZO, José: "Personas jurídicas y responsabilidad penal", en: *Anuario de Derecho Penal 1996*, Lima, 1996, p. 151.

(148) PEÑA CABRERA, Raúl: *Tratado de Derecho penal. Estudio Programático de la Parte General*, 3ª ed., Grijley, Lima, 1999, p. 695.

(149) Cfr.: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, Granada, 2000, pp. 213-214. En esta misma línea, Miguel CARMONA RUANO ("La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en: AA.VV.: *Empresa y Derecho Penal [II]*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999 [Cuadernos de Derecho Judicial], p. 297) nos dice que las medidas en cuestión afectan negativamente a la persona jurídica y tienen un significado aflictivo para ella, así como que están previstas en el Código Penal, las impone un juez penal, como consecuencia de la comisión de un delito, en el curso de un proceso penal y orientadas a los fines de la pena.

a título de autor indirecto por el daño generado por una conducta delictiva, propio de la institución del tercero civilmente responsable que menciona el art. 100° CPP, se encuentran en el art. 1981° del Código Civil, norma que prescribe que: "*Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria*". Como tercero civil, la persona jurídica debe ser citada –comprendida como tal en una resolución judicial de imputación a instancia del Ministerio Público o de la parte civil– y tendrá derecho para intervenir en todas las diligencias que les afecten, a fin de ejercitar su derecho.

Es obvio que una persona ajena al juez, una parte procesal activa, ejerza la pretensión resarcitoria, que como tal está informada por el principio dispositivo. Por tanto, como puntualiza GARBERÍ LLOBREGAT, el órgano judicial no puede proceder de oficio, con un "fallo largo" (*extra petita*) que abarque la condena al tercero civil, si no fue llamada al proceso y erigido en parte[150]. En tanto contra el tercero civil se ejerce una pretensión específica, tiene propiamente la condición de parte demandada, de tal forma, como explica MORENO CATENA, que su régimen de intervención es similar al del proceso civil en el que resulta irrelevante la presencia o ausencia de la parte pasiva del proceso, siempre que haya sido emplazada con las debidas garantías[151].

El art. 104° CP amplía el ámbito de la responsabilidad civil de las personas jurídicas, si se la compara con el art. 100° CPP, aunque los presupuestos de la responsabilidad indirecta son coincidentes con el art. 1081° CC. En lo específico, el art. 104° CP requiere el cumplimiento de dos requisitos: 1) que el delito sea cometido por un funcionario o dependiente de la persona jurídica; y, 2) que el delito de aquel sea perpetrado en el ejercicio de la actividad social de la persona jurídica. Sobre esa base, lo que se afecta al amparo de ese numeral son exclusivamente los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de la infracción penal[152], no sus bienes o activos, los cuales pueden ser comprometidos al amparo del art. 1081° CC.

---

(150) GIMENO SENDRA, Vicente; GARBERÍ LLOBREGAT, José; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido: *Los procesos penales*, Bosch, Barcelona, 2000, T. 4, p. 577.

(151) En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 191.

(152) Lo más lógico, en cambio, como plantea Iván MEINI MÉNDEZ (*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pp. 188-190 y 219), es que las ganancias ilícitas sean objeto de decomiso.

3. LAS MEDIDAS PENALES. ASPECTOS PROCESALES

Las medidas previstas en el art. 105° CP, más allá de toda polémica, son verdaderas sanciones contra las personas jurídicas pues implican una limitación coactiva de sus derechos[153]; es más, se trata de derechos fundamentales, tales como los de asociación, libertad de empresa, derecho al trabajo y libre ejercicio de profesión u oficio[154]. En tanto la imposición de una medida está vinculada a la comisión de un delito y legalmente (*vid.* art. 105° CP) existen criterios de imputación para ello, es obvio que integra el objeto penal del proceso penal y es en él donde debe dilucidarse si el órgano jurisdiccional le impondrá o no alguna medida.

El Ministerio Público, por imperio del principio acusatorio, debe introducir la pretensión sancionadora contra la persona jurídica, en tanto se cumplan los requisitos legales correspondientes. Recuérdese que, desde el proceso penal, *parte* es aquella persona que pide y aquella frente a quien se pide al titular del órgano jurisdiccional la actuación de las consecuencias previstas en la ley material. En el presente caso, el Código Penal prevé la imposición de medidas contra personas jurídicas –parte pasiva–, si es que se cumplen determinados requisitos vinculados a la comisión de un delito, las cuales, sin duda alguna, afectan coactivamente sus derechos. Este requerimiento al órgano jurisdiccional, basado preliminarmente en la comisión de un hecho delictuoso, como tal, integra el objeto del proceso penal, de modo que su calidad de parte es inexcusable.

La persona jurídica contra quien se hace valer la pretensión sancionadora: imposición de medidas por haberse cometido el hecho punible en ejercicio de su actividad o utilizando su organización, tiene el derecho constitucionalmente reconocido de defensa para oponerse a esa pretensión y desarrollar la actividad procesal pertinente a esa finalidad. No sólo se trata de que la persona jurídica pueda ser oída, o tener derecho a una audiencia ante el juez de la causa, pues el derecho de defensa comprende un conjunto de elementos que trascienden un simple traslado o exposición de una defensa material inmediata. Aun cuando se sostenga, en palabras de FEIJOO SÁNCHEZ, que la persona jurídica, a los efectos de las medidas, son una cosa u objeto peligroso sobre cuyo destino debe discutirse para

---

(153) CARO CORIA, Carlos: "La responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho penal peruano e iberoamericano", en: *Derecho-PUC*, N° 54, Lima, 2001, p. 455.

(154) ECHARRI CASI, Fermín Javier: *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: Las consecuencias accesorias*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 191-214.

neutralizar esa peligrosidad[155], ello no obsta, por su propia condición de sujeto de derechos, a que tenga una concreta actividad procesal. No puede decirse, como insiste FEIJOO SÁNCHEZ, que la empresa no es una persona imputada en el proceso, sino un objeto sobre el que se debe discutir en el procedimiento[156], pues más allá de su fundamento de Derecho material, la persona moral tiene existencia en el mundo jurídico y en esa calidad ostenta derechos procesales, amén de que, en rigor de verdad, es objeto de una concreta imputación, a mérito de la cual pende sobre ella una seria amenaza de ser pasible de sanciones que van a afectar su funcionamiento y actividad jurídica. Desde esta perspectiva, como apunta GÓMEZ BENÍTEZ, aun cuando se quiere sostener que las medidas no son auténticas penas, una simple audiencia previa a los representantes legales no tiene nada que ver con el ejercicio del derecho de defensa frente a estas graves consecuencias en un proceso penal[157].

Sostener, como lo hacemos, que las personas jurídicas son propiamente partes acusadas, en tanto que contra ella el Fiscal imputa la comisión de un delito perpetrado por sus órganos "*... en el ejercicio de su actividad ... o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo ...*" y, por tanto, pide al juez la imposición en su contra de una de las cuatro medidas que prevé el citado art. 105° CP, requiere de un tratamiento similar a las personas físicas. Así, en primer lugar, que el *petitum* y la *causa petendi* se deben fundamentar debidamente; en segundo lugar, que el juez penal dicte la resolución de imputación correspondiente; en tercer lugar, que sea citado formalmente en cada acto procesal trascendente; en cuarto lugar, que pueda ofrecer actos de investigación y de prueba, así como participar en todos ellos y los que ofrezcan y sean admitidos por las demás partes personadas; en quinto lugar, que sea citado con la acusación fiscal y el auto de enjuiciamiento, así como que pueda intervenir activamente en toda la etapa intermedia; en sexto lugar, que intervenga en el juicio oral con los mismos derechos del acusado; y, en séptimo lugar, que se le reconozca el derecho de impugnar, deducir todos

---

[155] FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: "Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas", en: GARCÍA CAVERO, Percy (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, ARA, Lima, 2002, p. 256-257.

[156] FEIJOO SÁNCHEZ: "Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas", cit. p. 267.

[157] GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos prácticos*, Colex, Madrid, 2001, p. 71.

los medios de defensa y artículos de nulidad de actuados[158]. En similares términos, y con mayores precisiones, se pronuncia ECHARRI CASI[159].

Un problema que se presenta es el efecto que ocasionaría la ausencia injustificada de la persona jurídica a los emplazamientos procesales, en particular para el juicio oral; en otros términos, si su ausencia determina la suspensión del procedimiento. El Código de Procedimientos Penales, desde luego, no responde esta interrogante; empero, consideramos que tan riguroso requisito solo es predicable para la persona física, no para la persona jurídica, a cuyo efecto basta la notificación a su domicilio legal o procesal.

(158) Un criterio similar en sus conclusiones, aunque parte de la noción de que las personas jurídicas cometen delitos y que las medidas son verdaderas penas: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: "Las «consecuencias accesorias» aplicables como penas a las personas jurídicas en el Código Penal español", en: *Anuario de Derecho Penal 1997-1998*, Lima, 1998, pp. 331-332. Coincidente con nuestra posición, CARO CORIA: "La responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho penal peruano e iberoamericano", cit., pp. 460-461.

(159) ECHARRI CASI: *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: Las consecuencias accesorias*, cit., pp. 215-219.

Parte IV

Acción y objeto procesal

Capítulo XI
LA ACCIÓN PENAL

SUMARIO: I. Concepto y alcance de la acción penal: 1. Derecho positivo. 2. Definición. **II.** Principios de la acción penal: 1. El principio oficial. 2. El principio de legalidad. **III.** Ejercicio, renuncia y extinción de la acción penal: 1. Ejercicio de la acción penal. 2. Renuncia de la acción penal. 3. Extinción de la acción penal.

I. CONCEPTO Y ALCANCE DE LA ACCIÓN PENAL

1. Derecho positivo

La Constitución nacional, en el art. 139°.3, consagra como un derecho de carácter procesal *"el derecho a la tutela jurisdiccional"*. Asimismo, y desde otra perspectiva, el numeral 159°, en sus incisos 1 y 5, de la Ley Fundamental atribuye al Ministerio Público como misión sustancial la promoción, de oficio o a petición de parte, de la *acción de la justicia* en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho; y, como encargo específico en materia de persecución penal, el *ejercicio de la acción penal* de oficio o a petición de parte.

En cuanto a las leyes infraconstitucionales, el Código de 1940 señala, *primero*, que la acción penal es pública o privada; *segundo*, que la acción pública se ejercita por el Ministerio Público de oficio o a instancia de la parte agraviada, o por acción popular en los casos autorizados por la ley; y, *tercero*, que la acción privada se ejercita directamente por el ofendido, conforme al procedimiento especial por querella.

El Código de 1991 (al igual que los Proyectos de 1995 y 1997) dedica dos artículos específicos a la acción penal. El art. 1° prescribe que *"la acción penal es de naturaleza pública. Su ejercicio corresponde al Ministerio Público, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley"*. El art. 3° dispone lo siguiente: *"El ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público comprende: el inicio y dirección de la investigación, la acusación y su participación en el juicio oral"*.

Lo estipulado en el Código de 1991, en cierta medida, fue adelantado por la Ley Orgánica del Ministerio Público, de 1981, en cuyo artículo 11° estatuye que: "*El Ministerio Público es el titular de la acción penal pública, la que ejercita de oficio, a instancia de la parte agraviada o por acción popular, si se trata de comisión inmediata o de aquellos contra los cuales la ley la concede expresamente*". El art. 12° precisa que la denuncia de la parte agraviada o de cualquiera del pueblo puede presentarse ante el Fiscal Provincial o ante el Fiscal Superior. A su vez, el art. 94°.2 estipula que si el Fiscal estima procedente la denuncia la formalizará ante el Juez Penal, a cuyo efecto expondrá los hechos de que tiene conocimiento, el delito que tipifican y la pena con que se sanciona, según ley, la prueba con que cuenta y la que ofrece actuar o espera conseguir, y ofrecer oportunamente.

Como se puede advertir de la comparación del Código de 1940 con la Ley Orgánica del Ministerio Público, actualmente la acción penal en los *delitos públicos* solo puede ser promovida por el Fiscal; el agraviado o cualquiera del pueblo solo están autorizados, en esos casos, a poner en conocimiento del Fiscal la comisión de un hecho delictivo de carácter público, pero no pueden dirigirse directamente al Juez Penal, como era factible hacerlo hasta antes de la entrada en vigor de dicha Ley. Es el Fiscal quien luego de evaluar la procedencia de la denuncia o noticia criminal decidirá la promoción de la acción penal, en cuyo caso interpondrá ante el Juez Penal una *denuncia formalizada*. Esto significa que el Fiscal tiene el *cuasi monopolio* del ejercicio de la acción penal, del que se excepciona solo determinados delitos.

Ambos Códigos entienden que en los *delitos privados* el agraviado es el único que puede instar la intervención de la Justicia Penal y que el Fiscal está por completo al margen de su persecución. Los demás particulares tampoco pueden intervenir, ni siquiera están facultados para ejercitar la acción penal ante el Juez. El Código de 1940 determina que, en estos delitos, el agraviado debe interponer una querella directamente ante el Juez Penal y que la causa, de ser admitida por el Juez, se sigue bajo el procedimiento especial estipulado en los arts. 302° y siguientes del citado cuerpo de leyes. El Código de 1991 se pronuncia en igual forma, aunque detalla que el ejercicio privado de la acción penal se sustanciará por el trámite de la querella (art. 376°). El error en que incurre es que la querella no es un trámite ni así se denomina el procedimiento especial instaurado al efecto, sino que constituye un acto procesal de la parte activa destinada a la iniciación del proceso penal[1].

---

(1) GIMENO SENDRA, Vicente: *La querella*, Bosch, Barcelona, 1977, p. 37.

2. DEFINICIÓN

La necesidad de garantizar la imparcialidad del juzgador impide que actúe de oficio, sino a instancia y por iniciativa de las partes procesales. Rige el brocardo *"nemo iudex sine actore; ubi non est actio non est iurisdictio"*. Ahora bien, en la actualidad, y más allá de que las primeras concepciones en torno a la acción nacieron en el Derecho romano como emanación del derecho subjetivo subyacente en el Derecho material (teorías monistas) y que ahora es concebida pacíficamente como un derecho distinto del material (teorías dualistas) y de carácter público, es de reconocer que el tratamiento jurídico de la acción, *en tanto medio necesario para la intervención de la jurisdicción*, descansa en el derecho fundamental a obtener la tutela judicial (art. 139°.3 Const.), el cual debe merecer una oportuna salvaguarda ante cualquier tribunal y en todo orden jurisdiccional.

Sin embargo, en el orden jurisdiccional penal nacional, donde el Ministerio Público tiene reservado el monopolio del ejercicio de la acción penal en los delitos públicos, no es posible calificar de *derecho,* la acción penal ejercitada por el Fiscal, quien la promueve en cumplimiento de un *deber* y en el ejercicio de su *función*. La promoción de la acción penal, en puridad, es una función constitucionalmente encomendada al Ministerio Público (art. 159°.5 Const.), cuya omisión en los casos legalmente procedentes importa la comisión de un delito (art. 407° del Código Penal).

Lo expuesto nos permite sostener, siguiendo parcialmente a Gian Domenico PISAPIA, que la acción consiste, en puridad, en un *poder-deber* de activar la jurisdicción penal, o sea de pedir al órgano jurisdiccional un pronunciamiento concreto sobre una noticia criminal específica, y que, además, se trata de una iniciativa típicamente procesal dirigida a la activación de la función jurisdiccional para la actuación del Derecho Penal sustantivo[2].

En tal virtud, como no cabe definir la acción penal a partir de la noción de *derecho*, únicamente cabe calificarla de *poder jurídico.* Por consiguiente, corresponde conceptualizar la acción penal como el *poder jurídico mediante cuyo ejercicio, a través de la puesta en conocimiento al órgano jurisdiccional de una noticia criminal, se solicita la apertura (Código de 1940) o la aprobación formal (Código de 1991) del proceso penal, haciendo surgir en aquél la obligación de pronunciarse sobre la misma mediante resolución motivada.* La categoría de *poder* utilizada en la definición –a diferencia de las catego-

---

[2] PISAPIA, Gian Domenico: *Compendio di procedura penale*, CEDAM, Padova, 1988, pp. 141 y 143.

rías de derecho, posibilidad o facultad–, permite denotar sin esfuerzo el nexo acción–jurisdicción, a la vez que el vocablo *jurídico* destaca que su origen está en la organicidad del ordenamiento, y su destino y su función son afirmarlo[3].

Este *poder jurídico* es común en el ejercicio de la acción penal del Ministerio Público y, en su caso, de la víctima. Señala DE LA OLIVA SANTOS que ese poder jurídico está, cuando lo ejerce el Ministerio Público, íntimamente relacionado con sus funciones públicas, que ha de realizar imperativamente; en cambio, en los casos de ejercicio de la acción por los particulares, que pueden hacerlo libremente, ese poder jurídico es la sustancia de un derecho subjetivo disponible[4].

Desde esta misma perspectiva Alfredo VÉLEZ MARICONDE insiste en que la acción penal es un poder jurídico que impone el Derecho Constitucional y cuyo ejercicio regula el Derecho Procesal de provocar la actividad jurisdiccional del Estado. La calificación técnica de "derecho subjetivo público" sólo puede reservarse para el ofendido, como ocurre en las "acciones privadas", pues cuando la ejerce el Ministerio Público, más que un derecho es un deber, o más precisamente, un poder de ejercicio obligatorio, una potestad jurídica[5].

La definición que se propugna, primero, nos ubica en una posición favorable a la tesis *abstracta* de la acción, y, segundo, nos permite diferenciar la acción propiamente dicha de la pretensión. En efecto, no es posible asumir la tesis *concreta* por cuanto, como precisa GIMENO SENDRA[6]: a) la potestad de penar no asiste a las personas individualmente consideradas, sino al Poder Judicial (art. 139°.10 Const.), y en última instancia al pueblo, de donde recibe su encargo (art. 138°, primer párrafo, Const.); b) lo que sustancialmente debe tomarse en cuenta para la imposición de una sanción penal al autor o partícipe de la comisión de un delito son los fines que constitucional y legalmente corresponden a las penas y medidas de seguridad (arts.139°.22 Const. y IX del Título Preliminar del Código Penal) y no, exclusiva o preferentemente, los intereses de la víctima; y, c) el Fiscal no ejercita la acción penal para obtener la tutela de un derecho o interés propio vulnerado, sino

---

(3) DE LA RÚA, Fernando: *Teoría general del proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 64.

(4) DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael; MUERZA ESPARZA, Julio; TOMÉ GARCÍA, José Antonio: *Derecho procesal penal*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 189.

(5) VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: *Derecho procesal penal*, Marcos Lerner-Editora Córdoba, Córdoba, 1986, T. II, p. 260.

(6) GIMENO SENDRA, Vicente: *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 74.

que –en atención a lo dispuesto en el art. 159°.1 de la Constitución– lo hace a nombre de la sociedad y en defensa de la legalidad material.

La acción penal se ejerce, en los *delitos públicos*, a través de la denominada *"denuncia formalizada"* del Fiscal (art. 94°.2 LOMP) o, en el caso del Código de 1991 al poner en conocimiento del Juez Penal la *"resolución motivada de apertura de investigación"* (arts. 4° y 114°). En los *delitos privados* se ejerce a través de la *querella* (art. 302° del Código de 1940) o de la *denuncia* (art. 376°.3 del Código de 1991) del agraviado o de su representante legal (en rigor, el vocablo correcto es *"querella"*, toda vez que este se erige en acusador privado).

La acción se ejercita y se agota al poner en marcha la actividad jurisdiccional, al crear en el juez la obligación de dictar una resolución de determinado contenido sobre la petición de apertura de proceso: denegando la apertura de instrucción o abriendo instrucción en los casos de *delitos públicos* (arts. 77° del Código de 1940 y 115° del Código de 1991), o admitiendo o inadmitiendo la querella en el caso de los delitos privados (art. 378° del Código de 1991).

El sujeto pasivo de la acción penal es siempre el Estado. Por ello, es que no puede calificarse de acción las denuncias formuladas ante la Fiscalía poniendo en conocimiento la comisión de un delito público. Estas, si bien están sujetas, en lo esencial, al principio de legalidad y exigen un pronunciamiento motivado del Fiscal, el mismo que puede ser recurrido en caso de denegación (arts. 12° de la LOMP y 113° del Código de 1991), al no mediar intervención judicial no pueden considerarse de ejercicio de la acción penal. La promoción de la acción penal está reservada como función y deber, en los casos legalmente procedentes, al Ministerio Público. La denuncia de los ofendidos o de cualquiera del pueblo constituye, en suma, un simple derecho de petición que tiene caracteres administrativos; no se trata de la especie de un derecho de petición a la que llamamos acción penal[7]. Es de recordar, entonces, que el Ministerio Público no tiene función jurisdiccional, no ejercita la potestad de penar, el *jus puniendi*, que es privativa del Poder Judicial; y, que lo característico de la acción es que se proponga ante órganos del poder jurisdiccional.

Por otro lado, es de tener presente que la posición de parte no se adquiere con el ejercicio de la acción, cuya finalidad es simplemente instaurar el proceso, sino cuando se deduce la *pretensión*, vale decir, cuando se demanda o pide una acción de la Ley. GIMENO SENDRA aclara que, en lo penal, la pretensión sigue un "orden escalonado" que comienza con –diríamos

---

(7) FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *Estudios de Derecho procesal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 112.

nosotros– la denuncia formalizada del Fiscal o con la querella del agraviado o su representante legal, en donde empieza a prepararse, se manifiesta a lo largo de la instrucción mediante la actividad de instar diligencias y culmina con las acusaciones, escrita (en la fase intermedia) y oral en el juicio oral[8]. En consecuencia, es de apuntar que el art. 3° del Código de 1991 confunde acción con pretensión, al incluir en la primera la dirección de la investigación, la acusación y la participación del Fiscal en el juicio oral, que son los elementos propios de la pretensión.

Para el ejercicio de la acción penal, que nace de la sospecha de la comisión de un hecho punible, sólo hace falta que el hecho denunciado constituya delito: debe tratarse, en efecto, de una *notitia criminis*. Asimismo, y solo para el caso de los delitos privados, puesto que en los demás delitos actúa el Fiscal, se requiere que el denunciante tenga capacidad procesal, pues de otra forma se inadmitirá la querella.

II. PRINCIPIOS DE LA ACCIÓN PENAL

Son dos los principios vinculados con la persecución penal de los delitos: el principio oficial y el principio de legalidad. Estos principios buscan responder a las siguientes dos preguntas básicas del sistema procesal: ¿quién persigue el delito? y ¿bajo qué regulaciones se produce la persecución del delito?

1. EL PRINCIPIO OFICIAL

Este principio significa que la persecución penal del hecho punible constituye una obligación o un deber constitucional de un órgano público. No es necesario que persona alguna lo impulse[9]. En nuestro país, corresponde al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal (art. 159°.5 Const.).

Lo expuesto significa que el ofendido por el delito, solo interviene en esa persecución como denunciante (así como cualquiera del pueblo) y, posteriormente, como testigo, con dos limitaciones y una excepción[10]:

a) Existen delitos que solo pueden ser perseguidos por el agraviado, sin que el Fiscal pueda ejercer la acción. Son los *delitos semipúblicos* (v. gr.: delitos tributarios, art. 7° del Decreto Legislativo N° 813).

---

(8) GIMENO SENDRA, Vicente: *Fundamentos del Derecho procesal*, Civitas, Madrid, 1981, p. 138.

(9) BAUMANN, Jürgen: *Derecho procesal penal*, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 44.

(10) GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *El proceso penal alemán*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 46.

b) Existen delitos que requieren autorización, discrecional, de un órgano político, para poder ser perseguidos (arts. 93° *in fine*, 99° y 100° Const.).

c) La excepción al principio oficial lo constituyen los *delitos privados*, en los que el agraviado es el único que puede accionar y el Ministerio Público no interviene en ninguna fase del procedimiento (arts. 302° del Código de 1940 y 376°, primer párrafo, del Código de 1991).

2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Al decir de GÓMEZ ORBANEJA, el principio de legalidad constituye el complemento imprescindible del sistema de la acusación oficial y significa que el órgano de la acusación está obligado a ejercitar la acción por todo hecho que revista caracteres de delito conforme a la ley. El punto de vista del Ministerio Público ha de ser el de la ley, ya que es un órgano público en función de la justicia, y no de la administración política o de la "razón de Estado"[11]. Como tal, garantiza la igualdad ante la ley, de suerte que cometido un delito, la justicia penal debe actuar irremediablemente a fin de imponer el castigo correspondiente, sin atender a circunstancia distinta de las propias exigencias del ordenamiento jurídico.

En cuanto a su contenido, señala TIEDEMANN, este principio se encuentra limitado por el hecho de que tienen que existir concretos indicios fácticos de un hecho punible; suposiciones vagas no son suficientes para una inculpación jurídico-penal[12]. En este orden de ideas, el art. 94°.2 de la LOMP condiciona la formalización de la denuncia del Fiscal a que reúna o se acompañe al escrito del denunciante "prueba indispensable" para hacerlo; mientras que, en igual sentido, el art. 114° del Código de 1991 precisa que promoverá la acción penal cuando "(...) aparecen indicios o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito (...)".

Este principio que obliga a actuar al Ministerio Público –inclusive a su ayudante fundamental: la policía– ante la presencia de una mínima base de convicción acerca de la existencia de un hecho delictivo, sin embargo, está sujeto, como luego veremos, a una excepción, que en rigor es su contraparte: el principio de oportunidad reglado (art. 2° del Código de 1991).

---

(11) GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal penal*, 10ª ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987, p. 97.

(12) En: ROXIN, Claus; ARTZ, Günther y TIEDEMANN, Klaus: *Introducción al Derecho penal y al Derecho procesal penal*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 170.

III. EJERCICIO, RENUNCIA Y EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

1. EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

La acción penal, en la mayoría de los casos, es de carácter público. Se ejerce exclusivamente por el Ministerio Público en los delitos públicos. Pero también la ley ordinaria permite que el agraviado o su representante la ejerza en los delitos privados. En ambos casos, expresa un *poder jurídico*, que tratándose del Ministerio Público se erige en un deber cuando esta es legalmente procedente: tipicidad del hecho y *causa probable*; y, tratándose del ofendido importa el ejercicio de un derecho fundamental, que puede o no ejercer.

Un caso especial son las faltas. En ellas, no interviene el Ministerio Público. La acción penal puede iniciarse a instancia del ofendido o de oficio por el Juez de Paz, Letrado o no Letrado, a instancia de la autoridad policial (arts. 440°.6 del Código Penal y 387° del Código de 1991).

2. RENUNCIA DE LA ACCIÓN PENAL

La acción penal por delito público no es renunciable por el sujeto pasivo del delito. Esta solo es renunciable en los delitos privados (art. 78°.3 del Código Penal) y en las faltas (arts. 325° del Código de 1940 y 391° del Código de 1991). En ambos casos, la ley permite el desistimiento o la transacción del ofendido; renuncia que, como expresa ESCUSOL BARRA, importa la extinción de la acción penal[13]. En este sentido, se pronuncia el art. 78°, primer párrafo, del Código Penal.

3. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

El art. 78° del Código Penal reconoce cuatro supuestos de extinción de la acción penal, sin interesar su naturaleza pública o privada o si es o no renunciable. Se trata de los siguientes: a) muerte del imputado; b) prescripción; c) amnistía; y, d) cosa juzgada.

En los casos expuestos, como anota Javier VILLA STEIN[14], la ley reconoce varias razones que permiten extinguir la acción penal, en cuya virtud el

---

(13) ESCUSOL BARRA, Eladio: *Manual de Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1993, p. 257.

(14) VILLA STEIN, Javier: *Derecho penal. Parte general*, Editorial San Marcos, Lima, 1998, pp. 491 y 497.

Estado autolimita su potestad punitiva. Pueden ser causas naturales (muerte del infractor), criterios de pacificación o solución de conflictos sociales que tienen como base la seguridad jurídica (cosa juzgada y prescripción) o razones de carácter sociopolíticas o de Estado (amnistía).

Capítulo XII
EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

SUMARIO: I. Concepto y justificación: 1. Concepto. 2. Justificación. **II.** El artículo 2° del Código de 1991: 1. Aspectos generales. 2. Falta de necesidad de pena. 3. Falta de merecimiento de pena. 4. La resolución fiscal. 5. La intervención judicial. 6. El Reglamento del Principio de Oportunidad.

I. CONCEPTO Y JUSTIFICACIÓN

1. Concepto

Los principios de legalidad y de oportunidad, sostiene GIMENO SENDRA, nos indican en qué condiciones debe ejercitarse y extinguirse la acción penal o, lo que es lo mismo, cuándo y cómo debe incoarse y finalizar el proceso penal[15].

La regla general de nuestro sistema procesal es el *principio de legalidad o de obligatoriedad*: corresponde al Ministerio Público instar obligatoriamente la acción de la justicia penal cuando tenga conocimiento de la perpetración de un delito y existan mínimos fundamentos racionales de su comisión. Sin embargo, paralelamente y como excepción puntual a su ejercicio, la ley en determinados supuestos taxativamente reconocidos faculta al Fiscal a abstenerse de promover la acción penal o a provocar el sobreseimiento de la causa si el proceso ya se ha instaurado. En este caso, recalca Karl-Heinz GÖSSEL, el archivo del proceso se puede entender como una forma procesal con efecto descriminalizador[16].

---

[15] GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal penal*, 2ª ed., Colex, Madrid, 1997, p. 64.

[16] GÖSSEL, Karl-Heinz: "Principios fundamentales de las formas procesales descriminalizadoras en el proceso penal alemán", en: *Justicia*, Año IV, N° 85, Barcelona, 1985, p. 882.

Claus ROXIN define el principio de oportunidad, obviamente reglado, como aquel mediante el cual se autoriza al Fiscal a optar entre elevar la acción o abstenerse de hacerlo –archivando el proceso– cuando las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado, con gran probabilidad, ha cometido un delito[17].

2. JUSTIFICACIÓN

El principio de oportunidad, enfatiza GÖSSEL, surgió históricamente ante la imposibilidad de perseguir todos los hechos delictivos, lo que provocaría el colapso de la administración de justicia penal o, en todo caso, la imposibilidad de perseguir la gran criminalidad, por lo que tiene una *función supletoria* de las deficiencias que se observaron, la cual por cierto marca los límites de su operatividad: la pequeña y mediana criminalidad[18].

Es del caso puntualizar, en *primer lugar*, que la Constitución nacional, a diferencia de lo dispuesto en el art. 112° de la Constitución italiana ("*El Ministerio Público tiene la obligación de ejercitar la acción penal*"), no tiene norma alguna que haga imperativo al Fiscal la promoción de la acción penal. Como dice VIVES ANTÓN, de lo dispuesto en el art. 159°, incs. 1 y 5, de la Constitución (art. 124°.1 de la Constitución española), que encarga al Ministerio Público la promoción de la acción judicial en defensa de la legalidad y el ejercicio de la acción penal, no se sigue sin más la obligación de ejercitar las acciones penales, en tanto la ley configure ese ejercicio como obligatorio[19].

Desde esta perspectiva, en *segundo lugar*, es del caso que la Ley establezca cuáles son los supuestos, rigurosamente consignados, en los que es posible la abstención del Ministerio Público. En puridad, siguiendo a GÓMEZ COLOMER, se deben invocar razones de prevención general y especial, ligadas con la necesidad y conveniencia del castigo penal en el caso concreto, para disminuir la intensidad formal del principio de legalidad[20]. La ley debe fijar las causales de procedencia de la oportunidad, pero obedeciendo a un

---

(17) Citado por ARMENTA DEU, Teresa: *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*, PPU, Barcelona, 1991, p. 66.

(18) Citado por ARMENTA DEU: *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*, cit., p. 65.

(19) VIVES ANTÓN, Tomás: "Doctrina constitucional y reforma del proceso penal", en: AA.VV.: *Derechos fundamentales y justicia penal*, San José (Costa Rica), 1992, p. 526.

(20) GÓMEZ COLOMER: *El proceso penal alemán*, cit., p. 47.

criterio axiológico que las haga prevalecer sobre el eventual beneficio del castigo del hecho concreto[21].

En esta misma perspectiva, por ejemplo, la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO DE ESPAÑA en su *Memoria* de 1987 abogó por la implantación de la oportunidad reglada, "*siempre que venga exactamente determinada por la propia ley, que debería regular los supuestos de su aplicación, de forma imperativa por razones de seguridad jurídica* [...] *Su implantación, si se produce con el debido control jurisdiccional, produciría provechosos beneficios en aras a la eficacia y celeridad de la Administración de Justicia, y al afectar hechos típicamente de escasa trascendencia, eliminaría los conocidos riesgos de las penas cortas privativas de la libertad, cuando así lo aconsejare el derecho del perjudicado y la satisfacción del interés social.*

Por otro lado, en *tercer lugar*, aun cuando la ley prefigure del modo más riguroso los criterios de oportunidad, el operador jurídico, en este caso, el Fiscal, y en su momento el Juez deben tener en consideración el *principio de proporcionalidad*, en cuanto criterio corrector en el caso concreto con miras al logro de la Constitución, y más claramente, en la realización del principio de igualdad, que es el que más seriamente puede dañarse con la aplicación de la oportunidad. Señala Ernesto PEDRAZ PENALVA[22] que los criterios de oportunidad, en su aplicación al caso concreto: a) no han de ser contrarios a los bienes constitucionalmente protegidos; b) tampoco han de serlo los medios utilizados, que aun siendo aptos para la consecución del fin propuesto en la norma, tienen que ser necesarios, en el sentido que no pueda alcanzarse idéntico resultado con otros menos gravosos; y, c) en cuanto a las cargas resultantes para cada afectado, estas deben estar en una razonable relación con los beneficios propios y los de la comunidad.

En *cuarto lugar*, en aras del control efectivo a las decisiones de la Fiscalía, resulta imprescindible la intervención judicial, cuando la víctima cuestione la abstención o cuando el imputado considere que determinadas obligaciones o lineamientos reparatorios son desproporcionados. En el Proyecto Alternativo del Código Procesal Penal, que dio lugar al Código de 1991, se exigía –siguiendo el modelo germano– la intervención y aprobación judicial de la

---

(21) CONDE–PUMPIDO, Ferreiro: "Legalidad vs. oportunidad como criterios de actuación de los Ministerio Públicos", en: *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1983, p. 717.

(22) 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.

decisión fiscal de abstención por oportunidad; sin embargo, en el Código se eliminó la intervención judicial sobre la base de la independencia del Ministerio Público. Esta posición, a nuestro juicio, es totalmente equivocada, por cuanto corresponde al Poder Judicial –por su propia función– determinar si un órgano del Estado actuó correctamente en el marco de las previsiones legales. Si la oportunidad es reglada, es decir, sometida a pautas legales estrictas, no cabe sostener que el juez interfiere en la función fiscal, pues de lo que se trata es de determinar si el Ministerio Público aplica correctamente las normas autoritativas de la oportunidad, cuyo presupuesto es la existencia de elementos de cargo contra el imputado.

El principio de oportunidad, a final de cuentas, surge –en primer término– por la conjunción del incremento de la criminalidad y la incapacidad del aparato judicial para cumplir el principio de legalidad. Este argumento, explica ARMENTA DEU, se completa con la alegación de diversas ventajas que atienden: a razones de interés social o utilidad pública; a contribuir a la consecución de la justicia material por encima de la formal; a favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; y a constituir el único instrumento que permite un trato diferenciado entre los hechos punibles que deben ser perseguidos y aquellos otros en los que la pena carece de significación[23].

Cabe prevenir que esos criterios se admiten respecto a ilícitos cuya no persecución ni castigo resulta tolerable por las valoraciones sociales medias, y en la medida que no se conviertan en privilegios personales[24].

Tal vez una defensa excepcional al principio de oportunidad, sobre el que precisa que lo que está en juego con su admisión es la concepción que debe manejarse sobre el fundamento y fin de la pena, así como sobre cuáles son los fines que deben conseguirse con el proceso penal, es lo que hace LÓPEZ BARJA DE QUIROGA[25], quien puntualiza que "(...) el principio de oportunidad resulta justificado (1) en razones de igualdad, pues corrige las desigualdades del proceso de selección (*en el examen de comportamientos delictivos, que actúan en el propio proceso penal de distintas formas y en diferentes momentos*); (2) en razones de eficacia, dado que permite excluir causas carentes de importancia que impiden que el sistema penal se ocupe de asuntos más graves; (3) en razones derivadas de la actual concepción de la pena, ya

---

(23) 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, p. 457.

(24) CAFFERATA NORES, José Ignacio: "El principio de oportunidad en el derecho argentino", en: *Nueva Doctrina Penal*, 1996, Buenos Aires, p. 13.

(25) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Instituciones de Derecho procesal penal*, Akal/Iure, Madrid, 1999, p. 442.

que el principio de legalidad entendido en sentido estricto (excluyente del de oportunidad) solo se conjuga con una teoría retribucionista de la pena. Por el contrario, cuando a la imposición de la pena se le busca un fin distinto a la pura retribución, el principio de oportunidad surge como un instrumento altamente preciso para llevar a cabo tal misión, excluyendo la pena cuando por diversas circunstancias sea perturbadora para la resocialización, o cuando por diversas circunstancias carece de sentido su imposición". En esta misma línea, GUARIGLIA considera que, en efecto, la adopción de criterios de oportunidad constituye uno de los mecanismos más aptos para canalizar la selectividad espontánea de todo sistema penal, y que conduce a una aplicación irracional y poco igualitaria de la potestad punitiva del Estado, sin perjuicio de advertir que la oportunidad solo será viable con pleno sentido y efectividad en la medida en que la investigación esté a cargo del Ministerio Público[26]. En el Perú así está diseñada en el Código de 1991 y, hoy en día, en tanto el Fiscal domina la etapa preliminar y sólo él puede proceder por delitos públicos, el efecto no es tan contraproducente.

Por lo demás, es un hecho totalmente asumido en el Derecho comparado la incorporación del principio de oportunidad. Es particularmente interesante al respecto la Recomendación del Consejo de Europa N° R (87) 18, de 17 de septiembre de 1987, sobre simplificación de la Justicia Penal. Es de destacar de dicha Recomendación lo siguiente: 1) Que el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal debiera ser adoptado, o extenderse su aplicación, en los casos que lo permita el contexto histórico y la Constitución de los Estados Miembros; 2) Que la Ley debe prever esta facultad de renuncia al ejercicio de la acción penal, siempre condicionada al consentimiento o no oposición del denunciado; 3) Que el principio de oportunidad debe inspirarse en el principio de igualdad de todos ante la ley y en el de la individualización de la justicia penal, y concretamente teniendo en cuenta: la gravedad, naturaleza, circunstancias y consecuencias del delito, la personalidad del denunciado, la condena que pudiera imponerse, los efectos de la condena sobre el denunciado, y la situación de la víctima; y, 4) Que el archivo de actuaciones por oportunidad podrá ser puro y simple –acompañado de una advertencia, reprensión o amonestación– o sometido a determinadas condiciones que han de ser cumplidas por el denunciado, como las de someterse a reglas de conducta, el pago de una suma de dinero, la indemnización a la víctima o su puesta a *"probation"*, en cuyo caso el archivo, bajo condición, será definitivo al cumplirse las obligaciones impuestas.

---

[26] GUARIGLIA, Fabricio O.: "Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: El principio de oportunidad", en: AA.VV.: *El Ministerio Público en el proceso penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 95.

II. EL ARTÍCULO 2º DEL CÓDIGO DE 1991

1. ASPECTOS GENERALES

El art. 2º del Código de 1991, con sus dos modificaciones parciales (Ley Nº 27072, de 23 de marzo de 1999, y Ley Nº 27664, de 8 de febrero de 2002), inspirado parcialmente en el Código de Procedimiento Penal Tipo para Iberoamérica y en la Ordenanza Procesal Penal alemana, regula aquellos supuestos de abstención del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público, obviamente radicada en los delitos públicos. Empero, es de tener en cuenta: 1) Que sólo se ha considerado como prestaciones sustitutorias a cumplir por el imputado la reparación civil a favor de la víctima, desechándose –a diferencia del modelo germano– las prestaciones públicas útiles, el pago de cantidades a favor de una institución pública; y, 2) Que los criterios a los que responde la norma están focalizados en la *falta de interés público*, lo que ocurre en supuestos de delitos insignificantes y cuando la culpabilidad sea mínima (*minima non curat praetor*), y –como ya se anotó–, limitadamente, en la *satisfacción del interés*, al utilizarse concurrentemente medios alternativos radicados en la reparación civil, obviándose el otro criterio utilizado en Alemania: la *preponderancia de otros intereses del Estado.*

Esta norma, y sus ulteriores Reglamentos, exige que toda abstención del Fiscal invocando alguno de los tres supuestos legalmente previstos cuente necesariamente con el consentimiento expreso del imputado. Este prerrequisito se explica por el hecho de que la abstención por oportunidad requiere un juicio mínimo de presunta responsabilidad penal en el imputado, sustentado en la existencia de elementos de convicción suficientes que justifiquen el procesamiento penal, lo que de hecho afecta el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Es claro que si el Fiscal considera que no existe mérito para promover la acción penal, porque el hecho no constituye delito o porque no existen mínimos elementos de convicción acerca de la realidad del delito denunciado o de la vinculación del imputado en el mismo, dictará resolución declarando que no procede formalizar denuncia y procederá a disponer el archivo de las actuaciones, de conformidad con el art. 94º.2 de la LOMP.

Dos son los supuestos, de corte preventivo, que asume la ley para determinar la abstención del ejercicio de la acción penal por oportunidad. Por *falta de necesidad de pena* (inc. 1) y por *falta de merecimiento de pena* (incs. 2 y 3). A su vez, en este último criterio se incorporan dos supuestos vinculados, el primero, a los delitos–bagatela (inc. 2); y, el segundo, a los casos de mínima culpabilidad o mínima contribución a la perpetración del delito (inc. 3). En los supuestos de falta de merecimiento de pena se exige al imputado la reparación de la víctima o un acuerdo en ese sentido, que

expresamente se identifica, en todos los casos, con la reparación civil a que hace referencia el art. 93° del Código Penal, mientras que en el caso de falta de necesidad tal exigencia no se presenta.

Es del caso diferenciar el citado art. 2° CPP 1991 con lo dispuesto por el art. 68° CP, que permite al Juez remitir la pena en los delitos sancionados con pena privativa de libertad no mayor de dos años, pena limitativa de derechos o con multa, siempre que la responsabilidad del agente fuere mínima. El Código Penal sólo reconoce dos requisitos concurrentes: a) *delitos de mínima entidad*, concretados en una precisa conminación penal, y b) *mínima responsabilidad del agente*, y no exige la necesaria aceptación del imputado o la petición previa o no oposición del Ministerio Público. Dicha norma (art. 68° CP) exige que, concurrentemente, tanto el injusto como la culpabilidad queden fuertemente reducidas a consecuencia de circunstancias especiales, de ahí que sólo se declara la culpabilidad en la sentencia, pero se remite la pena. El art. 2° CPP 1991, en cambio, es más flexible y contiene mayores posibilidades de aplicación, aunque su ámbito efectivo de funcionamiento es más estrecho, al reducirse, en lo fundamental, a la decisión de formalizar o no denuncia penal, de cara a instar el procesamiento penal, es decir, al momento previo a la promoción de la acción penal; jurídicamente comprende no solo el supuesto de *poena naturalis*, sino independientemente incorpora los supuestos de injusto reducido y de culpabilidad reducida, bajo el criterio delimitador de *ausencia de interés público en la persecución*.

2. FALTA DE NECESIDAD DE PENA

El inc. 1 fija el supuesto denominado "*poena naturalis*". En este caso, la abstención del Fiscal procederá: "Cuando el agente haya sido afectado directa y gravemente por las consecuencias de su delito y la pena resulta inapropiada".

Se trata de un supuesto de falta de necesidad de pena, porque el imputado se ha castigado a sí mismo al sufrir las graves consecuencias del delito, y ya no resulta necesario, por ninguna de las razones que se reconocen como fundamento de la pena, acudir a una sanción que vaya más allá de lo padecido[27].

Del texto del inc. 1 se infiere: a) que tiene un carácter general y no se limita por razones de la entidad del injusto o de la culpabilidad por el hecho; b) que, respecto del hecho cometido, se debe tomar en cuenta las consecuencias producidas por el propio imputado, y no a las consecuencias legales o medidas de terceros (v. gr.: inhabilitación, divorcio, disminución de las ventas

---

(27) JESCHECK, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Comares, Granada, 1993, p. 780.

en el negocio o boicot social); c) que las consecuencias pueden ser de índole corporal o económico y, por extensión, la afectación –en el sentido de la ley– puede partir de los perjuicios ocasionados a un pariente u otra persona de su entorno; d) que no cabe comprender en estos supuestos, al que quiso o al menos previó como posibles los perjuicios sufridos, rechazables por razones de prevención general[28].

En estos casos, es de tener en cuenta dos datos centrales: 1. Que como consecuencia de las afectaciones sufridas por el imputado resulta claramente desproporcional imponerle conjuntamente una sanción. 2. Que se trata de un supuesto, en función a la forma y circunstancias de su comisión, claramente excepcional.

3. Falta de merecimiento de pena

A. Delitos-bagatela

Este supuesto, al igual que el fijado en el inc. 3, entraña un caso típico de falta de merecimiento de pena, por cuanto vistos en su conjunto atienden a la escasa medida del injusto y de la culpabilidad, así como a la falta de interés público en la persecución, siempre que –en resguardo del interés de la víctima– el imputado repare el daño ocasionado.

El inc. 2 estatuye que procederá la abstención en el ejercicio de la acción penal: "Cuando se tratare de delitos que por su insignificancia o poca frecuencia no afecten gravemente el interés público, salvo cuando la pena mínima supere los dos años de pena privativa de libertad o se hubiere cometido por un funcionario público en ejercicio de su cargo".

Esta disposición, aclara GÖSSEL, tiene la finalidad de economía procesal, de evitar el costoso trabajo de persecución penal en aquellos casos en que se puede renunciar a ello sin daño para lo que es propio del Estado de Derecho[29].

En principio, este motivo de oportunidad requiere que se cumplan los siguientes requisitos: 1. Que el delito sea insignificante o poco frecuente. 2. Que no afecte gravemente el interés público en su persecución. 3. Que, en todo caso, la pena mínima no supera los dos años de privación de libertad o que no se trate de un delito funcional.

---

[28] JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, ed. 1993, cit., p. 779.

[29] GÖSSEL: "Principios fundamentales de las formas procesales descriminalizadoras en el proceso penal alemán", cit., p. 882.

La insignificancia o poca entidad del injusto está en función a la escasa lesividad del delito perpetrado. No será posible, en ningún caso, hacer uso de este criterio de oportunidad cuando la pena mínima prevista en el tipo penal supera los dos años de privación de libertad. A partir de esa primera referencia, el Fiscal, para definir la insignificancia, no solo ha de tener en cuenta la conminación penal respectiva, que en rigor constituye un primer marco de definición, sino que fundamentalmente debe apreciar, siguiendo lo dispuesto en el art. 46° del Código Penal, que fija los principios de determinación de la pena, aquellos factores vinculados a la determinación de la magnitud del injusto, tales como: a) la naturaleza de acción: importancia y afectación del bien jurídico protegido por el tipo penal; b) los medios empleados en la comisión del delito, observando la entidad lesiva de los mismos o su capacidad para vulnerar bienes jurídicos; c) la extensión del daño o peligros causados; y, d) las circunstancias del Código Penal.

Por otro lado, por razones de prevención general, la ley impide aplicar el criterio de oportunidad cuando el delito, aun en el caso que la pena que sea previsible imponer sea leve, haya sido cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo. La vulneración de los deberes que impone el ejercicio de un cargo público (art. 46°.3 CP), el prevalerse de la función pública, incide de tal modo en la valoración del injusto y su merecimiento de castigo, que impide al Fiscal abstenerse de perseguir hechos semejantes.

La poca frecuencia del delito es otro motivo para que el Fiscal se abstenga de promover la acción penal. Se trata de un criterio cuantitativo que persigue garantizar que el Fiscal, siempre que la reiteración delictiva origine fundada alarma social, promueva la acción penal.

En principio, el delito no debe estar conminado con una pena mínima superior a los dos años de privación de libertad, ni debe haber sido cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo. Tanto en este caso, como en el anterior, si el tipo penal está sancionado con penas conjuntas –de privación de libertad con multa, restrictivas de la libertad o privativas de derechos–, no es posible aplicar la oportunidad, pues estaríamos ante un supuesto de mayor contenido de injusto, que vista la excepcionalidad que debe rodear la abstención de persecución penal justifica su reserva legal.

La falta de interés público en la persecución es un requisito común a los supuestos de insignificancia y poca frecuencia. Según la jurisprudencia germana existe interés público cuando la paz jurídica se ve perjudica por encima del "círculo vital" del perjudicado y la persecución penal se constituye en un objetivo actual de la generalidad.

Señala ARMENTA DEU que las circunstancias a tener en cuenta son aquellas que sirvan, asimismo, para determinar la finalidad de la pena; por tanto, deben apreciarse tanto todas las consideraciones de prevención general y especial que determinan la finalidad de la persecución penal, como aquellos otros elementos ponderativos incorporados en el citado art. 46° StGB (art. 46° del Código Penal), aunque estos últimos no pueden equipararse con las primeras que tienen una mayor fuerza configurativa. La doctrina germana tiene en cuenta, de un lado (prevención general), el modo de comisión del delito, la habitualidad del mismo o razones similares (prevención general), y, de otro lado (prevención especial), los antecedentes del imputado y todo aquello cuya falta de sanción provocaría previsiblemente la comisión de más hechos delictivos[30].

B. Mínima culpabilidad

El inc. 3, en cuanto supuesto de falta de merecimiento de pena, autoriza al Fiscal a abstenerse de promover la acción penal "Cuando la culpabilidad del agente en la comisión del delito, o su contribución a la perpetración del mismo sean mínimos, salvo que se tratare de un hecho delictuoso cometido por un funcionario público en ejercicio de su cargo".

A diferencia del supuesto de delito-bagatela, del inc. 2, el único límite objetivo se encuentra, no en la penalidad conminada por el tipo penal en cuestión, sino en la naturaleza de la infracción cometida: no cabe abstenerse de perseguir delitos funcionales, sin que a ello obste que el agente actuó con mínima culpabilidad o contribuyó escasamente a su perpetración.

La culpabilidad será mínima o escasa "cuando puede quedar situada por debajo de la línea intermedia común de supuestos de hechos similares"[31]. Se considera circunstancias sujetas a ponderación para medir la culpabilidad por el hecho del autor: a) los móviles y fines; b) la edad, educación, situación económica y medio social; c) la unidad o pluralidad de agentes; d) la reparación espontánea que hubiere hecho del daño; e) la confesión sincera antes de haber sido descubierto; y, f) las demás circunstancias personales (art. 46°, incs. 6-11 del Código Penal).

Los factores consignados, de corte preventivo-especial, son indicativos (es un catálogo abierto de circunstancias) y, a su vez, ofrecen un gran margen de interpretación al operador jurídico. Sobre esa base normativa, que por lo demás puede jugar a favor o en contra del imputado –son ambivalentes–, debe apreciarse en su conjunto si el imputado actuó por debajo de la línea

---

[30] ARMENTA DEU: *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*, cit., p. 111.

[31] ARMENTA DEU: *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*, cit., pp. 108-109.

intermedia común (nobleza de los móviles, precario nivel económico y de educación, ocasionalidad del delito, mínima importancia del deber infringido, reconocimiento espontáneo del hecho y voluntad de reparación del daño perpetrado, etc.). Resulta pertinente tener presente aquellos supuestos de exclusión de culpabilidad y exculpación imperfectos, tales como –de un lado– la minoría relativa o los supuestos de personas mayores de 65 años y la falta de capacidad penal relativa, así como los errores de prohibición y de comprensión culturalmente condicionados vencibles; y, de otro lado, el estado de necesidad exculpante y el miedo insuperable imperfectos (arts. 20°.1, 5 y 7, 21°, 22°, 14° y 15° del Código Penal).

La mínima contribución a la perpetración del delito está referida, en primer lugar, a la escasa voluntad aplicada al delito, vinculada al grado de dolo y a la debilidad de la voluntad criminal; y, en segundo lugar, al concreto y objetivo accionar del imputado en la comisión del delito, esto es, si intervino en un delito que quedó en grado de tentativa o que pese a su intervención fracasó la posibilidad de desistimiento del mismo, si intervino a título de cómplice en segundo grado, o si su participación, más allá de la calificación jurídico-penal que merezca, no fue relevante ni especialmente lesivo para la víctima.

C. Exigencia adicional

En ambos supuestos de falta de merecimiento de pena, será necesario que el agente hubiera reparado el daño ocasionado o que exista un acuerdo con la víctima en ese sentido, siempre reconducido a la noción de reparación civil. Ello requiere, sin duda, una participación de la víctima, aunque no tiene poder para impedir el ejercicio del principio de oportunidad.

Corresponde al Fiscal determinar si lo realizado u ofrecido por el imputado importa una efectiva reparación. Para este efecto, debe tomar en cuenta los criterios reparatorios del art. 93° del Código Penal: restitución o, en su defecto, pago del valor del bien vulnerado; y, la indemnización de los daños y perjuicios, fijada prudencialmente. Si existe acuerdo entre imputado y víctima, y este es razonable, el Fiscal, cumplidos los requisitos de falta de merecimiento de pena, dictará sin más la resolución de abstención por oportunidad. Si no hay tal acuerdo, corresponde al Fiscal determinar el *quantum* de la reparación civil suficiente para viabilizar al archivo.

La norma no exige que la reparación necesariamente se haya producido para acordar la abstención del ejercicio de la acción penal. El Fiscal, en uso de su amplio poder discrecional, puede no solo fijar el monto dinerario correspondiente, sino también la forma y plazo de cumplimiento del mismo. En este último caso, no cabe censura alguna en dictar una resolución

de archivo provisional, pendiente de una definitiva que se producirá ulteriormente cuando el imputado, efectivamente, haya cumplido con reparar íntegramente el daño ocasionado. Sobre el particular GÖSSEL insiste en que el archivo es solo provisional y que solo después del cumplimiento de las condiciones por el inculpado, el proceso será definitivamente archivado[32]. En su defecto, como este motivo se condiciona a la reparación, el Fiscal dispondrá de inmediato la promoción de la acción penal. No es de recibo sostener que se trata de una deuda civil, puesto que en puridad constituye una condición necesaria para la promoción de la acción penal fundamentada en el respeto del interés legítimo de la víctima.

4. LA RESOLUCIÓN FISCAL

La abstención de promover la acción penal por oportunidad, como se ha dejado sentado, debe expresarse a través de una resolución debidamente fundamentada. El Fiscal debe valorar todas las circunstancias y datos jurídicos que hacen viable la aplicación del aludido principio.

Contra la resolución que disponga la abstención del ejercicio de la acción penal cabe recurso de queja (LOMP) o recurso de apelación (Código de 1991) por quien se considere perjudicado. En principio, si no se ha recabado la aceptación del imputado o si los montos o condiciones fijadas para dar por cumplido la reparación a la víctima son excesivos, corresponde recurrir al primero; empero, si el monto de la reparación o las modalidades de su cumplimiento son lesivas al interés de la víctima, esta puede interponer el medio impugnatorio correspondiente. En tanto la víctima no puede tener interés en el objeto penal del proceso, no está legitimada para recurrir alegando la incorrección legal de la abstención del ejercicio de la acción penal.

El Fiscal, desde luego, también puede desestimar una solicitud del imputado de abstención de promoción de la acción penal por oportunidad. Esta decisión va acompañada de la decisión de formalizar la denuncia o ejercitar la acción penal. Esta resolución es igualmente recurrible por el imputado, impugnación que impide al fiscal promover la acción penal hasta que el Superior ampare o desestime la queja o apelación.

5. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL

El Juez Penal en nuestro sistema procesal no interviene o controla las decisiones del Ministerio Público cuando decide abstenerse de promover

---

[32] GÖSSEL: "Principios fundamentales de las formas procesales descriminalizadores en el proceso penal alemán", cit., p. 884.

la acción penal por oportunidad. Empero, como prevé el citado art. 2° del Código de 1991 y sus dos últimas reformas, los criterios de oportunidad por falta de necesidad y falta de merecimiento de pena también pueden ser aplicados cuando el proceso penal se ha instaurado. En este caso el archivo o sobreseimiento por oportunidad corresponde decidirlo al Juez mediante auto fundado.

El último párrafo de la norma comentada condiciona el auto de sobreseimiento del Juez Penal al pedido del Ministerio Público. Esta frase debe entenderse en un sentido amplio, esto es, que el Fiscal solicite u opine favorablemente al sobreseimiento por esta causal. Por consiguiente, es posible que el imputado requiera la aplicación de este instituto, por lo que el Juez, previo traslado a las demás partes personadas, dispondrá la inmediata vista fiscal y sólo archivará la causa siempre que el Fiscal considere viable el motivo invocado y, a su vez, arreglada a ley la petición de su propósito.

En tanto el Fiscal es parte en el proceso y al Juez corresponde finalmente la decisión del sobreseimiento, tal resolución ha de emitirse siempre que la autoridad judicial la considere arreglada a derecho. Por otro lado, es razonable exigir la conformidad fiscal para sobreseer la causa por oportunidad porque el Ministerio Público es el titular de la acción penal y la solución procesal de la oportunidad está encomendada en primer orden al Fiscal.

6. El reglamento del principio de oportunidad

El órgano de gobierno del Ministerio Público (primero, la Fiscalía de la Nación; luego, el Consejo Transitorio del Ministerio Público –creado por la Ley N° 27367–; y, finalmente, con la restitución de sus poderes de dirección, en armonía con lo dispuesto por el art. 158° de la Constitución, nuevamente la Fiscalía de la Nación) ha cursado dos grandes directivas reglamentarias sobre el particular. La primera, fue la Circular N° 006-95-MP-FN, aprobada por Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1072-95-FN, de 16 de noviembre de 1995, y, la segunda, fue la Resolución del Consejo Transitorio del Ministerio Público N° 200-2001-CT-MP, de 24 de abril de 2001, que aprobó el Reglamento de Organización y Funciones de las Fiscalías Especializadas en la aplicación del principio de oportunidad, modificada a su vez –en aspectos puntuales– por la Resolución del Consejo Transitorio del Ministerio Público N° 266-2001-CT-MP, de 9 de mayo de 2001, y por la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 651-2001-MP-FN, de 20 de julio de 2001.

La Circular N° 006-95-MP-FN, de 15 de noviembre de 1995, destinada a todos los Fiscales, y que deben aplicarse en la forma que estimen más

arreglada a los fines de la justicia penal, en buena cuenta, desarrolla lo que hemos apuntado líneas arriba. Lo más resaltante de la Circular, a nuestro juicio, estriba en lo siguiente: (1) Que la decisión de abstenerse de ejercitar la acción penal sólo se adoptará si existen suficientes elementos de convicción de la realidad del delito y de la vinculación del implicado en su comisión, y siempre que se presenten los supuestos de falta de merecimiento o falta de necesidad de pena previstos en los inc. 1) al 3) del art. 2° del CPP de 1991. (2) Que el Fiscal debe recabar la aceptación previa del implicado y, a los efectos de establecer la reparación –en los supuestos de los incs. 2) y 3)–, citar al agraviado y al tercero civil, siendo de destacar que la oposición de la víctima no impide aplicar el criterio de oportunidad que corresponda. (3) Que, luego que la Fiscalía de la Nación ha fijado un conjunto de pautas o instrucciones para apreciar tanto los ámbitos de la falta de merecimiento o de necesidad de pena cuanto la medición de la reparación (el monto de la transacción no obliga al Fiscal, si considera que importa una suma exigua), establece claramente que si el imputado no cumple con reparar a la víctima en el curso del plazo fijado y del requerimiento establecido, se revocará por contrario imperio la decisión de abstención del ejercicio de la acción penal y, en consecuencia, se formalizará la denuncia penal correspondiente.

La Resolución del Consejo Transitorio del Ministerio Público concreta las directivas que enuncia en un Proyecto Piloto circunscrito al Distrito Judicial de Lima, a cuyo efecto convierte dos Fiscalías Provinciales de Prevención del Delito en "*Fiscalías Especiales en la aplicación del Principio de Oportunidad*". Pero esta Resolución no sólo tiene un limitado carácter orgánico, sino que desarrolla –en la línea de la anterior Resolución de Fiscalía de la Nación– un conjunto de criterios y marcos de actuación y aplicación concreta del art. 2° del Código de 1991, circunscritos a la fase preprocesal, que es del caso tener en cuenta y que pueden ser utilizados por los demás Fiscales en una lógica complementaria a la Circular anterior, que es de carácter general.

Es del caso destacar en dicha Resolución lo siguiente: (1) Que establece, de modo general, un marco objetivo para aplicar el principio de oportunidad, detallando a modo de orientación 56 tipos penales que pueden ser objeto de esta institución; (2) Que en cuanto al supuesto de "mínima culpabilidad" de la causal de falta de merecimiento de pena, de un lado, se hace mención a las circunstancias atenuantes genéricas y a las causas de inculpabilidad incompletas, al error –sin duda aquel que da lugar a la punición– y al arrepentimiento fracasado; y, de otro lado, delimita la "mínima contribución al delito" a los casos posibles de complicidad secundaria; (3) Que, luego de la aceptación previa del imputado para la posible aplicación del principio de oportunidad

–sea por asistencia a la diligencia o por escrito con firma legalizada–, se cita a una "Audiencia Única de Conciliación", a la que si no asisten ambas partes, se dará por concluido el trámite y por desestimada implícitamente la aplicación del art. 2° CPP de 1991; mientras que si el agraviado no acepta la aplicación de este principio, el Fiscal decidirá si prosigue el trámite o lo clausura, decisión que puede ser recurrida en apelación al Fiscal Superior; también lo será la resolución fiscal que fija un monto de reparación civil que no acepta el agraviado; y, (4) Que es posible acordar un plazo –no mayor de seis meses– para cancelar el monto fijado, solo si el monto de la reparación excede a tres unidades impositivas tributarias.

Es discutible que ese modelo consolide la aplicación del art. 2° CPP 1991, pues se requieren dos decisiones, una del Fiscal Provincial Penal que recibe una denuncia, y la otra del Fiscal Especializado que le dará trámite si la considera viable, lo que importa una burocratización de la institución, que debe ser lo más desformalizada posible. Igualmente no tiene justificación legal que la no concurrencia del imputado a la "Audiencia de Conciliación" impida la abstención del ejercicio de la acción penal, en tanto que ya prestó su consentimiento a esa posibilidad.

Por otro lado, cabe puntualizar que la última Ley N° 27664, de 8 de febrero de 2002, prescribió que si existe un acuerdo con la víctima en instrumento público o documento privado legalizado por Notario no será necesario que se cite a las partes a que presten su consentimiento expreso para la aplicación del principio de oportunidad (la ley tiene un error ostensible, pues el párrafo pertinente dice "Juez" cuando debió decir "Fiscal"). La norma obliga a modificar el trámite en sede fiscal, aunque circunscrita a la Audiencia de Conciliación, que ya no será necesaria, pero no invalida la primera citación al imputado para que precise si acepta la aplicación del principio de oportunidad, que tiene connotaciones de Derecho Penal y no de Derecho Civil.

Cabe formularse una pregunta final: si existe acuerdo sobre la reparación civil, noción que en vía de precisión incorporó la Ley N° 27072, de 23 de marzo de 1999, ¿es posible que el Fiscal, si está en desacuerdo con el monto fijado, no le dé mérito y pueda fijar un monto superior? Parecería que ya no puede hacerlo, por la propia institución de la reparación civil, que pertenece al ámbito del Derecho Civil y, por tanto, es disponible; disponibilidad que no puede ser cuestionada por la autoridad, pues invadiría un ámbito reservado a la esfera privativa de los sujetos jurídicos. Esta posición estaría corroborada por la Ley N° 27664, de 8 de febrero de 2002, al señalar que de existir acuerdo sobre la reparación civil, ya no será necesaria la citación a las partes, lo que implicaría que tal acuerdo no puede ser objetado, siendo

contrario al derecho de defensa que el Fiscal señale un nuevo monto sin precisar las bases de su oposición ni permitir a las partes objetar y justificar su acuerdo. Empero, cabría otra tesis, de tendencia publicista, que ratificaría lo expuesto en la Circular y el Reglamento glosados en tanto que entiende que la institución de la oportunidad reglada es de Derecho Penal y que la reparación es una condición de su ejercicio en los supuestos de los incs. 2) y 3) del art. 2° CPP 1991, de suerte que –por tal consideración– el poder de la autoridad pública rebasa el ámbito dispositivo de las partes e ingresa a analizar si en efecto existe una reparación que exprese a su vez, en línea preventiva especial, una debida posición del imputado que bloquee el merecimiento de pena.

Capítulo XIII
LA ACCIÓN CIVIL *EX DELICTO*

SUMARIO: I. Nociones generales. **II.** Contenido. **III.** Régimen procesal: 1. Ejercicio de la acción civil. 2. Renuncia y extinción de la acción civil.

I. NOCIONES GENERALES

El delito, señala GÓMEZ ORBANEJA, entra como especie en un concepto más general: el *acto ilícito*. Lo que hace del acto ilícito, delito, es exclusivamente el estar sancionado con una pena (art. II del Título Preliminar del Código Penal). Con otras palabras, esto quiere decir que el delito, en cuanto tal, no produce otro efecto jurídico que la pena; pero el acto que lo constituye es a la vez fuente de obligaciones civiles si lesiona derechos subjetivos o intereses protegidos privados[33]. La causa de la acción civil, apuntan VIADA Y ARAGONESES, hay que cifrarla en el daño que emana del hecho delictivo; el hecho delictivo es causa del daño[34]. La Corte Suprema, últimamente, si bien se conoce que la reparación civil es la consecuencia de un ilícito de carácter civil, erróneamente la califica de "sanción civil reparadora"[35].

El art. 91° del Código de 1991 incorpora como una finalidad de la investigación, en cuanto etapa procesal, determinar la existencia del daño causado. A su vez, el art. 260° de dicha norma impone al Fiscal el deber de requerir en la acusación escrita "(...) *El monto de la reparación civil... y la persona a quien corresponda percibirlo*", mientras que obliga al Juez a fijar en la sentencia condenatoria "*el monto de la reparación civil, las personas que deben recibir ésta y los obligados a satisfacerla* (...)". El art. 1° de la LOMP precisa que una

---

(33) GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 92.

(34) VIADA, Carlos y ARAGONESES, Pedro: *Curso de Derecho procesal penal*, Editorial Prensa Castellana, Madrid, 1971, T. I, pp. 223-224.

(35) Ejecutorias Supremas de 21 de octubre de 1998, Exp. N° 100-96, Cusco; y de 21 de octubre de 1998, Exp. N° 100-96, Cusco (*Normas Legales*, T. 320, enero, Trujillo, 2003, pp. 152-153; y T. 318, noviembre, Trujillo, 2002, p. 72, respectivamente).

de las funciones principales del Ministerio Público es velar por la reparación civil, mientras que el art. 92° dispone que la acusación escrita contendrá la reparación civil que propone. El Código de 1940 al regular la acusación fiscal y la sentencia condenatoria obliga al Fiscal y al Juez a pronunciarse sobre la reparación civil. En ambos Códigos, el agraviado, siempre que se constituya en parte o actor civil, puede instar en el proceso penal la reparación civil.

La Corte Suprema no ha resuelto uniformemente la consecuencia jurídica que se deriva cuando el órgano judicial omite fijar la reparación civil. En algunos casos señala que "la reparación civil forma parte de toda sentencia penal, y su monto, cuando es cuestionado o impugnado, debe ser objeto de la garantía constitucional de la instancia plural. Si se omite fijar la reparación civil la sentencia es nula"[36]. En otros casos ha integrado el fallo cuando solo se omite imponer la solidaridad del pago de la reparación civil[37], inclusive cuando se omite fijarla por completo[38].

Desde esta perspectiva, nuestra ley ritual se afilia al sistema francés, puesto que la acción civil que nace de la sospecha de la comisión de un hecho delictivo que causa un daño a otro se promueve ante el orden jurisdiccional penal. Al respecto el Código Penal impone normas materiales especiales y determina su ámbito de aplicación. Esta acción, en todo caso, es ejercida obligatoriamente por el Ministerio Público, en lo que constituye un deber procesal y el cumplimiento de una función institucional, y eventualmente por la propia víctima, que es de calificar como el ejercicio de un derecho fundamental ante el órgano jurisdiccional penal.

Lo esencial es, por consiguiente, tener muy en claro: a) que el delito sólo originará el ejercicio de la acción civil en la medida en que produzca un daño, presentando dificultades cuando se trata de delitos de imperfecta realización o de delitos formales de peligro abstracto[39]; b) que el sujeto activo de un

---

[36] Ejecutoria Suprema de 25 de julio de 2000, Exp. N° 1070-98, Huánuco (FRISANCHO APARICIO, Manuel: *Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima 2002, pp. 104-105).

[37] Ejecutoria Suprema de 28 de octubre de 1999, Exp. N° 3412-99 (ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal y procesal penal [1999-2000]*, Idemsa, Lima, 2002, T. I, pp. 382-383).

[38] Ejecutoria Suprema de 25 de noviembre de 1996, Exp. N° 3150-95-B, Lima (ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia procesal penal [1996-1998]*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, T. II, p. 460). Ejecutoria Suprema de 23 de noviembre de 1990, Exp. N° 1073-90. Lima (ZARZOSA CAMPOS, Carlos: *La reparación civil del ilícito penal*, Rodhas, Lima, 2001, pp. 217-219).

[39] Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN (*Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 678) se pronuncian afirmando que en esos supuestos no existe daño resarcible.

delito o falta, en tanto produce un daño resarcible, es el obligado civilmente a la reparación; c) que también pueden ser obligados al resarcimiento del daño, contra los que pueden dirigirse la pretensión civil, los terceros ajenos a la comisión del delito, siempre que exista un vínculo civil fijado en la ley; y, d) que tanto la víctima, potestativamente, como el Ministerio Público, obligatoriamente, están legitimadas para instar el pago de la reparación civil.

La existencia del daño es esencial para dar nacimiento a la acción civil en el proceso penal. Señala al respecto DE LA OLIVA SANTOS que la acción civil, que es dable ejercitar en el proceso penal, deriva de unos actos u omisiones ilícitos que hayan provocado la indebida pérdida de la posesión de una cosa u ocasionado daños y perjuicios(40).

En esta misma concepción, VASALLO SAMBUCETI sostiene: 1) que la responsabilidad civil derivada del hecho punible se puede ubicar dentro del género de la responsabilidad extracontractual; 2) que el hecho punible es fuente de obligaciones resarcitorias única y exclusivamente cuando es causante de daño; y, 3) que la responsabilidad civil, más allá de lo resuelto en sede penal, no se afecta por la ausencia de acción –salvo los casos en que la ley civil prescinde de ese elemento por consideraciones objetivas–, de tipicidad del hecho o de culpabilidad penal del autor o partícipe –excepto casos precisos, v. gr.: estado de pérdida de conciencia y daños del incapaz que actuó sin discernimiento– en tanto elementos configuradores del delito; si se afecta, en cambio, en los supuestos de justificación penal, que niegan la antijuricidad penal de la conducta(41).

Para culminar, es de precisar, como puntualiza SILVA SÁNCHEZ(42), que la responsabilidad civil *ex delicto*, a los efectos de la indemnización, no sólo no *deriva* del delito como daño por el que eventualmente se condenara al autor, sino que ni siquiera tiene por qué derivar de un delito como infracción, en el sentido de conducta objetiva y subjetivamente típica, antijurídica, culpable y punible. En rigor, basta con un *daño* en relación de imputación objetiva y subjetiva jurídico-civil con una conducta que realice sin *justificación objetiva* el *tipo objetivo* de un delito. No se requiere que el daño sea elemento del

---

(40) DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit., p. 243. Así lo ha establecido la Ejecutoria Suprema de 25 de marzo de 1999. Exp. N° 198-99, Huánuco (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2001, p. 57).

(41) VASALLO SAMBUCETI, Efraín: *La acción civil en el proceso penal*, Editorial San Marcos, Lima, 2000, pp. 260-261.

(42) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: "¿«*ex delicto*» Aspectos de la llamada 'responsabilidad civil' en el proceso penal", en *www.indret.com* [*indret*, N° 3, Barcelona, julio, 2001], pp. 7-9.

tipo del delito por el que se condena o, incluso, elemento típico de delito alguno "*tout court*"; no interesa, en puridad, que los daños sean extratípicos. Ese es su ámbito jurídico, por lo que es de recibo que tal responsabilidad civil se extienda a daños no derivados del delito, como serían obligaciones *ex contractu* o *ex lege*, que fuercen a considerar, sin base jurídica, que el delito origina el cambio de naturaleza en la obligación, de modo que una obligación, como las dos mencionadas, pase a convertirse en una obligación *ex damno*.

II. CONTENIDO

El art. 93° del Código Penal delimita el contenido de la acción civil. Esta comprende, en primer lugar, la restitución del bien, o si no es posible, el pago de su valor; y, en segundo lugar, la indemnización de los daños y perjuicios. No puede obtenerse en el proceso penal ningún otro efecto jurídico de carácter civil.

La *restitución* pretende eliminar las consecuencias patrimonialmente perjudiciales que el ilícito penal ha causado en el perjudicado. Repone el *statu quo ante*. Para ello, apunta SOLÉ RIERA, se trataría de reponer aquello que ha sido objeto del ilícito a su anterior poseedor, de tal forma que para este, el delito, en lo que afecta a su esfera estrictamente patrimonial, no le hubiera supuesto una alteración significativa[43].

En esta misma tendencia, el art. 94° del Código Penal precisa que la restitución se hace con el mismo bien aunque se halle en poder de terceros, sin perjuicio del derecho de estos para reclamar su valor contra quien corresponda. No cabe, desde luego, la restitución si el bien hubiere perecido o desaparecido, o bien –en el caso de inmuebles– hubiera sido adquirido de buena fe por un tercero haciéndolo irreivindicable.

Ahora bien, como apunta ROIG TORRES, con carácter general puede afirmarse que la restitución procede en los delitos y faltas que se consuman en virtud de la privación de un bien y de su apropiación por el infractor, con independencia de cuál sea el bien jurídico protegido por la infracción[44]. Asimismo, según los casos, en algunos delitos la restitución quedará consumada con la mera entrega material del objeto usurpado; en otras, empero, el actor se habrá servido de instrumentos fraudulentos para llevar a cabo la

---

(43) SOLÉ RIERA, Jaime: *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 178.

(44) ROIG TORRES, Margarita: *La reparación del daño causado por el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 170.

apropiación patrimonial, hipótesis en que la declaración de nulidad de los actos viciados formará parte también de la restitución[45].

La *reparación* del bien significa, afirma GIMENO SENDRA, "el pago del valor del bien perecido, desaparecido o adquirido de buena fe por un tercero". El sujeto activo de la obligación (imputado y/o tercero civilmente responsable) debe efectuar una prestación personal tendente a paliar o remediar los menoscabos sufridos en el bien[46]. Si bien está perjudicado en parte, efectuará una prestación compatible con ella, en cambio si el bien desapareció o no es posible recuperarlo la prestación abarcará el íntegro del valor del mismo.

La *indemnización* de los daños y perjuicios pretende hacer desaparecer las consecuencias dañosas que produjo el acto ilícito[47]. Importa, de un lado, según GÓMEZ COLOMER[48], el pago por el daño patrimonial, que comprende tanto el llamado daño emergente como el lucro cesante, valorados en base a criterios no puramente económicos, así como las posibles consecuencias futuras derivadas del acto ilícito (v. gr.: secuelas de lesiones, pérdidas de días laborables, etc.); y, de otro lado, el pago por el daño moral, que es indemnizable independientemente de si tiene consecuencias patrimoniales, y tanto si se ha causado al agraviado como a su familia o a un tercero. La reparación civil, fuera de la restitución, dice la Corte Suprema, debe ser expresada en monto fijo y en moneda nacional[49].

Como quiera que, según lo dispuesto en el art. 101° del Código Penal, la reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil. Desde esta perspectiva legal, la Corte Superior de Lima ha dejado sentado dos criterios jurisprudenciales rigurosamente exactos. En *primer lugar*, que el órgano jurisdiccional, para determinar el monto de la reparación civil, debe tomar en consideración –de conformidad con el art. 1985° del Código Civil, el daño emergente, el lucro cesante y el daño a la persona [también el daño moral, que de conformidad con el art. 1984° del citado Código es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo

---

(45) ROIG TORRES: *La reparación del daño causado por el delito*, cit., p. 174.

(46) GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 232.

(47) FONT SERRA, Eduardo: *La acción civil en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1991, p. 51.

(48) 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. 114.

(49) Ejecutoria Suprema de 7 de octubre de 1997, Exp. N° 3989-97, Huánuco (ZARZOSA CAMPOS: *La reparación civil del ilícito penal*, cit., pp. 228-229).

producido a la víctima o a su familia]–[50]; y, en *segundo lugar*, que el monto de la reparación civil devenga intereses desde la fecha en que se produjo el daño, tal como lo ha dispuesto el art. 1085° *in fine* del Código Civil[51].

Entre otras muchas decisiones, la Corte Suprema ha declarado: 1) que la reparación civil debe fijarse en función del delito por el que se condena precisando quién o quiénes deben pagar; no debe fijarse un solo monto cuando los delitos y encausados son diferentes, por lo que no se puede fijar una suma general[52]; 2) que la reparación civil comprende la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; empero, tratándose de la vida humana es invalorable, por lo que en estos casos la reparación civil consiste en una forma de resarcimiento a los herederos de la víctima, debiendo fijarse de acuerdo con las posibilidades económicas del sentenciado, sino la reparación devendría en imposible[53]; 3) que, en todo caso, la reparación civil debe guardar proporción con el daño y perjuicio ocasionado[54]; 4) que se rige por el principio del daño causado, cuya unidad procesal –civil y penal– protege el bien jurídico en su totalidad, así como a la víctima[55]; 5) que la reparación civil también comprende el daño moral y desprestigio ocasionado al afectado[56].

---

(50) Ejecutoria Superior de Lima de 30 de junio de 1997, Exp. N° 3322-97 (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: Miguel: *Jurisprudencia del proceso penal sumario,* Grijley, Lima, 1999, p. 16).

(51) Ejecutoria Superior de Lima de 9 de diciembre de 1997, Exp. N° 4119-97 (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, cit., p. 425).

(52) Ejecutoria Suprema de 10 de julio de 2001, Exp. N° 1721-2001, Ica (*Normas Legales*, T. 309, febrero, Trujillo, 2002, pp. A37-A39).

(53) Ejecutoria Suprema de 9 de julio de 2001, Exp. N° 1580-2001, Cañete (*Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 9, noviembre, Trujillo, 2001, pp. 150-151).

(54) Ejecutoria Suprema de 22 de marzo de 1999, Exp. N° 173-99, Lima (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 60) y Ejecutoria Superior de Lima de 18 de setiembre de 2000, Exp. N° 667-2000 (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia penal y procesal penal [1999-2000]*, cit., T. I, pp. 390-391).

(55) Ejecutoria Suprema de 8 de abril de 1999, Exp. N° 477-99, Huánuco (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 58); Ejecutoria Suprema de 7 de abril de 1999, Exp. N° 565-99, Lima (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia penal y procesal penal [1999-2000]*, cit., T. I, pp. 370-272); y Ejecutoria Suprema de 27 de febrero de 2001, Exp. N° 526-2000, Cañete (FRISANCHO APARICIO: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 210-212).

(56) Ejecutoria Suprema de 7 de abril de 1989, Exp. N° 1/97-87, Arequipa (*Jurisprudencia penal*, Editora Normas Legales, Trujillo, 1996, pp. 194-196).

III. RÉGIMEN PROCESAL

1. EJERCICIO DE LA ACCIÓN CIVIL

Como ya se ha dejado expuesto, cuando el Ministerio Público decide promover la acción penal, paralelamente debe ejercer, acumulativa y obligatoriamente, la acción civil *ex delicto*. Así fluye del art. 1° de la LOMP. Por otro lado, el agraviado también puede, si así lo considera oportuno, ejercitar la acción civil, pero en este caso le resulta indispensable constituirse en parte civil.

CASTILLO ALVA, enfatizando la naturaleza civil de la reparación civil, considera que sólo habrá de fijarse reparación civil si la víctima se constituye en actor o parte civil, pues lo contrario "(...) implica tácitamente mantener el criterio de que la institución procesal de la parte civil o bien tiene carácter prescindible (o lo que es más: no tiene razón de ser), o bien su función no tiene como objetivo principal el lograr la indemnización (...), sino que su papel quedaría configurado como un poder de persecución del delito que se le confiere a todo perjudicado, pasando a ser una suerte de '*Ministerio Público de carácter privado*'. En otras palabras, se perdería su esencia, constituyendo una instancia (casi) pública, acentuándose la desigualdad de armas y de partes en el proceso penal, puesto que el Ministerio Público y la parte civil actuarán de manera conjunta, mientras que el imputado quedaría desprotegido y a su merced"[57].

Considero, sin embargo, que ello no es así, pues en principio debe diferenciarse la naturaleza civil de la institución con la legitimación procesal activa para introducir la pretensión en el proceso penal. La ley expresamente dispone que el Fiscal, conjuntamente con la pretensión penal, ejerza la pretensión civil, y sobre esa base es que, cuando se dan los requisitos materiales correspondientes, el órgano jurisdiccional, al amparo del art. 285° CPP 1940, debe fijar el monto de la reparación civil. El Ministerio Público en estos casos ostenta una *legitimación extraordinaria*, dado que no es el titular del derecho subjetivo privado, pero por disposición de la ley actúa en nombre propio aunque afirmando derechos subjetivos ajenos[58]; la ley, pues, concede al Fiscal una posición habilitante para formular la oportuna pretensión civil. Por lo demás, el hecho de que en el proceso penal también

---

[57] CASTILLO ALVA, José Luis: *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Idemsa, Lima, 2001, p. 85.

[58] VALENCIA MIRÓN, Antonio: *Introducción al Derecho procesal*, Comares, Granada, 2000, pp. 304-305.

exista, y concurrentemente, el actor o parte civil, no puede implicar en sí mismo una afectación a la igualdad procesal, en tanto que ese principio procesal se mide no en función al número de sujetos en una concreta posición procesal, sino en mérito a las posibilidades de intervención de cada una de las partes, evitando toda suerte de privilegios irrazonables o situaciones de desigualdad procesal, y garantizando que ellas tengan los mismos medios de ataque y defensa en atención siempre a su posición[59].

Si el actor o parte civil, en atención a que la ley permite optar por exigir la reparación civil en la vía penal o demandarla en la vía civil, escoge una de ellas, a fin de evitar la *litis pendencia*, no puede accionar conjuntamente en la otra vía[60]. Tal prohibición está recogida legislativamente en el art. 87° del Código de 1991.

Corresponde al Fiscal y al actor civil, en el momento en que denuncia el primero y se persona como actor civil el segundo, precisar el daño ocasionado y, dentro del ámbito o contenido de la reparación civil, emplazar al obligado civil e ir preparando el material probatorio. En la etapa intermedia, ambas partes deben concretar la pretensión civil (el Fiscal en la acusación y el actor civil en el escrito de alegato preliminar al enjuiciamiento) solicitando formalmente al órgano jurisdiccionalmente la restitución del bien si el caso lo amerita, así como la reparación y la indemnización consiguiente. La pretensión civil culminará con los alegatos orales que el Fiscal y el actor civil hagan valer antes de finalizar el juicio oral.

2. RENUNCIA Y EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL

Respecto de la acción civil ejercitable en el proceso penal cabe el mismo poder de disposición que sobre cualquier otra acción civil: su titular puede

---

(59) ASENCIO MELLADO, José María: *Introducción al Derecho procesal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 202.

(60) La Corte Suprema ha resuelto, en primer lugar, cambiando una jurisprudencia anterior que limitaba el ejercicio de la acción civil *ex delicto* al proceso penal (Ejecutoria suprema de 11 de diciembre de 1973, Exp. N° 1075-73, Cusco, en: *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1974, Lima, pp. 171-172), que la acción civil derivada del daño ocasionado por el delito –doloso o culposo– puede ser promovida por el agraviado, facultativamente, sea en la vía penal o en un proceso independiente en la vía civil (Ejecutoria Suprema de 26 de diciembre de 1975, en: *Revista Peruana de Jurisprudencia*, 1976, Lima, p. 301); y, en segundo lugar, que como esta facultad es alternativa, no acumulativa, si la ejercita en una vía, no puede hacerlo en la otra (*Revista Peruana de Jurisprudencia*, 1969, Lima, p. 1514).

renunciar y transigir inclusive[61]. Sobre el particular, el art. 101° del Código Penal remite lo relacionado con la reparación civil al Código Civil, claro está en lo no previsto por él.

El Código Penal no tiene norma que prohíba o limite la renuncia y la transacción en materia de reparación civil. El Código Civil, obviamente, permite la renuncia como la transacción en esta materia (art. 1306° del Código Civil). Por consiguiente, producida la renuncia o la transacción, el Fiscal no introducirá pretensión civil alguna al respecto ni el juez se pronunciará sobre la reparación civil en la sentencia. No obstante ello, sin argumento consistente alguno, el Alto Tribunal ha señalado que "(...) el hecho que exista transacción respecto al monto de la reparación civil proveniente del delito, no significa que en la sentencia no se ordene dicho pago, el cual debe ajustarse a la voluntad expresa de las partes"[62].

El hecho de que el Ministerio Público ejercite la acción civil *ex delicto* y en su caso introduzca la pretensión civil, no puede desconocer que se trata de una institución de Derecho Civil y que, por tanto, su titularidad corresponde al ofendido, por lo que si este se pronuncia expresamente renunciando o transigiendo con el obligado civil respecto, "no del ejercicio de la acción civil, sino al derecho a la restitución, reparación o indemnización"[63], no cabe otra opción que inhibirse de instar el pago de la reparación civil[64].

Por lo demás, el Ministerio Público persigue la reparación civil desde una perspectiva de protección del interés privado de la víctima, en tanto el daño resarcible ha sido ocasionado por la comisión de un hecho ilícito calificado de delito por la ley penal, por lo que no es posible imponer un objeto procesal si la víctima en cuyo interés acciona el Ministerio Público decide expresamente renunciar o transigir.

---

(61) DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit., p. 244.

(62) Ejecutoria Suprema de 29 de abril de 1974, Exp. N° 2140-73, Cusco (*Anales Judiciales*, T. LXVI, Lima, 1974, p. 139).

(63) GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 101.

(64) En contra: ZARZOSA CAMPOS: *La reparación civil del ilícito penal*, cit., p. 168. Este autor se limita a cuestionar la definición del carácter privado de la reparación civil señalando que el art. 285° CPP 1940 prescribe la obligatoriedad de pronunciarse sobre ella al imponerse una sentencia condenatoria, norma que en todo caso no determina la naturaleza de la institución; y, esencialmente, como dice ROIG TORRES (*La reparación del daño causado por el delito*, cit., pp. 92, 93, 100 y 144), la acción civil no pierde su naturaleza por el hecho de ser ejercida en una vía distinta a la que le es propia, cuya acumulación con la acción penal en un único proceso se justifica en razones de política criminal.

La renuncia, al igual que la transacción, puede producirse antes o dentro del proceso penal y lograrse, a su vez, antes o dentro del proceso mismo. No existe norma que se oponga a este planteamiento. La renuncia y la transacción solo perjudica al renunciante y a quien transige; los demás agraviados están al margen de ese apartamiento.

La Corte Suprema ha establecido que la transacción, como es obvio, debe llevarse a cabo personalmente con la víctima, con sus herederos legales en caso de fallecimiento o con la persona que se haya constituido en parte civil, de acuerdo a la facultad contenida en el art. 54° del Código de Procedimientos Penales[65].

En cuanto a la extinción de la acción civil, el art. 100° del Código Penal dispone que esta no se extingue mientras subsista la acción penal. Ello significa que, sin perjuicio de los supuestos de renuncia y transacción, la acción civil *ex delicto* pende de las causales de extinción de la acción penal: muerte del imputado, prescripción y cosa juzgada (art. 78° CP). No rigen los plazos prescriptorios del Código Civil, tal como lo ha declarado la Corte Suprema en la Ejecutoria de 25 de octubre de 2002[66].

Respecto de la amnistía, considerada como causa de extinción de la acción penal (art. 78°.1 CP), no puede entenderse que la acción civil *ex delicto* se extingue con ella, porque a tenor del art. 89° del Código Penal importa un motivo de suspensión especial de aplicación de la *ley penal* en un caso concreto en orden a evitar la imposición de sanciones penales, pero de ninguna manera se extiende a la reparación civil respecto de la cual no hay suspensión posible, pues de lo contrario se vulneraría flagrantemente el derecho a la tutela jurisdiccional (art. 130°.3 Const.) al negar irrazonablemente la acción civil por un daño resarcible.

---

(65) Ejecutoria Suprema de 6 de octubre de 1996, Exp. N° 2355-95-B, Lambayeque (*Normas Legales*, T. 248, enero, Trujillo, 1997, p. A34).

(66) Exp. N° 2705-2002-Lima (Inédita).

Capítulo XIV
LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

SUMARIO: I. Concepto. **II.** Clasificación. **III.** Régimen procesal. **IV.** La cuestión prejudicial penal en sede extrapenal.

I. CONCEPTO

Como es sabido, los elementos que integran los tipos penales no son solo meramente descriptivos. El legislador también utiliza los denominados "elementos normativos", para cuya exacta inteligencia debe recurrirse a pautas normativas, de carácter jurídico o extrajurídico (v. gr.: culturales), así como a reglas de experiencia y estimaciones sociales. El legislador, asimismo, puede incorporar en la construcción de los tipos penales *relaciones jurídicas* propias de otros ámbitos del Derecho –no sometidas al Derecho Penal–, de suerte que el juez penal se verá en la encrucijada, para fijar en la sentencia los supuestos que condicionan el pronunciamiento penal, en tanto antecedentes lógico-jurídicos, de aplicar una norma no penal en virtud de la cual puede afirmarse como existente o inexistente tal relación[67].

Sin embargo, no toda utilización de conceptos jurídicos no penales implica una cuestión prejudicial. Es posible que los tipos penales al mencionar diversos datos de la realidad introduzcan propiamente conceptos o definiciones legales que es del caso asumir para definir el conflicto objeto del proceso penal. Tal es el caso, por ejemplo, del delito de *condicionamiento de créditos*, previsto y sancionado en el art. 248° del Código Penal, en el que se ha de definir los vocablos "funcionarios de instituciones bancarias que operan con fondos del público" y "créditos", para lo cual –sin duda alguna– se ha de acudir a la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros (Ley N° 26702).

En este último caso, como es obvio, no se necesita la intervención de un juez extrapenal para que en el curso de un proceso determinado declare

---

(67) GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 103.

si tal persona es o no *funcionario del sistema financiero* y si lo que otorgó o no es un *crédito*.

Para que exista *cuestión prejudicial* en el proceso penal, enseña GÓMEZ ORBANEJA, se requiere una materia, distinta de la penal y antecedente de ella, que por sí sola pudiese formar el objeto de una declaración jurisdiccional. Esto es, una relación jurídica, un nexo regulado en sus presupuestos y efectos por el Derecho[68]. Un ejemplo, aunque relativo por su naturaleza no devolutiva, es el detallado por ORTELLS RAMOS, en orden al delito de apropiación ilícita (art. 190° CP peruano), cuando la norma hace mención al siguiente texto: "(...) *ha recibido en depósito, comisión, administración, u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado* (...)". En este caso, no sólo se realizan constataciones y valoraciones (interpretar el verdadero alcance de los términos jurídicos utilizados por el legislador) que forman parte del enjuiciamiento del objeto procesal penal, además se añade la característica de que ese elemento tiene entidad para ser objeto de un proceso diferenciado (¿el título invocado –o realmente definido como consecuencia de las relaciones entre imputado y agraviado– obligaba a la entrega o devolución del bien?). En ese sentido puede decirse que se lleva a cabo un juicio prejudicial, respecto al juicio que versa sobre el objeto procesal penal[69].

En tal virtud, se está ante una prejudicialidad cuando la resolución de la cuestión principal requiere imprescindiblemente la propia resolución de una cuestión perteneciente a un orden jurídico diferente, en virtud de la existencia de un nexo lógico-jurídico que une a ambas[70]. Santos URTECHO BENITES, en esta misma línea, nos dice que "la prejudicialidad es siempre una cuestión de derecho, cuya resolución se presenta como antecedente lógico-jurídico de la de derecho penal objeto del proceso y que versa sobre una relación jurídica de naturaleza particular y controvertida, constituyendo un obstáculo para la continuación del proceso penal[71].

Desde esta perspectiva, la Corte Suprema ha declarado que si los hechos denunciados tienen contenido penal y no se requiere de otra vía para

---

(68) GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 104.

(69) En: MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO; Alberto: *Derecho jurisdiccional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, T. III *(Proceso penal)*, p. 334.

(70) CORDÓN, Faustino: *Introducción al Derecho procesal*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1995, p. 82.

(71) URTECHO BENITES, Santos: *La cuestión prejudicial en el proceso penal*, Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, 1978, p. 47.

establecer dicho contenido, no procede la cuestión prejudicial[72]. Asimismo, ha considerado que la existencia de una investigación administrativa o de cuentas en el seno de una institución pública, estando a que los funcionarios y servidores públicos tienen responsabilidad civil, penal y administrativa, no constituye prejudicialidad alguna[73]. También ha estimado que las alegaciones de irresponsabilidad de un delito, en este caso de corrupción de funcionarios, no son susceptibles de esclarecerse a otra vía que no sea la penal, por lo que no procede la cuestión prejudicial[74].

La prejudicialidad tiene su razón de ser, no solo en virtud de dos factores: unidad del ordenamiento jurídico y especialización de los órganos jurisdiccionales (de existir un solo órgano judicial no habría el problema de la prejudicialidad). Además, como puntualiza DE LA OLIVA SANTOS, la prejudicialidad es un problema de distribución del trabajo enjuiciador –la necesidad de juicios previos, que preparan otro enjuiciamiento posterior–, en el que juega un papel de relieve otro elemento: el carácter problemático, o no, del uso o del recurso a conceptos e institutos jurídicos propios de una rama del ordenamiento jurídico distinta de la correspondiente al orden jurisdiccional penal[75].

Es de tener presente que, en nuestro país, se reconoce la preferencia de la jurisdicción penal sobre las demás manifestaciones de la jurisdicción. GIMENO SENDRA enseña, al respecto, que ello –desde la perspectiva histórica– se debe a distintos factores: materiales, orgánicos y procesales. El *primero* tiene su fundamento en la relevancia de los bienes e intereses protegidos por las normas penales, cuya violación compromete el interés público y aconsejan la configuración del proceso penal, con sus notas de legalidad –obligatoriedad– y oficialidad. El *segundo* se explica en que en su día no existía una jurisdicción contencioso-administrativa y los órganos de la administración carecían de la necesaria independencia. El *tercero* se justifica en que en el proceso penal, informado por los principios ya indicados, así como el de investigación, oralidad, inmediación, publicidad y libre valoración de la prueba, se manifestaba mucho más adecuado para impartir, con prontitud, una justicia material, que el proceso civil o el administrativo no

---

(72) Ejecutoria Suprema de 6 de noviembre de 1996, Exp. N° 1773-95-B, Apurímac (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal [1996-1998]*, cit., T. II, pp. 116-117).

(73) Ejecutoria Suprema de 17 de julio de 1997, Exp. N° 3747-96, Puno (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal [1996-1998]*, cit., T. II, pp. 114-115).

(74) Ejecutoria Suprema de 8 de octubre de 1952 (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, N° 106, 1952, Lima, pp. 2991).

(75) DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit., p. 254.

podía ofrecer[76]. Todo ello importó que no se aceptara que una cuestión prejudicial extrapenal en sede penal tenga carácter devolutivo. En el Perú, la regla general se encuentra en el art. 13° LOPJ, que regula las relaciones con la Administración y obliga a la suspensión de los procedimientos seguidos en ese 'fuero'. Más contundente es el art. 3° CPP de 1940, que cubre todo el ordenamiento judicial. El art. 64° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, está referida a la inhibición de la Administración cuando se presenta una cuestión litigiosa de Derecho privado entre dos administrados. La regla es, por cierto, que la vía administrativa no califica si un hecho es delictivo[77].

II. CLASIFICACIÓN

Desde el punto de vista de los efectos procesales, las cuestiones prejudiciales pueden clasificarse en no devolutivas y devolutivas. Esta clasificación, dice CORTÉS DOMÍNGUEZ, está en función al órgano jurisdiccional que debe resolverlas; si lo hace el propio Juez Penal o el Juez extrapenal. La primera se denomina cuestión o punto prejudicial y la segunda, causa prejudicial[78].

En la *cuestión o punto prejudicial,* aun cuando la resolución de las cuestiones extrapenales exija acudir a otra rama del ordenamiento jurídico, corresponde al juez penal decidirlas al momento de resolver o dictar sentencia. Esto ocurre –en otras palabras, habrá cuestión o punto prejudicial– cuando la cuestión no sea determinante de la culpabilidad o de la inocencia del imputado, sino en todo caso de una distinta calificación jurídica o a un atenuante o agravante de la pena.

En este caso, la resolución de la cuestión prejudicial por el juez penal comporta una triple necesidad: 1. El Juez la resuelve aplicando las normas jurídicas materiales atinentes al caso, cumpliendo con el principio de legalidad. 2. A nivel procesal, aplicará el Código Procesal Penal, siendo de destacar la aplicación de las normas procesales penales atinentes a la prueba y su valoración, así como la ausencia de las reglas sobre la carga de la prueba. 3. Estas cuestiones, aclara CORTÉS DOMÍNGUEZ, son resueltas "a los

---

(76) GIMENO SENDRA, Vicente: "Cuestiones prejudiciales devolutivas y *non bis idem* en el proceso penal", en: *La Ley*, Año XXIV, N° 5817, Madrid, 4 de julio de 2003, pp. 3-5.

(77) Ejecutoria Suprema de 29 de noviembre de 1993, Exp. N° 2066-93, Lima (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal [1996-1998]*, cit., T. II, pp. 111-113).

(78) En: GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1996, p. 240.

solos efectos de la prejudicialidad", por lo que la decisión que se adopte (v. gr.: si el imputado es pariente de la víctima en el delito de parricidio, art. 107° CP) no pasa nunca en autoridad de cosa juzgada[79]. En buena cuenta, como enfatiza Faustino CORDÓN, esta es la regla general, pues cada orden jurisdiccional conoce, aunque *incidenter tantum*, las cuestiones prejudiciales que ante él se planteen[80].

La *causa prejudicial* existirá cuando la relación o situación jurídica extrapenal sea determinante de la existencia o inexistencia del delito, de la culpabilidad o inocencia del imputado, esto último entendido como existencia de responsabilidad penal del mismo. ORTELLS RAMOS señala que, en definitiva, la cuestión ha de ser determinante de que se pueda afirmar o no la responsabilidad penal; no basta que condicione la gravedad de la pena a imponer[81].

El Supremo Tribunal, por ejemplo, en una decisión resolvió que si con anterioridad al proceso penal por delitos de estafa, apropiación ilícita y usurpación se han incoado acciones en el orden jurisdiccional civil en donde se ventilan cuestiones relacionadas con las que son materia de imputación penal, existe causa prejudicial que debe ser dilucidada en sede extrapenal[82]. En igual sentido se ha pronunciado cuando se formulan cargos por delito de usurpación si con carácter previo se ventilan en la jurisdicción agraria procesos interdictales[83]. En consecuencia, procede la cuestión prejudicial cuando debe establecerse en otra vía el carácter delictuoso del hecho imputado, al punto que si se ampara la instrucción se suspende[84]. En otra decisión la Corte Suprema sancionó que si el hecho denunciado debe ser ventilado en la vía administrativa a fin de establecerse su posible carácter delictuoso, la cuestión prejudicial deducida es procedente[85]. En orden al delito de usurpación precisó que éste puede ser instruido con independencia del cuestionamiento

---

(79) En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 239-240.

(80) CORDÓN: *Introducción al Derecho procesal*, cit., p. 82.

(81) En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1997, cit., T. III *(Proceso penal)*, pp. 336-337.

(82) Ejecutoria Suprema de 31 de julio de 1964, Exp. N° 36/64, Lima.

(83) Ejecutoria Suprema de 20 de octubre de 1988, Exp. N° 770-88, Ica (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 289-291).

(84) Ejecutoria Suprema de 16 de mayo de 1988, Exp. N° 505-87, Ancash (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 251-252).

(85) Ejecutoria Suprema de 26 de setiembre de 1994, Exp. N° 1586-93, Ayacucho (ROJJASI PELLA, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, Legrima, Lima, 1997, pp. 259-261).

del derecho de propiedad en la vía civil, dado que la prejudicialidad procede si en el proceso civil se litiga sobre la posesión del mismo[86].

Los arts. 4° *in fine* del Código de 1940 y 6°, primer párrafo, del Código de 1991 solo reconocen expresamente la *causa prejudicial*. La regulan de modo genérico, sin referirse a casos específicos y obligatorios. La existencia de la causa prejudicial está condicionada, según destaca MIXÁN MASS, a que exista un hecho o acto jurídico preexistente, de carácter autónomo y eventual, especial e íntimamente vinculado en relación de antecedente lógico-jurídico al acto u omisión objeto del procedimiento penal en concreto, que sea capaz de generar duda razonable sobre el carácter delictuoso del acto[87]. Se debe tratar, en suma, de un dato extrapenal determinante de la existencia del delito –de un elemento del tipo penal–, cuya dilucidación deba derivarse al juez extrapenal; no procede, en cambio, cuando se introduce a través de ella una alegación de irresponsabilidad[88], o cuando el hecho o relación que se destaca constituya el fondo del asunto[89].

Constituyen un claro ejemplo de esta concepción la Ejecutoria Suprema de 29 de octubre de 1948, que estableció que no debe ampararse la cuestión prejudicial "si el contrato o convenio sirvió de medio para que se consumara el delito de estafa"[90]. Asimismo, cuando se trata de cheques que al momento de su presentación carecieron de fondos, en cuyo caso su determinación delictiva no requiere de esclarecimiento en otra vía ni en forma previa[91]. Desde esa base jurídica, en cambio, es de rechazar la decisión suprema que amparó una cuestión prejudicial deducida en un proceso por delito de concusión bajo el argumento que la Oficina de Control Interno de una institución pública viene investigando en la vía administrativa los hechos objeto del proceso penal[92].

---

(86) Ejecutoria Suprema de 16 de febrero de 1990, Exp. N° 1006-88, Piura (RETAMOZO, Alberto y PONCE, Ana María: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Idemsa, Lima, 1994, pp. 254-255). Este criterio ha sido asumido por la Ejecutoria Superior de Lima de 28 de diciembre de 1998, Exp. N° 4947-98 (*Normas Legales*, T. 297, febrero, Trujillo, 2001, pp. A43-A44).

(87) MIXÁN MASS, Florencio: *Derecho procesal penal*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1988, T. III, pp. 192-195.

(88) Ejecutoria Suprema de 10 de noviembre de 1971 (*Normas Legales*, T. 62, Trujillo, 1972, p. 384).

(89) URTECHO BENITES: *La cuestión prejudicial en el proceso penal*, cit., p. 50.

(90) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1949, Lima, p. 390.

(91) Exp. N° 1893-72, Cusco (*Anales Judiciales*, T. LXV, Lima, 1973, p. 187).

(92) Ejecutoria Suprema de 16 de junio de 1988, Exp. N° 505-87, Ancash (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 251-252).

Por otro lado, no se debe condicionar la procedencia de la cuestión prejudicial a la preexistencia de un procedimiento civil o administrativo en curso, como sería el caso, en el último supuesto, de los servidores del sector público que cometen delitos[93]. Esta concepción, de carácter meramente formal, no tiene sustento alguno, toda vez que la cuestión prejudicial también resultará procedente cuando deviene necesario dilucidar en una de aquellas vías "(...) si hubo efectivamente o no delito justiciable criminalmente, en cuyo caso y sólo como consecuencia afirmativa de tal solución, corresponderá el enjuiciamiento criminal"[94].

En una interesante decisión, el alto Tribunal ha considerado que en el delito de concentración crediticia (art. 244° del Código Penal), si bien contiene la *insolvencia* como elemento objetivo del tipo penal, tal exigencia no debe ser materia de un procedimiento previo en la vía administrativa, desde que la intervención de la Superintendencia de Banca y Seguros al decretar la intervención de la entidad financiera lo hace con el propósito de encontrar solución a la insuficiencia de capital y no para calificar el estado de insolvencia, como base previa de la tipificación penal[95].

En cuanto a los delitos contra los deberes de función en agravio del Estado, la Corte Suprema ha señalado que éstos no generan prejudicialidad alguna, aun cuando la Contraloría General de la República no hubiere culminado sus actuaciones[96]. Otra tesitura adoptó, en cambio, en el caso de cuestionamientos en sede penal y administrativa sobre apoderamiento indebido de productos no minerales, pues exigió que ante el "fuero administrativo minero" se establezca si la extracción minera de la denuncia corresponde al denuncio del agraviado[97]. En los delitos de defraudación tributaria –en una decisión anterior al Decreto Legislativo N° 813, por el contrario, no consideró necesaria la previa investigación administrativa[98].

---

[93] Ejecutoria Suprema de 17 de julio de 1997, Exp. N° 3747-96, Puno y de 6 de noviembre de 1996, Exp. N° 1773-95-B, Apurímac (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal [1996-1998]*, cit., T. II, pp. 114-117).

[94] Ejecutoria Suprema de 14 de junio de 1945, Exp. N° 357-45, Junín.

[95] Ejecutoria Suprema de 29 de noviembre de 1993, Exp. N° 2066-93, Lima (*Normas Legales*, T. 232, setiembre, Trujillo, 1995, pp. J25-J26).

[96] Ejecutoria Suprema de 6 de marzo de 1973, Exp. N° 2302-72, Lambayeque (*Boletín Judicial*, Año II, N° 8-10, Lima, 1973, pp. 371-374; TARAMONA, José R.: *Compendio de ejecutorias supremas*, Jamse Editores, Lima, 1983, T. III, pp. 52-53).

[97] Ejecutoria Suprema de 18 de octubre de 1972, Exp. N° 1271-72, Lima.

[98] Ejecutoria Suprema de 25 de mayo de 1988, Exp. N° 1102-86, Lima.

Un gran problema se viene presentando con el Código Penal actual, y en general con la expansión del Derecho Penal, en tanto que ha incluido numerosos delitos con abundantes elementos normativos o que incorporan en el supuesto de hecho relaciones jurídicas provenientes del orden extrapenal, civil o administrativo. Ello exige tomar en consideración la regulación ordinaria de las cuestiones prejudiciales. Habrá, eso sí, que estimar –como líneas arriba se expuso– que no toda cuestión civil o administrativa prejudicial ha de ser siempre diferida al tribunal del orden jurisdiccional competente, pues solo tendrá carácter devolutivo si la prejudicialidad es determinante de la culpabilidad o inocencia, y siempre que sea susceptible de conocimiento por otro juez o tribunal del orden jurisdiccional competente para aplicar el derecho material.

GIMENO SENDRA[99], a lo primero, que considera un requisito problemático de la institución, lo denomina *"relación heterogénea de antijuricidad"*. Como tal, según explica, debe descartarse el carácter devolutivo –solo será punto prejudicial– en los siguientes casos: a) cuando la solución de la cuestión prejudicial no sea imprescindible o necesaria para la determinación de la conducta penalmente típica (v. gr.: agravación o atenuación de la pena); b) cuando se trate de una mera conexión instrumental de normas, de tal suerte que de la valoración de la cuestión prejudicial pueda depender la integración de la conducta penal, por poseer la cuestión una clara naturaleza de 'incidente' de previo pronunciamiento para la integración de la conducta (v. gr.: determinación de la ajenidad de la cosa en los delitos patrimoniales o la relación de depósito en la apropiación indebida); y c) cuando exista una doctrina jurisprudencial sólida (en rigor, una consistente y coherente dogmática penal) de los conceptos o instituciones incorporadas en el tipo penal y que provienen de otro ámbito jurídico (v. gr.: concepto penal de funcionario en los delitos funcionales o de bien mueble en los delitos patrimoniales). Asimismo, será causa prejudicial –devolutiva– las acciones susceptibles de ser subsumidas en un concurso aparente de leyes, es decir, cuando una determinada acción recibe simultáneo reproche y de la misma naturaleza por el Derecho Penal y por el Civil o Administrativo, lo que acontecería en aquellos tipos penales que, por ejemplo, el Código Penal peruano de 1991 convirtió en delitos, y que antes eran meros ilícitos administrativos o civiles, de suerte que el propio hecho punible puede ser al mismo tiempo enjuiciado por diversos sectores del ordenamiento jurídico (v. gr.: delitos contra los derechos intelectuales, de abuso de poder económico).

---

[99] GIMENO SENDRA: "Cuestiones prejudiciales devolutivas y *non bis idem* en el proceso penal", cit., pp. 9-10.

III. RÉGIMEN PROCESAL

Las cuestiones prejudiciales, en principio, no requieren formalidad alguna en orden a su planteamiento, puesto que surgen *per se* en función de la cuestión de fondo. Por consiguiente, como anota ESCUSOL BARRA, el Juez Penal no puede prescindir de la cuestión prejudicial que el hecho penal ponga de relieve; situación que no impide que el Fiscal y las demás partes, especialmente el imputado, puedan alegar su existencia en el curso del proceso penal[100]. El art. 9° del Código de 1991 expresamente permite que sean declaradas de oficio.

En el Código de 1940 se precisa que pueden deducirse después de prestada la instructiva (no hay motivo razonable para ello, toda vez que las cuestiones previas y excepciones pueden hacerse antes) y hasta que se remita la instrucción al Fiscal Provincial para dictamen final. En el Código de 1991 se plantean durante la investigación y si se deducen después se consideran argumentos de defensa.

En el caso del Código de 1940 la Corte Suprema ha dejado sentado que "(...) declarada la procedencia del juicio oral por un delito no tiene objeto resolver la cuestión prejudicial pendiente, dado que el auto de enjuiciamiento tácitamente importa declarar la improcedencia del medio de defensa alegado[101]. Asimismo, el Supremo Tribunal ha precisado que la cuestión prejudicial sólo se puede hacer valer durante el período instruccional, ya que tiene por objeto el esclarecimiento previo, en vía distinta a la penal, del hecho denunciado como delito[102]. Posteriormente, sin embargo, señaló que en ese caso debía resolverse en la sentencia, pronunciándose si la considera procedente o improcedente[103].

Respecto al exacto entendimiento de lo estatuido en el art. 4° del Código de 1940, Manuel CATACORA GONZALES acota lo siguiente: "La expresión *'rendida la instructiva'* del art. 4°, solo debe entenderse para la oportunidad en que puede ser planteado el recurso y no a que la diligencia de la instructiva sea prerequisito para su trámite. Esta condición podría valer para las causas con reo en cárcel, pero no en el caso de los ausentes y contumaces.

---

(100) ESCUSOL BARRA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 69.

(101) Ejecutoria Suprema de 6 de octubre de 1972, Exp. N° 1311-72, Lima (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, p. 108).

(102) Ejecutoria Suprema de 18 de abril de 1972, Exp. N° 22-72, Lambayeque (*Boletín Judicial*, Año I, N° 1, Lima, 1972, pp. 46-47).

(103) Ejecutoria Suprema de 26 de diciembre de 1988, Exp. N° 556-87 (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 154).

Por lo mismo, pueden proponerse en el término ampliatorio o al concluirse la declaración instructiva"[104].

En ambos Códigos, su tramitación es de carácter incidental. Su planteamiento al Juez Penal exige la formación de un cuaderno incidental, el traslado a las partes personadas, la vista fiscal y, finalmente, la resolución judicial. Todo ello debe producirse sin interrumpir el curso de lo principal y resolverse antes de la sentencia (art. 4° del Código de 1940 y 9° del Código de 1991). En igual sentido se ha pronunciado la Corte Suprema, sancionando con la nulidad la omisión del trámite indicado[105].

Si se declara fundada la causa prejudicial, produce dos efectos: *suspensivo* y *extensivo*. El primer efecto consiste en la suspensión del procedimiento penal, a la espera que el juez extrapenal resuelva. Así lo ha declarado el Supremo Tribunal en la Ejecutoria suprema de 21 de mayo de 1959[106]; asimismo, ha sancionado que, en tanto la cuestión prejudicial procede cuando debe establecerse en otra vía el carácter delictivo del hecho imputado, de ampararse sólo suspende la instrucción, no la anula[107].

El Código de 1991 ha subsanado las omisiones del Código de 1940, puesto que si la acción extrapenal no se ha interpuesto, la persona legitimada para hacerlo tiene un plazo de 30 días, a cuyo vencimiento iniciará la acción el Fiscal Provincial en lo Civil, en tanto el procedimiento penal se refiera a un delito público. En aras de evitar la indefinida suspensión del proceso penal, el art. 6° de dicho Código autoriza al Fiscal a intervenir y continuar con el proceso extrapenal hasta su terminación, así como a sustituir al titular de la acción si éste no lo prosigue.

La cuestión prejudicial tiene, asimismo, un efecto extensivo. En los casos de procesos complejos, seguidos contra varios imputados, si éstos se encuentran en la misma situación jurídica que su coimputado que ha deducido la cuestión prejudicial, los efectos favorables de ella, como la suspensión del procedimiento, también les alcanzan. Se entiende que dichos encausados están sometidos a los mismos cargos y delitos, por lo que si se ampara la cuestión prejudicial, sus efectos suspensivos obviamente debe favorecerles.

---

(104) CATACORA GONZALES, Manuel: *Manual de Derecho procesal penal*, Rodhas, Lima, 1996, p. 225.

(105) Ejecutoria Suprema de 18 de setiembre de 1970 (*Revista Jurídica del Perú*, N° III–IV, Lima, 1969, p. 104).

(106) *Revista Jurídica del Perú*, N° II, Lima, 1959, pp. 141-142.

(107) Ejecutoria Suprema de 16 de mayo de 1988 (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, p. 251).

Es de precisar, finamente, como apunta Santos URTECHO BENITES, que la resolución dictada por el magistrado o autoridad extrapenal, se concreta únicamente a declarar un estado o situación de hecho o de derecho, sin entrar a prejuzgar sobre si existe o no existe delito, lo cual solo es de competencia del juez penal; el juez extrapenal podrá establecer, por ejemplo, si tal o cual acto es nulo, o si tiene o no título para el ejercicio de un derecho, pero en forma alguna podría declarar si el hecho denunciado constituye o no delito[108].

IV. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PENAL EN SEDE EXTRAPENAL

La prejudicialidad puede surgir no solo en el proceso penal a partir de relaciones jurídicas extrapenales, sino también en procedimientos civiles, laborales, agrarios, tutelares (regulados por el Código del Niño y del Adolescente) o contencioso-administrativos. Los arts. 3° del Código de 1940 y 7° del Código de 1991 establecen que, en este caso, la cuestión prejudicial que ha de declararse:

1. Solo puede surgir en el curso del procedimiento extrapenal, obviamente antes de que se resuelva el conflicto jurídico que ha dado lugar al procedimiento extrapenal. En principio, debe entenderse que si el expediente extrapenal se encuentra en la etapa de ejecución no es del caso que en él se ventile la prejudicialidad[109].

2. Está vinculada a la existencia de un delito perseguible de oficio, relacionado o no, determinante o no, con el objeto procesal materia de la causa extrapenal. En este sentido, la Corte Suprema ha resuelto que "(...) es del caso amparar la cuestión prejudicial (...) si se va a determinar la autenticidad o falsedad de la firma del agraviado que aparecen en las letras de cambio materia de la demanda civil, pues el hecho denunciado se encuentra sujeto a lo que se resuelva en la vía extrapenal"[110].

Por otro lado, la declaración de que existe una cuestión prejudicial penal ha de ser formalmente emitida por el Juez extrapenal, sea de oficio o a petición de parte. Por consiguiente, quien se considere ofendido por un supuesto delito surgido en el curso del proceso extrapenal no puede acudir

---

[108] Citado por CATACORA GONZALES: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 220.

[109] Ejecutoria Suprema de 9 de noviembre de 1981, Exp. N° 1922-80, Lima (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. II, pp. 44-45).

[110] Ejecutoria Suprema de 22 de diciembre de 1995, Exp. N° 4833-95, Arequipa.

directamente al Ministerio Público. Debe solicitar que se expida la resolución correspondiente para que se cursen copias certificadas de lo actuado al Fiscal Penal y pueda éste, de conformidad con lo dispuesto en el art. 95°.1 de la LOMP, formalizar la denuncia penal si la considera procedente.

La suspensión del procedimiento extrapenal, como es lógico, procederá siempre y cuando el Juez considere que el ilícito penal denunciado pueda influir en la resolución de fondo que le corresponde dictar. Así lo dispone el Código de 1991, pero el Código de 1940 parece decir que el efecto suspensivo es automático a la declaración de existencia de un delito, interpretación que no es de recibo por cuanto precisamente es de analizar el vínculo causal entre delito prejudicial y objeto del proceso extrapenal. Resultaría impropio suspender el proceso si no hay factor causal válido entre uno y otro. De otro lado, es de tener presente, igualmente, que la suspensión se hará efectiva una vez que el Juez Penal haya abierto instrucción o aprobado el auto de apertura de investigación del Fiscal.

La jurisprudencia es unánime al respecto. Así tenemos que el Supremo Tribunal ha establecido: 1. Que el art. 3° del Código de 1940 faculta al Juez Civil para remitir el expediente al Ministerio Público para los fines de ley, pero no al Juez Penal[111]. 2. Que los litigantes no están facultados para uso de este artículo, cuya aplicación es de exclusiva competencia del Juez Civil[112]. 3. Que sólo el representante del Ministerio Público puede denunciar los delitos perseguibles de oficio, cuando en un proceso civil hay indicios de haber sido cometidos[113]. La vulneración de estas normas, origina la nulidad de todo lo actuado y el archivo definitivo del proceso[114].

Desde la perspectiva del juez extrapenal, el Supremo Tribunal sentó la siguiente doctrina, asumiendo lo expuesto líneas arriba: "los jueces no pueden dejar de aplicar el art. 3° del Código de Procedimientos Penales cuando en la sustanciación de un proceso civil aparecen indicios razonables de la comisión de un delito perseguible de oficio. La potestad de suspender el proceso civil mientras se ventila el penal, no está librada al arbitrio absoluto

---

(111) *Revista de los Tribunales*, 1946, Lima, p. 449.

(112) Ejecutoria Suprema de 27 de marzo de 1979, Exp. N° 403-79, Arequipa (*Anales Judiciales*, T. LXXI, Lima, 1979-1981, p. 159).

(113) Ejecutoria Suprema de 25 de diciembre de 1939 (*Anales Judiciales*, 1939, Lima, p. 319).

(114) Ejecutoria de 19 de octubre de 1979 (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1978, Lima, pp. 982-983).

del juez, sino más bien a la recta apreciación de las probables consecuencias jurídicas del último"[115].

La Corte Suprema en otro caso, más reciente, aparentemente contradice lo decidido anteriormente. Señala en esta ocasión que el Juez Civil solo puede aplicar el art. 3° CPP si las partes lo requieren siempre que, tratándose de documentos, se inste su tacha por nulidad o falsedad; por consiguiente, si no se cuestionó el documento en el proceso civil, que culminó por sentencia firme, está prohibido el ejercicio de la acción penal[116]. Tal decisión no es de recibo, pues tratándose de un delito público su persecución –vía comunicación de la noticia criminal– puede ser instada por cualquier persona, más aún si se trata de un Juez que está dirigiendo un proceso donde se adjuntó, presumiblemente, un documento falso; el principio dispositivo no constituye un límite al cumplimiento a los deberes del juez en orden a la persecución penal. Otro tema es el referido a la aplicación del art. 79° CP, que importa una limitación al ejercicio de la acción penal, que –como tal– debe ser interpretado de una manera estricta, por lo que la licitud declarada en sede civil en su relación con un proceso penal requiere "(...) que exista identidad de objeto entre lo decidido en la sentencia civil firme y el de la pretensión contenida en la sentencia penal"[117], la que "(...) no existe cuando el documento cuestionado no ha sido expresamente de una acción civil"[118]. En el presente caso, en tanto a partir del documento se planteó la demanda, el mismo que generó que la sentencia civil fuese amparada, es claro que ya no es posible iniciar proceso penal alguno cuestionándolo, pues ello implicaría abrir un objeto procesal ya decidido, con vulneración del *ne bis in idem*.

---

(115) Ejecutoria Suprema de 4 de mayo de 1970 (RONCALLA VALDIVIA, Lino: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, Sesator, Lima, 1984, pp. 217-218).

(116) Ejecutoria Suprema de 26 de setiembre de 1990. Exp. N° 843-88, Lima (RETAMOZO-PONCE: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, cit., pp. 400-402).

(117) Ejecutoria Suprema de 12 de enero de 1998. Exp. N° 4677-97, Junín (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 57).

(118) Ejecutoria Suprema de 18 de noviembre de 1997. Exp. N° 3869-95, Junín (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 57).

Capítulo XV
LA CUESTIÓN PREVIA

SUMARIO: I. Concepto. **II.** Requisito o condición de procedibilidad: 1. Concepto. 2. Manifestaciones de las condiciones de procedibilidad. 3. Diferencias con las condiciones objetivas de punibilidad. **III.** Efectos y Procedimiento: 1. Efectos. 2. Procedimiento. **IV.** El delito de libramiento indebido.

I. CONCEPTO

Los arts. 4° del Código de 1940, modificado por el Decreto Legislativo N° 126, y 5° del Código de 1991 han incorporado como un medio especial de defensa técnica la denominada *cuestión previa*. Proceden, según ambas normas, *cuando no concurre o se omite un requisito de procedibilidad explícitamente previsto en la Ley*.

La denominación de esta institución eminentemente procesal responde a su naturaleza y, a juicio de Florencio MIXÁN MASS, refleja la función que se le ha asignado: es un requisito procesal que debe ser satisfecho a cabalidad, con toda regularidad, antes de pasar a ejercitar la acción penal[119]. La ley, en este caso, como precisó el Supremo Tribunal, establece determinada condición para la instauración de un proceso penal[120]; la norma puede ser penal o extrapenal[121].

Las cuestiones previas, por consiguiente, constituyen un obstáculo no a la prosecución del proceso penal, sino a su inicio –a su promoción–. Son condiciones para la iniciación de la acción penal[122]. De faltar estas

---

[119] MIXÁN MASS: *Derecho procesal penal*, cit., T. III, pp. 192-195.

[120] Ejecutoria Suprema de 12 de mayo de 1994, Exp. N° 2310-93, Ica (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 257-258).

[121] Ejecutoria Suprema de 12 de junio de 1998, Exp. N° 1364-97, Lambayeque (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal [1996-1998]*, cit., T. II, pp. 103-105).

[122] VALLE RANDICH, Luis del: *Derecho procesal penal. Cuestiones prejudiciales, cuestiones previas y excepciones*, Imprenta Liurimsa, Lima, 1966, p. 105.

condiciones, el proceso no puede continuar válidamente y, por tanto, debe anularse, pudiendo reiniciarse una vez se subsane la omisión incurrida, lo que constituye un reflejo de su calidad de presupuesto procesal. En esta misma perspectiva, la Corte Superior de Lima indicó que: "La cuestión previa se encuentra entre la perpetración del delito y el acto de denunciar y/o aperturar instrucción, por eso se dice que es un obstáculo procesal que hay que salvar previamente para poner expedita la vía del ejercicio de la acción penal y de la potestad jurisdiccional; de esta manera, siendo de naturaleza eminentemente procesal, es completamente diferente de los elementos típicos o constituidos del delito"[123].

La Corte Suprema ha establecido que el requisito de procedibilidad, para que opere como cuestión previa, debe encontrarse previsto en la ley de manera expresa[124], y que la norma que lo prevea puede ser penal o extrapenal[125].

II. REQUISITO O CONDICIÓN DE PROCEDIBILIDAD

1. CONCEPTO

La Ley procesal penal identifica el remedio procesal, esto es, cuestión previa, con una institución típicamente procesal, en rigor, un presupuesto procesal vinculado a la promoción de la acción penal: los requisitos o condiciones de procedibilidad[126]. Ya se ha sostenido, en primer lugar, siguiendo a PETERS, que los *presupuestos procesales* son circunstancias que deben darse en el caso concreto, para que pueda llevarse a cabo un proceso penal; y, en segundo lugar, que los presupuestos procesales deben distinguirse, como

---

(123) Ejecutoria Superior de Lima de 8 de junio de 1998, Exp. N° 995-98A (*Normas Legales*, T. 297, febrero, Trujillo, 2001, p. A-42).

(124) Ejecutorias Supremas de 23 de julio de 1991, Exp. N° 492-91, Ancash; y de 12 de mayo de 1994, Exp. N° 2310-94, Ica. Asimismo, Ejecutoria Suprema de 15 de julio de 1991, Exp. N° 493-91, Ancash (RETAMOZO-PONCE: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, cit., p. 234).

(125) Ejecutoria Suprema de 12 de junio de 1998, 1364-97, Lambayeque (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal [1996-1998]*, cit., T. II, pp. 103-105).

(126) Ejecutoria Suprema de 7 de enero de 1988, Exp. N° 3-87, Huánuco (RETAMOZO-PONCE: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, cit., pp. 380-381). En igual sentido, la Ejecutoria superior de Lima de 8 de junio de 1998, Exp. N° 995-98-A (*Normas Legales*, T. 297, febrero, Trujillo, 2001, p. A42).

apunta JESCHECK, tanto de los elementos del tipo como de las condiciones objetivas de punibilidad[127].

En Italia, donde surgió esta doctrina, se definió las *condiciones de procedibilidad* como condiciones de la acción penal, construcción teórica que es propia de un sistema procesal en donde ésta es absolutamente oficial y, en consecuencia, el Ministerio Público detenta al monopolio de la misma. Su construcción, sin embargo, condujo a reducir los presupuestos procesales a la esfera de los sujetos del proceso, empobreciendo la doctrina de los presupuestos procesales al excluir de la misma tanto los presupuestos "objetivos", tales como la cosa juzgada, la prescripción, la amnistía y la litispendencia, cuanto los presupuestos de la actividad, como por ejemplo, la autorización para proceder y la certificación de haberse intentado la conciliación[128]. Por consiguiente, es del caso señalar que las condiciones de procedibilidad son, en verdad, presupuestos de iniciación del proceso o, utilizando la terminología de ROSENBERG, de la admisibilidad del procedimiento.

Por tanto, *se trata de causas que condicionan el ejercicio de la acción penal y sin cuya presencia no es posible promoverla*. Si se inicia el proceso penal obviando la presencia de las condiciones de procedibilidad, este devendrá nulo de pleno derecho al imposibilitar al juez examinar el mérito de la causa, es decir, de la imputación, dado que esta se habría iniciado con violación de la ley, que condiciona su ejercicio a la presencia de determinados actos o circunstancias extratípicas.

Desde esta perspectiva, siguiendo a Eberhard SCHMIDT[129], lo que se entiende por condiciones de procedibilidad son "(...) *presupuestos procesales que resultan, en parte, de las relaciones del objeto del proceso con el procedimiento concreto, cuya admisibilidad como camino para la sentencia se pone en cuestión*". A través de ellas se identifican determinados delitos que no pueden perseguirse, es decir, respecto de ellos no puede dictarse una resolución sobre el fondo por vía procesal viable, sin que el lesionado u otra persona haya manifestado, por sí, su voluntad de perseguirlos. Esto sucede: a) en los delitos perseguibles por querella; b) en los casos de autorización para proceder; y, c) en los supuestos en que la ley exige la intervención previa de una autoridad por medio de una resolución concerniente al objeto del proceso.

---

(127) JESCHECK, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1981, Vol. II, p. 1229.

(128) GIMENO SENDRA: *La querella*, cit., p. 42.

(129) SCHMIDT, Eberhard: *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal Penal*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, pp. 83 y 102-103.

2. MANIFESTACIONES DE LAS CONDICIONES DE PROCEDIBILIDAD

A. Delitos de instancia privada

En estos delitos, el propio Código Penal o Ley Penal Especial determina si se persigue al amparo de los principios de oficialidad y legalidad o si se requiere querella penal del ofendido, entendida como una petición suya, presentada en tiempo y forma, para que tenga lugar la persecución penal correspondiente a causa de un delito cometido en su agravio.

La querella funciona como un presupuesto procesal, que expresa al fin y al cabo la voluntad de la víctima de que se sancione penalmente a una persona que ha cometido un determinado delito en contra de ella. En estos delitos predomina un interés privado (por tanto, no es desacertado denominarlos *delitos privados*). Por ello, anota GIMENO SENDRA, es que el Ministerio Público está obligado a abstenerse de actuar, que la acción es privada y exclusiva, y que el particular ofendido tiene la disponibilidad tanto de la pretensión procesal penal cuanto, indirectamente, del *ius puniendi* a través del instituto de la remisión, etc.[130].

El Código Penal señala que están sujetos a acción privada los delitos contra el honor personal (art. 138°), los delitos contra la intimidad personal (art. 158°), y el delito de perjuicio de reputación de empresa o descrédito de productos (art. 240°), aunque este último ha devenido en semipúblico por imperio del Decreto Ley N° 26122 –Ley sobre la represión de la competencia desleal–, de 20 de diciembre de 1992.

B. Autorización para proceder y consentimiento de la autoridad

Existen delitos en los que su persecución está sujeta a la autorización de la víctima, así como al consentimiento de la autoridad. Una vez que la víctima o la autoridad autorice o consiente la persecución, es el Ministerio Público el encargado de promover la acción penal y perseguir el delito introduciendo la pretensión procesal. La víctima o la autoridad tiene el control de la posibilidad del ejercicio de la acción penal, pero una vez expresada su voluntad de iniciación del proceso, corresponde al Fiscal continuar con el mismo.

Es posible identificar los siguientes supuestos. En primer lugar, se encuentran los denominados *delitos semipúblicos*, tales como el delito de defraudación tributaria (art. 7°, Decreto Legislativo N° 813) y el ya indicado delito de perjuicio a la reputación de limpieza o descrédito de productos (art. 240° CP). Un caso especial de delito semipúblico es el de abuso de poder económico, previsto y sancionado en el art. 232° del Código Penal, pues

---

[130] GIMENO SENDRA: *La querella*, cit., p. 57.

en virtud del art. 19° del Decreto Legislativo N° 701, de 7 de noviembre de 1991, el Fiscal solo promoverá la acción penal por denuncia de la Comisión de Libre Competencia. Otro caso especial son los delitos de atentado contra el sistema crediticio, pues a tenor del art. 213° CP, en un texto estatuido por la Octava Disposición Final de la Ley N° 27146, de 24 de junio de 1999, la "acción privada" se ejerce ante el fiscal.

En segundo lugar, están los delitos cometidos por Altos Dignatarios, sean funcionales o no. En ellos, en los supuestos que fija la ley, resulta necesario conseguir que la autoridad política emita la correspondiente resolución de acusación constitucional (delitos funcionales) o de desafuero (delitos no funcionales), tal como lo disponen los arts. 93°, 99°, 100° y 161° de la Constitución. Asimismo, es de incluir en este rubro los delitos funcionales cometidos por jueces y fiscales, con excepción de los Vocales y Fiscales Supremos que están sujetos al antejuicio constitucional, puesto que se requiere la resolución autoritativa del Órgano de Gobierno del Ministerio Público para poder procesarlos (Tercera Disposición Complementaria de la Ley N° 26623); así lo decidió el Supremo Tribunal en una polémica sentencia vinculada a un proceso que se seguía contra dos jueces de Lima[131]. Este fallo determinó la expedición de la Ley N° 27147, de 25 de junio de 1999, que estableció que no hacía falta la intervención del órgano de gobierno del Ministerio Público en los casos de delito flagrante. Actualmente los poderes para decidir el ejercicio de la acción penal contra jueces y fiscales –al que se agregan los Procuradores Públicos (Decreto Ley N° 17537, art. 32°)– han regresado al Fiscal de la Nación[132].

Llama la atención que la Corte Suprema, en alguna ocasión, haya amparado una cuestión previa invocando las normas de la legislación de defensa judicial del Estado (Decretos Leyes N° 17537 y 17667), que disponen que para formular denuncia a nombre del Estado es necesario la expedición previa de la Resolución Ministerial autoritativa al Procurador Público del Sector[133], puesto que se confunde lo que constituye una norma dirigida a la propia administración a fin de garantizar el orden interno estatal para decidir la formulación de denuncia por cuenta del Estado mismo, con la persecución

---

(131) Ejecutoria Suprema de 3 de noviembre de 1998, Exp. N° 2373-98, Lima (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal [1996-1998]*, cit., T. II, pp. 108-110).

(132) *Vid.*: SAN MARTÍN CASTRO, César; CAROS CORIA, Carlos; REAÑO PESCHIERA, Leandro: *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir: Aspectos sustantivos y procesales*, Jurista Editores, Lima, 2002, p. 345.

(133) Ejecutorias Supremas de 24 de enero de 1989, Exp. N° 852-88, Huancavelica; y de 1° de febrero de 1989, Exp. N° 712-88, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1989, pp. 258-263).

penal del delitos públicos a cargo de la Fiscalía; por lo demás, la concepción claramente antiformalista que rige los presupuestos y requisitos de toda *notitia criminis*, determina que, inclusive, de no cumplirse este requisito por el propio Procurador, es posible subsanarlo en el curso del sumario judicial. Finalmente la Corte en la citada Ejecutoria de 12 de junio de 1998, ha declarado que en los delitos contra el patrimonio del Estado, por ser delitos públicos, no hace falta la resolución autoritativa del Contralor General de la República, la cual solo permite al Procurador Público presentar al fiscal la noticia criminal, por lo que tal resolución no constituye un requisito de procedibilidad[134].

C. Pronunciamiento de la Autoridad sobre el objeto del proceso

En muchos delitos, la ley exige que una determinada autoridad emita un pronunciamiento (resolución o informe) concerniente al objeto del proceso. Se encuentran en este rubro (1) los *delitos ecológicos*, puesto que la Ley N° 26631, de 26 de junio de 1996, exige que para la formalización de la denuncia por delitos ecológicos se requiera un informe fundamentado a las entidades sectoriales competentes sobre si se ha infringido la legislación ambiental[135]. También se encuentran comprendidos (2) los *delitos cometidos por funcionarios del sistema financiero* en el ejercicio de su cargo, en que se requiere informe de la Superintendencia de Banca y Seguros (Cuarta Disposición Final y Complementaria de la Ley N° 26702, de 9 de diciembre de 1996)[136]. Asimismo, están comprendidos (3) los *delitos concursales*, previstos en los arts. 209° al 211° CP (Octava Disposición Final de la Ley N° 27146, de 24 de junio de 1999), que requieren, antes de la denuncia formalizada, el informe técnico del Indecopi. De igual manera, están incluidos (4) los *delitos tipificados en el Título V del Libro II del Código Penal*, relacionados con derechos sobre predios respecto de los cuales COFOPRI ejerza funciones, especialmente los tipificados en los artículos 196°, 203°, 361°, 377° y 410° del Código Penal, en cuya virtud se requiere opinión fundamentada del Tribunal Administrativo de la Propiedad (Cuarta Disposición Complementaria de la Ley N° 27046, de 5 de enero de 1999, Ley Complementaria de Promoción del Acceso a la Propiedad Formal). Finalmente, los delitos contra los derechos de autor y demás que se encuentran dentro del ámbito del Indecopi, en los que se requiere informe técnico de dicha institución.

---

(134) Ejecutoria Suprema de 12 de junio de 1988, Exp. N° 1364-97, Lambayeque (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal [1996-1998]*, cit., T. II, pp. 103-105).

(135) Ejecutoria Superior de Lima de 26 de enero de 1988, Exp. N° 4131-97 (BACA CABRERA, Denyse; ROJAS VARGAS, Fidel; NEIRA HUAMÁN, Marlene: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, T. III, pp. 475-476).

(136) Ejecutoria Suprema de 21 de junio de 2002, Exp. N° 4711-2001, Lima (Inédita).

En el caso de los delitos sujetos al control administrativo del Indecopi, las normas son las siguientes: 1) el art. 32° del Texto Único Ordenado del Decreto Ley N° 26122 –Ley sobre la represión de la competencia desleal–, de 11 de diciembre de 2000, estableció que antes de iniciar la acción penal por los delitos a que se refieren los artículos 165°, 190°, 191°, 216°, 217°, 218°, 219°, 220°, 222°, 224°, 225°, 238°, 239° y 240° del Código Penal el Fiscal deberá solicitar el informe técnico del Indecopi; y, 2) la Tercera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 823, Ley de Propiedad Industrial, de 24 de abril de 1996, que estableció que antes de iniciar la acción penal por los delitos a que se refieren los arts. 22°, 223°, 224°, 225° y 240° del Código Penal, el Fiscal deberá solicitar el informe técnico a la Oficina competente del Indecopi.

Por otro lado, es de tener presente que la Primera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 822, Ley sobre el Derecho de Autor, de 24 de abril de 1996, tiene una redacción diferente a las normas anteriormente citadas. Allí se dice que en "los delitos contra los derechos de autor y derechos conexos, previamente a que el Ministerio Público emita acusación u opinión, según sea el caso, la Oficina de Derechos de Autor del Indecopi deberá emitir un informe técnico dentro del término de cinco días". El texto en mención no incorpora un requisito de procedibilidad, sino introduce una exigencia legal para contar con un informe técnico del Indecopi en el curso del proceso, puesto que, a diferencia de los supuestos anteriores, la intervención del Indecopi no se exige con anterioridad a la promoción de la acción penal sino con anterioridad a que el Fiscal emita opinión final.

Otro supuesto incluido en este nivel es el supuesto del delito cometido por un testigo que incurre en falsedad en un juicio oral. En estos casos, reza el art. 257° del Código de 1940, en la sentencia debe resolverse si hay motivo para abrir instrucción contra él.

En cambio, no constituye un supuesto de cuestión previa lo dispuesto en el art. 14° de la Ley de los Delitos Aduaneros, Ley N° 28008, que establece que recibidas las mercancías incautadas por la Administración Aduanera, y existiendo persona detenida por los delitos tipificados en la mencionada Ley, esta procederá bajo responsabilidad en el término de veinticuatro horas, al avalúo y reconocimiento físico, cuyos resultados comunicará de inmediato a la Policía Nacional del Perú, quien los cursará a la Fiscalía Provincial Penal respectiva, para que proceda a formular la denuncia correspondiente. Esta comunicación no condiciona la perseguibilidad del delito, sino que garantiza una más efectiva persecución penal[137].

---

[137] Ejecutoria Suprema de 14 de febrero de 1992, Exp. N° 566-91, Tacna (*Normas Legales*, T. 235, diciembre, Trujillo, 1995, pp. J33-J34).

Recibidas las mercancías incautadas, por la Administración Aduanera, cuando exista persona detenida por los delitos tipificados en la presente Ley, esta procederá bajo responsabilidad en el término de veinticuatro (24) horas, al avalúo y reconocimiento físico, cuyos resultados comunicará de inmediato a la Policía Nacional del Perú, quien los cursará a la Fiscalía Provincial Penal respectiva, para que proceda a formular la denuncia correspondiente.

La jurisprudencia suprema, por otro lado, ha considerado la existencia de un requisito de procedibilidad en los delitos de omisión de asistencia familiar, pues debe recaudarse la imputación con notificación judicial fehaciente en que se requiera al obligado, cumplir con prestar alimentos bajo apercibimiento de ser encausado en la vía penal[138]; también lo ha hecho en los delitos de apropiación ilícita imputados a los miembros de una Junta Directiva de una Asociación Civil respecto de los bienes sociales, si es que no se realizó la rendición de cuentas y se publicó la liquidación contable respectiva, incluyendo el requerimiento de entrega[139]. La Corte Suprema, en los procedimientos auxiliares de extradición activa, ha considerado que en las extradiciones complementarias el Estado de refugio, debe acceder a la ampliación de cargos, pues de otro modo no es posible promover la acción penal ampliatoria, lo que funciona como requisito de procedibilidad[140].

3. DIFERENCIAS CON LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

Salvo contadas excepciones, anota Borja MAPELLI CAFFARENA, dentro de la doctrina existe una opinión generalizada que entiende las condiciones objetivas de punibilidad como parte del Derecho Penal material. Enseña el citado autor que la no presencia de una condición objetiva de punibilidad importa la violación del deber de no punir, mientras que la no presencia de una condición de procedibilidad trae consigo la violación del deber de no proceder[141].

Las condiciones objetivas de punibilidad se fundamentan en consideraciones sustantivas que afectan a la existencia material del delito, mientras las condiciones de procedibilidad no inciden para nada en la punibilidad del

---

(138) Ejecutoria Superior de Lima de 1 de diciembre de 1997, Exp. N° 6806-97, Lima (*Normas Legales*, T. 315, agosto, Trujillo, 2002, pp. A21-A22).

(139) Ejecutoria Superior de Lima s/f, Exp. N° 6922-97, Lima (*Normas Legales*, T. 297, febrero, Trujillo, 2001, pp. A43-A44).

(140) Ejecutoria Suprema de 14 de diciembre de 2000, Exp. N° 1628-98-06, Lima (FRISANCHO APARICIO: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 65-67).

(141) MAPELLI CAFFARENA, Borja: *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pp. 103-104.

delito y solamente conciernen a la admisibilidad de su persecución procesal[142]. Las condiciones de procedibilidad, insiste MIR PUIG, no afectan a la existencia de un *delito*, sino solo a la posibilidad de su *persecución procesal*; al impedir su falta el enjuiciamiento penal del hecho, tendrá también la consecuencia de impedir su castigo, pero ello no obedece, como apuntan ANTÓN y CÓRDOVA RODA, a que haga desaparecer la presencia de un delito, sino solo a que este no puede ser objeto de un proceso penal[143].

Corresponde a GALLAS y SCHMIDHÄUSER el mérito de haber fijado un ámbito concreto de delimitación de ambas instituciones, aunque, como anota PASTOR, se trata de una distinción siempre ardua y polémica, y que aún permanece abierta, dadas las dificultades de su configuración, donde no es posible convenir la frontera entre ambas instituciones[144]. Dice GALLAS que las circunstancias independientes de la culpabilidad se pueden considerar condiciones objetivas de punibilidad si "están en conexión con el hecho", es decir, si pertenece al "complejo del hecho" en su conjunto[145]. SCHMIDHÄUSER apunta, en igual sentido, que la condición objetiva de punibilidad contribuye a determinar directamente la situación del hecho y su materialización, así como que la circunstancia que debe ser calificada como condición objetiva de punibilidad tiene que concurrir en inmediata conexión con el hecho injusto. Esta conexión se produce no solo cuando la circunstancia afecta a la propia acción delictiva, sino también cuando se trata de un elemento que tendría que ser caracterizado como resultado de la acción si la culpabilidad fuese referida a él. En tanto lo que permite individualizar la condición objetiva de punibilidad es una *vinculación al acontecer típico*, su ausencia determina la impunidad del autor[146].

---

(142) MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos: *Las condiciones objetivas de punibilidad*, EDERSA, Madrid, 1989, p. 96. En contra de una diferenciación tan tajante y, en todo caso, por la necesidad de un tratamiento jurídico similar: VOLK, MAIER y PASTOR, entre otros (PASTOR, Daniel R.: "Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 13, Lima, 2003, pp. 180-182), entre otros.

(143) MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal. Parte general*, PPU, Barcelona, 1998, p. 147. MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN (*Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 461), por su parte, reconociendo que las condiciones objetivas de procedibilidad o perseguibilidad condicionan, no la existencia del delito, sino su persecución procesal, es decir, la apertura de un procedimiento penal, empero –sin mayores precisiones– las considera obstáculos procesales que, en el fondo, tienen la misma función que las condiciones objetivas de penalidad.

(144) PASTOR: "Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales", cit., pp. 173-174.

(145) Citado por ROXIN, Claus: *Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 1997, T. I, p. 988.

(146) Citado por MARTÍNEZ PÉREZ: *Las condiciones objetivas de punibilidad*, cit., pp. 101-103.

Las condiciones de procedibilidad no están vinculadas al hecho injusto, su *ratio*, a diferencia de las condiciones objetivas de punibilidad, no conlleva una mayor dosis de contrariedad al orden jurídico según apunta STRATENWERTH, sino descansa en determinadas razones utilitarias(147). La ausencia de una condición objetiva de punibilidad niega la existencia del delito, mientras que la no consideración del requisito procesal despliega puramente el efecto de dejar imprejuzgada la acción, ya que el hecho sigue siendo en rigor punible; así lo demuestra la circunstancia de que la condición para proceder puede cumplirse en un momento posterior y, en atención a ello, hacer factible la persecución del comportamiento punible(148).

Tomando como base esta última concepción, Claus ROXIN señala que la garantía de reciprocidad en los delitos contra la seguridad exterior del Estado o la declaratoria de quiebra (art. 209° CP) son condiciones objetivas de punibilidad, y que la indemnidad *–o inviolabilidad–* del parlamentario y magistrado constitucional (art. 93°, segundo párrafo, y 161°, tercer párrafo, Const.) es una causa de exclusión de la punibilidad: porque todas esas circunstancias pertenecen al complejo del hecho y a su enjuiciamiento desde el punto de vista jurídico-penal. Por el contrario, continúa ROXIN, la querella, prescripción, amnistía, indulto, etc., son presupuestos de procedibilidad, ya que se trata de sucesos situados totalmente fuera de lo que sucede en el hecho. Y también la inmunidad (arts. 99° y 93° *in fine* Const.), a diferencia de lo que se sucede en la indemnidad (art. 93°, segundo párrafo, Const.), es un presupuesto de procedibilidad, pues la punición depende de una posterior decisión del Parlamento(149).

---

(147) Citado por MARTÍNEZ PÉREZ: *Las condiciones objetivas de punibilidad*, cit., pp. 101-103. En esa misma perspectiva, señala MAURACH (MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl; ZIPF, Heinz: *Derecho penal. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1995, T. II, p. 952), "todas las disposiciones acerca de los presupuestos procesales, aun las comprendidas en el Código Penal, son de orden procesal y no derecho material. Por ello se encuentran fuera del tipo delictivo, carecen de influencia sobre la antijuricidad, no necesitan ser abarcadas por el dolo (...)". JESCHECK, asimismo, señala –de un lado– que las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias que se encuentran en relación inmediata con el hecho, pero que no pertenecen ni al tipo de injusto ni al de culpabilidad, y –de otro lado– los presupuestos procesales no expresan el grado de menoscabo del orden jurídico protegido que en cada caso se requiere, sino que toman en consideración circunstancias que se oponen a la verificación de un proceso penal, de suerte que cuando falta una condición objetiva de punibilidad procede la absolución y cuando falta un presupuesto procesal el proceso se detiene (JESCHECK, Hans Heinrich: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1981, Vol. II, pp. 763 y 767).

(148) MARTÍNEZ PÉREZ: *Las condiciones objetivas de punibilidad*, cit., p. 104. En igual sentido: ROXIN, Claus: *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 173.

(149) ROXIN: *Derecho penal. Parte general*, cit., T. I, pp. 988-989.

III. EFECTOS Y PROCEDIMIENTO

1. Efectos

Como ya se anotó, detectada la omisión de una condición de procedibilidad solo cabe anular lo actuado y tenerse por no presentada la denuncia formalizada del Fiscal. Así lo disponen los arts. 4° del Código de 1940 y 5° del Código de 1991. Se trata de un presupuesto procesal y, como tal, su vulneración acarrea la anulación de un proceso al haberse constituido indebidamente al lesionarse normas de observancia obligatoria.

El art. 77° del Código de 1940, al igual que el numeral 113°, tercer párrafo, del Código de 1991, permite al Fiscal y, en su caso, al Juez rechazar la iniciación del proceso, por entender que no se ha promovido válidamente la acción penal al vulnerarse un requisito de procedibilidad. Si el Juez no se da cuenta de la exigencia legal de cumplir con una condición de procedibilidad y abre instrucción o aprueba la promoción de la acción penal, corresponde al imputado utilizar el remedio correspondiente, la cuestión previa, para conseguir la nulidad de lo actuado.

Dos son los efectos de la cuestión previa declarada fundada. El primero es de *carácter anulatorio*; declarada que la acción fue mal promovida, no cabe otra opción que anular lo actuado con posterioridad a ella. El segundo efecto es *carácter extensivo*, pues comprende a todos los que resulten procesados por el mismo delito donde aparece acreditado el no cumplimiento de la condición de procedibilidad; es de entender que el presupuesto procesal incumplido no está en función a los sujetos procesales o al órgano jurisdiccional, sino al objeto o causa, de ahí que se extienda a todos quienes estén indebidamente involucrados en ella, sin interesar si una o todas las partes acusadas la promovieron.

Un dato esencial de la anulación del procedimiento y, por tanto, que la acción queda imprejuzgada, estriba en que la omisión detectada puede ser subsanada. Ello significa que corregido el error puede volver a intentarse en otro procedimiento. El auto que ampara la cuestión previa no se pronuncia sobre el mérito de la imputación, tiene un carácter eminentemente procesal; es un auto o sentencia de improcedibilidad, luego, es posible volver a intentar la acción.

2. Procedimiento

La promoción de la cuestión previa origina necesariamente la formación de un cuaderno incidental, sin afectar el curso del principal; de ahí que DEL VALLE RANDICH, en una definición solo aceptable desde una perspectiva

formal, sostenga que las cuestiones previas son meros incidentes del asunto principal[150]. En el Código de 1940 se plantean en cualquier estado de la causa (art. 4°), mientras que en el Código de 1991 durante la investigación y en la etapa intermedia (arts. 9° y 263°). Algunos autores –citados con precisión por ROSAS YATACO[151]– consideran que por tratarse de un asunto de puro derecho no se requiere un trámite incidental, posición sin duda incorrecta, porque se confunde la naturaleza o fundamento de la institución con el concepto mismo de incidente procesal, así como la simplicidad del trámite –la exigencia de prueba, por lo demás, no es consustancial al incidente– con la necesidad de que el principal siga su curso independientemente del cuestionamiento a la aprobación judicial del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público. Cabe acotar que si existe parte civil constituida en autos, la vigencia del principio de bilateralidad exige correr traslado de la cuestión previa deducida, además es imperativa la vista fiscal, y aun podría ser posible la vista de la causa para informe oral, todo lo cual de hecho complica el trámite, le da autonomía relativa y, en cierto sentido, dificulta la fluidez de la investigación judicial.

La Corte Suprema, en relación al Código de 1940, ha reiterado que la cuestión previa puede plantearse en cualquier estado de la causa y procederá cuando la denuncia haya sido amparada sin un requisito de procedibilidad[152].

La denuncia de la omisión de una condición de procedibilidad no solo puede ser deducida por el propio imputado. También corresponde hacerlo al Fiscal, en cuanto parte sometida a los principios de legalidad e imparcialidad, y al tercero civil, cuyo entorno jurídico se perjudica con un proceso mal instaurado en el que se le reclama responsabilidad civil por el hecho del imputado. De igual manera, en tanto se cuestiona el incumplimiento de un requisito de procedibilidad vinculado a la causa o a la actividad, obviamente puede ser deducido de oficio por el Juez, no solo al momento de calificar la denuncia o acto de promoción de la *acción* penal, sino en cualquier estado del procedimiento.

Rige para el trámite de la cuestión previa lo que en su oportunidad se expondrá en el capítulo referido a las excepciones.

---

(150) VALLE RANDICH: *Derecho procesal penal. Cuestiones prejudiciales, cuestiones previas y excepciones*, cit., p. 105.

(151) ROSAS YATACO, Jorge: *Manual de Derecho procesal penal*, Grijley, Lima, 2003, pp. 335-336.

(152) Ejecutoria Suprema de 24 de noviembre de 1987 (*Anales Judiciales*, T. LXXV, Lima, 1987, p. 162).

IV. EL DELITO DE LIBRAMIENTO INDEBIDO

La jurisprudencia de la Corte Superior de Lima considera, de modo constante, que en los delitos de libramiento indebido (art. 215° del Código Penal) la ausencia del requerimiento de pago al librador constituye un requisito de procedibilidad que obliga a amparar la cuestión previa deducida al efecto(153). De igual manera, estima que la exigencia de que el cheque tenga la anotación que exprese el motivo de la negativa del Banco para pagarlo también configura un requisito de procedibilidad(154).

El último párrafo del art. 215° del Código Penal estatuye que: *"No procede la acción penal si el agente abona el importe del documento dentro del tercer día hábil a la fecha del requerimiento"*. La doctrina de modo prácticamente unánime ha calificado esta cláusula como una excusa absolutoria o causa personal de exclusión de pena. MUÑOZ CONDE señala que esta institución, en el presente caso, excluye la penalidad y que se concede por meras razones de utilidad y conveniencia político-criminal con la finalidad de conseguir a toda costa el pago(155). En rigor, siguiendo a JESCHECK, es una causa personal de levantamiento de pena, por tratarse de una circunstancia que no se produce hasta después de la comisión de la acción punible que elimina con carácter retroactivo la punibilidad ya surgida(156).

En tal virtud, como corresponde al denunciante y al Fiscal establecer que se cursó el requerimiento y que el librador no pagó el monto del cheque exigido, se tiene que si se ha omitido tal emplazamiento o este fue absolutamente defectuoso o ilegal es obvio que no puede afirmarse la posibilidad de pena en la acción antijurídica penal denunciada (¡no siempre hay pena frente a una conducta típicamente antijurídica y culpable!). Siendo así, la

---

(153) Ejecutorias Superiores de 4 de julio de 1997, Exp. N° 1112-97 (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, cit., p. 371): de 11 de diciembre de 1997, Exp. N° 4197-97-A (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, cit., p. 375); de 22 de setiembre de 1997, Exp. N° 4580-97-A (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, cit., p. 378); de 23 de setiembre de 1997, Exp. N° 3728-97-A (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, cit., p. 383).

(154) Ejecutorias Superiores de 4 de julio de 1997, Exp. N° 2103-97 (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, cit., p. 376); y, de 29 de agosto de 1997, Exp. N° 3464-97-A (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, cit., p. 381).

(155) MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal. Parte especial*, 6ª ed., Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1985, p. 280.

(156) JESCHECK: *Derecho penal. Parte general*, cit., Vol. II, pp. 758 y 762.

conducta imputada, en este caso, no puede calificarse de *justiciable penalmente*. Una concepción más flexible en orden al plazo fijado por el art. 215° CP, la tiene la Ejecutoria Suprema de 16 de mayo de 1985, al establecer que los hechos carecen de contenido penal si antes de dictarse el auto apertorio de instrucción la agraviada transigió con el encausado ante el mismo juzgado y en la que manifiesta que ha recibido de aquel la suma considerable a cuenta del título valor[157].

La circunstancia del requerimiento de pago y de su ulterior y necesario incumplimiento para estimar punible el libramiento indebido de un cheque, en consecuencia, está configurada como causa de exclusión de pena y no como un presupuesto procesal; no es un elemento ajeno al hecho, sino vinculado a él y condicionante de la penalidad de la conducta, por lo que el medio de defensa no es la cuestión previa, sino la excepción de naturaleza de acción.

Por otro lado, la exigencia que el cheque tenga la anotación que exprese el motivo de la negativa de pago y la fecha de su presentación, de conformidad con el art. 170° de la Ley de Títulos-Valores, en tanto la ley penal busca proteger el tráfico lícito de los cheques, esto es, el cheque debe ser mercantilmente válido, constituye una exigencia que integra el tipo penal, que define la antijuridicidad penal de la conducta. En tal virtud, el medio de defensa que debe plantearse en estos casos es la excepción de naturaleza de acción y no la cuestión previa, puesto que la constancia del Banco librado no es un presupuesto procesal que funciona como condición de procedibilidad.

La Corte Suprema, tiempo atrás, señaló –siguiendo esta misma perspectiva– que si no se ha probado con el respectivo protesto que el cheque ha sido presentado oportunamente para el pago, no procede la acción penal fundada en que el giro se hizo a descubierto sin tener el girador fondos disponibles, es decir, no debe dictarse auto de apertura de instrucción[158], lo que implica que se está ante un elemento del tipo penal y no ante un requisito de procedibilidad.

---

[157] Ejecutoria Suprema de 16 de mayo de 1985, Exp. N° 661-85, Huancavelica (RAMOS BOHÓRQUEZ, Miguel: *Ejecutorias de la Corte Suprema en materia penal*, Berrío, Lima, 1995, p. 204).

[158] Ejecutoria Suprema de 6 de octubre de 1932 (*Anales Judiciales*, 1932, Lima, p. 193).

CAPÍTULO XVI
LAS EXCEPCIONES PENALES

SUMARIO: I. Los presupuestos procesales. **II.** Regulación de las excepciones penales. **III.** La excepción de naturaleza de juicio. **IV.** La excepción de amnistía. **V.** La excepción de cosa juzgada. **VI.** La excepción de prescripción. **VII.** La excepción de naturaleza de acción: 1. Incorporación al ordenamiento procesal penal. 2. Alcances de la excepción. 3. Límites de la excepción. **VIII.** Procedimiento de las excepciones: 1. Titularidad. 2. Oportunidad. 3. Trámite. 4. Efectos.

I. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

En tanto la denuncia formalizada o el auto de apertura de investigación del fiscal o la querella del acusador privado es el vehículo formal a través del cual se ejercita o promueve la acción, en la doctrina procesalista moderna la *excepción* es vista como una de las posiciones jurídicas procesales que el imputado puede adoptar frente a ella[159]. Cuando el imputado interpone una excepción, lo que hace es sencillamente oponerse a la prosecución del proceso por entender que este carece de alguno de los *presupuestos procesales* establecidos por el ordenamiento jurídico-procesal.

Los presupuestos procesales, explica BAUMANN, condicionan que se pueda dictar en el proceso una decisión sobre el fondo del asunto, esto es, que se resuelva el conflicto jurídico-material planteado[160]. La falta de un presupuesto procesal –referido al proceso en su conjunto– obliga a juez a dictar una resolución de rechazo. En este mismo sentido, Eberhard SCHMIDT explica que el concepto de *presupuestos procesales* comprende la totalidad de las condiciones de las cuales depende que en un proceso pueda obtenerse una sentencia sobre el fondo respecto de un determinado objeto del proceso[161].

---

[159] CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor: *Derecho procesal civil*, Colex, Madrid, 1996, pp. 183-184.

[160] BAUMANN: *Derecho procesal penal*, cit., p. 264.

[161] SCHMIDT: *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*, cit., p. 80.

Para poder establecer los presupuestos procesales, resume Luis DEL VALLE RANDICH[162], debe atenderse: 1. A las relaciones de Derecho Procesal, sin tener en cuenta las relaciones sustantivas u objetivas del proceso. Al hecho del presupuesto le interesa poco la existencia o no del delito, eso es materia de la investigación en el proceso. 2. No debe atenderse a los requisitos que puedan hacer válido un acto individual o en el caso concreto, aunque la no existencia del llamado presupuesto procesal invalide el proceso. 3. Sólo debe atenderse a los elementos esenciales, sin los cuales no es posible obtener una sentencia válida, es decir, los elementos necesarios para la relación de forma del proceso.

Los presupuestos procesales, en cuanto circunstancias de las que depende la admisibilidad del proceso penal y posibilitan una resolución de mérito, pueden ser tomados en consideración tanto respecto del órgano jurisdiccional, del imputado y de la causa. Siguiendo a GÓMEZ COLOMER[163] anotamos los siguientes:

En cuanto al *órgano jurisdiccional*, se identifican cuatro: 1. Atribución de la jurisdicción peruana, que importa determinar si la ley penal y procesal penal peruana son aplicables a un caso concreto donde existe un factor internacional de por medio. 2. Cumplimiento de condiciones limitadas en caso de extradición, tales como la no imposición de pena de muerte, no juzgamiento por delitos que no fueron objeto de la extradición y otros. 3. Admisibilidad de la vía jurídico-penal, que está vinculada a la competencia funcional de los órganos jurisdiccionales según su estructura orgánica. 4. Competencia material y territorial de los órganos jurisdiccionales.

Respecto al *imputado*, se establecen cinco: 1. Capacidad para ser parte. 2. Ser mayor de 18 años, por ser el límite de la capacidad penal prevista en el art. 20°.2 del Código Penal. 3. Presencia del imputado para la realización del juicio oral, impuesta por los arts. 210° del Código de 1940 y 275° del Código de 1991, cuya base constitucional es el art. 139°.12 de la Ley Fundamental. 4. Autorización del Congreso en los supuestos de antejuicio y desafuero, conforme a los arts. 93° *in fine*, 99° y 100° de la Constitución; y, resolución del órgano de gobierno del Ministerio Público que decida el ejercicio de la acción penal por la comisión de delitos funcionales de Magistrados y Fiscales de nivel inferior a Supremos (art. 66° LOMP). 5. Comisión de un "delito provocado" por actuación ilegal de las Fuerzas del Orden.

---

(162) VALLE RANDICH, Luis del: *Derecho procesal penal. Parte general*, Imprenta Editora Pérez Pacussich, Lima, s/f, Volumen segundo, p. 48.

(163) GÓMEZ COLOMER: *El proceso penal alemán*, cit., pp. 86-88.

En lo atinente a la *causa*, se reconocen cinco: 1. Cosa juzgada. 2. Prescripción de la acción penal y de la pena. 3. Amnistía y derecho de gracia. 4. Formulación, conforme a las disposiciones legales, de la acusación escrita y emisión del auto de enjuiciamiento. 5. Autorización para proceder en delitos semipúblicos.

El tratamiento procesal de los presupuestos procesales es que se aprecian de oficio, lo que no obsta, desde luego, a que sea solicitado por el imputado y, en su caso, también por el Fiscal. Esto es así, explica BAUMANN, por la relación del proceso penal con el principio de oficialidad y también con el hecho de que no existe una disposición de las partes como en el Derecho Procesal Civil[164]. La concepción pública del proceso obliga a una conclusión semejante. Su apreciación, por lo demás, precede al examen de los presupuestos de la punibilidad[165].

En nuestro sistema procesal, si bien las excepciones son el medio más utilizado para denunciar el incumplimiento de un presupuesto procesal, también se recurre a la cuestión previa, al incidente de corte de secuela del juicio por minoridad, a las cuestiones de competencia y a los artículos de nulidad de actuados.

II. REGULACIÓN DE LAS EXCEPCIONES PENALES

Las disposiciones de las leyes rituarias penales nacionales no necesariamente encajan en un concepto estricto de *excepciones procesales*. Éstas –expresa MONTERO AROCA– consisten en la alegación de falta de presupuestos y/o requisitos procesales, que importan la denuncia de una defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal y tienden a conseguir una resolución en la que no se entre en el fondo del asunto[166]. La Corte Suprema ha expuesto que las excepciones atacan el ejercicio de la potestad represiva del Estado, impugnando la existencia misma de la relación procesal[167].

---

[164] BAUMANN: *Derecho procesal penal*, cit., p. 257.

[165] SCHMIDT: *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal*, cit., p. 120.

[166] MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho Jurisdiccional*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1991, T. II *(Proceso civil, 1°)*, p. 179.

[167] Ejecutoria Suprema de 10 de noviembre de 1997, Exp. N° 1611-97-C (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 158).

Cuando el imputado deduce una excepción procesal, realiza sin duda un acto de defensa al amparo de una norma procesal, en cuya virtud denuncia la ausencia de algún presupuesto procesal. Con este medio de defensa técnico persigue impedir que el órgano judicial resuelva el conflicto mediante una resolución de fondo, que de prosperar, señala Javier VECINA CIFUENTES, lo absolvería de la instancia, dejando el objeto litigioso imprejuzgado, de modo tal que el actor –a menudo el Fiscal– podrá, una vez subsanado el defecto procesal, si es que resulta subsanable, incoar un segundo proceso a fin de conseguir una resolución judicial que ponga fin al conflicto(168).

Mediante este remedio procesal, anota DEL VALLE RANDICH, se evitan procesos innecesarios por falta de objeto o de finalidad, pues de nada serviría la tramitación de un proceso largo y moroso para terminar sabiendo que no es posible imponer sanción al procesado, ya sea porque ha sido juzgado por el mismo hecho, o porque existe ley de amnistía o porque el acusador no tiene derecho para hacerlo, etc.(169).

Desde la perspectiva inicialmente trazada podemos identificar como auténticas excepciones procesales penales, las siguientes: 1. Excepción de naturaleza de juicio, que según MONTERO AROCA es de carácter procedimental y referida a la inadecuación del procedimiento. 2. Excepción de cosa juzgada, referida al objeto procesal. 3. Excepción de amnistía, referida a la causa. 4. Excepción de prescripción, referida igualmente a la causa.

Estas excepciones no se pronuncian sobre el fondo del asunto, es decir, si el hecho objeto del proceso penal es penalmente antijurídico y si su autor merece una pena o medida de seguridad. De ellas, solo la primera, la excepción de naturaleza de juicio, permite –una vez subsanado el defecto de procedimiento– la prosecución de la causa en los términos previstos por la ley procesal. Las demás excepciones detectan defectos insubsanables, por lo que el proceso no puede continuar o volver a incoarse.

En todos estos supuestos, el Juez no decide si el hecho y la prueba acopiada en autos permite establecer que la conducta atribuida al imputado es o no penalmente antijurídica, si se ha cometido o no en condiciones de normalidad motivacional y si es del caso sobreseer la causa, así como estimar o desestimar los cargos y, por tanto, condenarlo o absolverlo. En la excep-

---

(168) VECINA CIFUENTES, Javier: "Las causas de oposición en el juicio ejecutivo ordinario", en: *Aranzadi Civil*, N° 13, noviembre, Madrid, 1995, p. 18.

(169) VALLE RANDICH: *Derecho procesal penal. Cuestiones prejudiciales, cuestiones previas y excepciones*, cit., p. 134.

ción, es de insistir, "(...) se invocan (...) razones estrictamente procesales, que nada tienen que ver con el objeto fundamental del proceso"[170].

Por otro lado, la Ley rituaria penal también reconoce la denominada "*excepción de naturaleza de acción o de improcedencia de acción*". Esta excepción procede cuando el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente. Sin duda alguna, determinar si el hecho penal, el objeto del proceso, tiene entidad o relevancia jurídico-penal, más allá de sostener que solo se debe analizar el contenido de la denuncia formalizada del Fiscal o el escrito de denuncia del querellante en los casos de delito privado, sin atender a los requisitos de prueba que pueden afirmarlos o negarlos en su caso (si se probó que, en efecto, se mató a una persona, por ejemplo), no es un problema de falta de un presupuesto procesal o de un requisito procesal, ni se refiere a la válida constitución de la relación jurídico-procesal; luego, no es una excepción procesal.

Es posible discutir, desde otra perspectiva, si la excepción de naturaleza de acción es una *excepción material*, aunque por la naturaleza del proceso penal resulta descartable de plano la existencia de tal excepción. La excepción material, como se sabe, se refiere al fondo del asunto. Con su interposición, se aspira a que los cargos sean desestimados desde el inicio del proceso, aunque se mantiene dentro de la misma relación deducida por el actor y no suscita un objeto procesal nuevo. Empero, lo que diferencia una defensa de fondo de una excepción material, como aclara MONTERO AROCA, es que por ella se pide la desestimación de los cargos, alegando hechos distintos. Las verdaderas excepciones materiales son hechos nuevos (impeditivos, extintivos o excluyentes), distintos a los alegados por el actor, y supuestos fácticos de normas también diferentes[171].

En el presente caso, el imputado no alega hechos nuevos, distintos de los que son objeto de imputación; se limita a sostener –por una u otra circunstancia jurídica– que el hecho objeto del proceso no es penalmente relevante. Como el imputado opone una diferente calificación jurídica de los hechos al margen del Derecho Penal, una perspectiva hermenéutica favorable a la no persecución penal del hecho determinante de la promoción de la acción penal, tal oposición, meramente jurídica y no fáctica, constituye en rigor una mera defensa de fondo.

A mayor abundamiento, es de entender que si se ampara la excepción de naturaleza de acción o de improcedencia de acción la resolución corres-

---

[170] BRAMONT ARIAS, Luis A.: "Significado de la excepción de naturaleza de acción en el proceso penal", en: *El Magistrado*, Año II, N° 1, Lima, 1982, p. 19.

[171] MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. II *(Proceso civil, 1°)*, p. 185.

pondiente genera los efectos de cosa juzgada material. El Juez ha decidido sobre el fondo del asunto y ya no será posible subsanar defecto alguno y proseguir o intentar un nuevo proceso penal.

Por tanto, no podemos sino calificar la indicada excepción como una defensa calificada de fondo constitutiva de una causal privilegiada de sobreseimiento anticipado de la causa. Dentro de una concepción objetiva de las causales de sobreseimiento, sobre la base del elemento *imputación*, es posible afirmar que procederá esta causal, señala DEL VALLE RANDICH, cuando el hecho investigado no se encuentra expresamente señalado como acción delictuosa en el catálogo descriptivo de figuras establecidas por la ley penal: el hecho –se ha producido o no–, pero en todo caso no se encuentra catalogado como acción delictuosa[172].

III. LA EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE JUICIO

Según la ley rituaria, esta excepción procede cuando se da a la causa una sustanciación distinta a la prevista en la ley. Se trata, sin duda, de un remedio procesal que no entra al fondo del asunto, solo al procedimiento a seguir. Tiene lugar cuando al delito o delitos objeto del proceso penal se les asigna un procedimiento distinto del que por ley corresponde.

Se trata, en consecuencia, de un concepto exclusivamente procesal, que no pone en tela de juicio la naturaleza de la imputación penal (si el hecho denunciado es o no constitutivo de infracción penal), la calificación jurídico-penal que ha merecido el hecho denunciado (si se está ante un hurto o un robo) o la existencia de requisitos de procedibilidad o perseguibilidad (si el delito es público, semipúblico o privado).

La existencia de esta excepción presupone que la ley procesal prevé más de un procedimiento. En nuestro sistema tenemos tanto procedimientos ordinarios y especiales, como especialidades procedimentales construidas sobre la base del procedimiento ordinario. Esta situación puede determinar, en casos concretos, errores del juez al asignar a un delito o delitos el procedimiento que corresponde seguir, de suerte que es del caso contar con un remedio procesal cuando esa situación se produce.

Si la excepción es amparada, tiene como efecto regularizar el procedimiento, esto es, asignar a la causa la vía procesal penal que corresponda.

---

(172) VALLE RANDICH: *Derecho procesal penal. Cuestiones prejudiciales, cuestiones previas y excepciones*, cit., p. 121.

Además, como apunta ORÉ GUARDIA, los actos procesales efectuados con anterioridad a la regularización conservan validez en cuanto sean compatibles con el trámite correspondiente[173].

IV. LA EXCEPCIÓN DE AMNISTÍA

La amnistía es considerada por el Código Penal como una causal de extinción de la acción penal (art. 78°.1). Dicha norma, a su vez, estatuye que la amnistía elimina legalmente el hecho punible a que se refiere e implica el perpetuo silencio respecto a él (art. 89°). La amnistía se declara mediante una ley y constituye una atribución exclusiva del Congreso, a tenor de lo dispuesto en el art. 102°.6 de la Ley Fundamental, la cual por expresa disposición del numeral 139°.2, segundo párrafo, de la Constitución importa una excepción al principio de no interferencia en la función jurisdiccional, desde que su aplicación exige –según el caso– dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, cortar procedimientos en trámite o modificar sentencias.

La amnistía es un acto de la soberanía estatal, que da lugar a un impedimento del castigo del autor[174]. En rigor, lo que hace una ley de amnistía es suspender, con efectos temporales y retroactivos, la eficacia de las leyes penales en casos excepcionales; despliega su carácter abolitivo tanto sobre el delito como sobre la condena. Por lo general, de ahí su diferencia con el indulto –que es un atributo presidencial–, la amnistía tiene carácter de generalidad y de impersonalidad (es objetiva) –puede abarcar determinadas categorías de hecho o autores– y no opera sobre lo futuro, es una *abolitio im praeteritum* (abolición del pretérito). Esto último es el motivo que en un sector de la doctrina se sostenga que la ley que declara la amnistía es una norma de naturaleza anómala[175].

La amnistía, acota Sebastián SOLER, está fundada en razones de interés común o de naturaleza política, y se refiere generalmente, a los hechos de esa clase; aunque nada impide constitucionalmente la amnistía de hechos de otra naturaleza[176]. Un límite a las disposiciones de amnistía, así como

---

(173) ORÉ GUARDIA, Arsenio: *Manual de Derecho procesal penal*, Alternativas, Lima, 1996, p. 217.

(174) MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl; ZIPF, Heinz: *Derecho penal. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1995, T. II, p. 964.

(175) MAGGIORE, Giuseppe: *Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1972, T. II, p. 361.

(176) SOLER, Sebastián: *Derecho penal argentino*, Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires, 1983, T. II, p. 449.

a las de prescripción y a las normas de exención de responsabilidad penal, ha decidido la CIDH, por vulnerar el derecho de acceso a la jurisdicción prevista en el art. 8°.1 de a CADH; son las denominadas "autoamnistías" por delitos que importan grave violación a los Derechos Humanos, que son conductas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (SCIDH, Asunto Barrios Altos, de 14 de marzo de 2001, párrs. 41-44 y 51-54).

En cuanto a su naturaleza jurídica es preferible optar por una consideración exclusivamente procesal. MAURACH señala que se trata de un impedimento a la persecución o (luego de la cosa juzgada) a la ejecución[177].

La amnistía extingue los efectos de Derecho Penal: suprime los antecedentes penales y todos los efectos penales del recuerdo del delito[178], pero no los efectos civiles, disciplinarios ni, en general, las sanciones administrativas que eventualmente se deriven del hecho. Además, como apunta MAGGIORE, no es renunciable (dadas las razones públicas y generales en que se funda), aunque el imputado tiene derecho a ser absuelto con plena fórmula liberatoria, cuando resulta en la causa que no ha cometido el hecho o cuando este no está previsto en la ley como delito, siendo preciso que haya pruebas evidentes de su inculpabilidad, apreciables por el juez de la causa[179].

Resulta esencial tener muy en claro que la amnistía no afecta o extingue los efectos extrapenales de los hechos que lo originaron. Al respecto resulta ilustrativo la lúcida opinión fiscal de Juan José CALLE, en un dictamen de fecha 22 de noviembre de 1919[180]. Decía el ilustre Fiscal Supremo: *"Si el legislador, en opinión de los jurisconsultos, tiene poder para cancelar el carácter delictuoso de las acciones que regula, no lo tiene para despojar a las mismas de su carácter de actos perjudiciales; porque este carácter no depende de la ley; ni puede tampoco extinguir las obligaciones que nacen de tales actos, por cuanto debe respetar los derechos de terceras personas. Estos derechos deben, pues, considerarse como reservados aun en el caso de que la ley de amnistía no dijese nada con relación a ellos. La amnistía deja, por tanto, subsistentes las acciones en reparación de daños y perjuicios y la responsabilidad que haya sido declarada, en el caso de que haya recaído sentencia al tiempo de concederse la amnistía"*. El Tribunal Constitucional estableció en materia de Amnistía, de un lado, que su ejercicio por los poderes públicos no puede afectar a las

---

(177) MAURACH *et al.*: *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 964.

(178) MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal. Parte general*, PPU, Barcelona, 1996, p. 771.

(179) MAGGIORE: *Derecho penal*, cit., T. II, pp. 362-363.

(180) Ejecutoria Suprema de 4 de mayo de 1920 (*Anales Judiciales*, T. XVI, Lima, 1920, p. 43).

víctimas de los delitos amnistiados, quienes tienen su derecho indemne a los efectos de la Ley de Amnistía respectiva; y, de otro lado, que si en el proceso penal no se pudo obtener la reparación civil, está expedito su derecho para hacerlo valer ante las autoridades competentes (STC, Exp. N° 013-96-I/IC, Asunto inconstitucionalidad de Leyes N° 26479 y 26492, de 28 de abril de 1997, párr. 12)[181].

V. LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA

La cosa juzgada es considerada en el Código Penal como una causa de extinción de la acción penal (art. 78°.2). A su vez, el art. 90° de dicho Código prohíbe que se pueda perseguir a una persona por segunda vez "(...) *en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente*". Sobre el particular el art. 5° del Código de 1940, modificado por el Decreto Legislativo N° 126, señala que existe cosa juzgada cuando el hecho denunciado ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera, en el proceso penal seguido contra la misma persona. El art. 8°.3 del Código de 1991 incorpora un requisito al primer proceso: que se haya seguido con las garantías del debido proceso.

En principio, como acota Fernando GÓMEZ DE LIAÑO, la cosa juzgada es un efecto procesal de la sentencia firme, que por elementales razones de seguridad jurídica, impide que lo que en ella se ha resuelto sea atacado dentro del mismo proceso (cosa juzgada formal) o en otro diferente (cosa juzgada material). En este último aspecto, el efecto de la cosa juzgada material se manifiesta fuera del proceso penal, y hacia el futuro, impidiendo la existencia de un ulterior enjuiciamiento sobre los mismos hechos[182].

Para que se produzca cosa juzgada se requieren dos identidades: *unidad de imputado y unidad de hecho punible*. Así lo ha establecido el Supremo Tribunal al señalar: "Para que proceda la excepción de cosa juzgada se requiere que el delito y la persona del inculpado sean idénticos a los que fueron materia de la instrucción anterior a la que se puso término en mérito de una resolución ejecutoriada"[183]. La identidad de la persona, ha precisado la Corte Suprema, se refiere sólo a la del procesado y no a la parte acusadora[184].

---

[181] En: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/6013-1996-I-html.

[182] GÓMEZ DE LIAÑO, Fernando: *El proceso penal*, Fórum, Oviedo, 1996, p. 241.

[183] Ejecutoria Suprema de 31 de agosto de 1970, Exp. N° 812-70, Lima (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, p. 61).

[184] Ejecutoria Suprema de 24 de abril de 1975, Exp. N° 4-75, Lima.

En el primer extremo –o *límite subjetivo* de la cosa juzgada– no existe duda alguna de que el sujeto pasivo de la sanción y del segundo proceso penal debe ser el mismo. La Corte Suprema tiene establecido que la identidad de la persona se refiere solo a la del procesado y no a la del denunciante, para que proceda la excepción de cosa juzgada(185).

En el segundo extremo –o *límite objetivo* de la cosa juzgada–, los hechos objeto del proceso penal anterior deben ser los mismos que son base del nuevo proceso penal, con independencia de la calificación jurídica que han merecido en ambas causas. La Corte Suprema tiene declarado que si los hechos son los mismos y han culminado con una sentencia ejecutoriada, aun cuando sea del Fuero Militar y el *nomen juris* sea distinto, es procedente la excepción de cosa juzgada(186); inclusive si la calificación en el primer proceso fue de una simple falta(187) o se trató de una tipificación errónea(188). El *ne bis in idem*, expresa CORTÉS DOMÍNGUEZ, como exigencia de la libertad del individuo lo que impide es que unos mismos hechos sean enjuiciados repetidamente, siendo indiferente que éstos puedan ser contemplados desde distintos ángulos penales, formal y técnicamente distintos(189).

Para la identificación del hecho, en consecuencia, han de tomarse en cuenta los criterios jurídicos de "objeto normativo", "identidad o diversidad del bien jurídico lesionado", etc. Por consiguiente, como afirma DE LA OLIVA SANTOS, hay cosa juzgada cuando en el segundo proceso aparecen unos hechos que fueron juzgados en el primero, aunque se presenten con el aspecto de un delito distinto, si el "objeto normativo" es el mismo: lesiones, en vez de homicidio; y, también, si el cambio de un proceso a otro, se refiere a la forma de la autoría o consiste en variar de ésta a la complicidad o al encubrimiento: entra el juego el criterio del "bien jurídico lesionado" o el de la conexión(190).

Las resoluciones judiciales que ponen fin definitivamente al proceso penal, producen efectos de cosa juzgada material. No solo se trata de las sentencias, sino también de los autos de sobreseimiento, al ser considerados

---

(185) *Revista del Foro*, 1975, Lima, p. 234.

(186) Ejecutoria Suprema de 28 de diciembre de 1995, Exp. N° 3283-95, Lima (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 286-287).

(187) Ejecutoria Suprema de 12 de julio de 1960 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 310-311).

(188) Ejecutoria Suprema de 8 de enero de 1998, Exp. N° 385-97, Arequipa (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal [1996-1998]*, cit., T. II, pp. 168-170).

(189) En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 626.

(190) DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit., pp. 530-531.

como negación anticipada del derecho de penar del Estado[191]. Al respecto la Constitución, en el art. 139°.13, sanciona como un principio de la función jurisdiccional la prohibición de revivir procesos fenecidos *con resolución ejecutoriada*, enumerando como supuestos que producen efectos de cosa juzgada, la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción. Téngase en cuenta que, como precisa el último párrafo del art. 8° del Código de 1991, los autos que amparan las excepciones, salvo la de naturaleza de juicio, importan el sobreseimiento definitivo del proceso y, por consiguiente, lo decidido en ellos constituye cosa juzgada. El Supremo Tribunal exhibe una concepción amplia para estimar las resoluciones que generan efectos de cosa juzgada, considerando inclusive como tales las que cortan la secuela del juicio por minoridad penal del imputado[192].

La resolución que desestima la incoación del proceso penal por atipicidad de los hechos objeto de imputación, según la jurisprudencia nacional, no producen efectos de cosa juzgada[193]. GARCÍA RADA defiende esta postura sosteniendo que siempre existe la posibilidad de que, con nueva prueba, se presente nueva denuncia[194]. Tal tesitura, sin embargo, como se abordará en otro capítulo, no es de recibo por cuanto si la evaluación judicial no cuestiona la prueba del hecho –¡no puede hacerlo!–, sino el contenido de la imputación y se limita a realizar un simple juicio de subsunción normativa, la presentación de ulterior prueba del hecho no variará en nada el razonamiento judicial declarado en una resolución ejecutoriada: la prueba de un hecho atípico no lo convierte en delictivo.

El art. 79° del Código Penal contempla un caso especial de cosa juzgada. Estipula dicha norma lo siguiente: "*Se extingue la acción penal si de la sentencia ejecutoriada dictada en la jurisdicción civil, resulte que el hecho imputado como delito es lícito*". En otros términos, como apunta BRAMONT-ARIAS, la sentencia firme del juicio civil produce cosa juzgada en lo penal, tratándose del hecho declarado lícito en la referida sentencia civil[195].

Sobre este último supuesto, la Corte Suprema tiene establecido que: "Para que exista cosa juzgada es requisito indispensable que la sentencia

---

(191) Ejecutoria Suprema de 30 de marzo de 1993, Exp. N° 1522-92, La Libertad.

(192) Ejecutoria Suprema de 26 de mayo de 1992, Exp. N° 318-91, Huánuco (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 292-294).

(193) *Anales Judiciales*, 1943, Lima, p. 110.

(194) GARCÍA RADA, Domingo: *Manual de Derecho procesal penal*, EDDILI, Lima, 1984, p. 40.

(195) BRAMONT ARIAS, Luis A.: *Código penal comentado*, Editorial El Ferrocarril, Lima, 1966, p. 266.

ejecutoriada dictada en el proceso civil declare lícito el hecho que más tarde sirve de fundamento al proceso penal. No habiendo tal declaración, no se produce el hecho constitutivo de la excepción de cosa juzgada[196].

Por otro lado, la jurisprudencia aplica este artículo en los siguientes casos: a) cuando en un proceso penal por adulterio –ilícito penal ya derogado en el Código Penal vigente– se presentó la sentencia firme del juicio civil por divorcio por esa causal que declaró infundada la demanda[197]; b) cuando en un proceso por apropiación ilícita se acompaña el fallo del juicio civil que resolvió definitivamente en favor del imputado sobre la propiedad del bien a que se refiere la demanda[198]; c) cuando en el juicio civil por pago de una deuda de dinero se ordena por sentencia que el demandado pague la cantidad reclamada, no procede que el deudor demandado y vencido en ese juicio denuncie por estafa a su acreedor, porque la sentencia dictada en la jurisdicción civil impide la acción penal respecto del hecho declarado lícito en la vía civil[199]. En esos casos, la sentencia ejecutoriada dictada en la jurisdicción civil impide la acción penal respecto del hecho declarado lícito en esa sentencia entre las personas que fueron parte en el juicio o derivan de estas su derecho[200].

Recientemente el Supremo Tribunal ha resuelto que si el proceso civil es ejecutivo, "en el que solo se valora si el título presentado para su ejecución cumple con los requisitos para tal efecto, a diferencia del proceso de conocimiento en el que sí se determina el derecho de una persona o la licitud del hecho", no tiene entidad para invocarse la cosa juzgada"[201]. No es de compartir, sin embargo, esta decisión, porque el proceso ejecutivo importa un análisis de los efectos cambiarios y ejecutivos del título valor, más aún cuando el ejecutado interpone oposición y cuestiona el mérito del documento cartular; por consiguiente, si el juez desestima la oposición y, en cualquier caso, lleva adelante la ejecución, no es posible restar su valor de cosa juzgada para efectos penales.

---

(196) *Anales Judiciales*, 1959, Lima, p. 155.

(197) *Anales Judiciales*, 1933, Lima, p. 63.

(198) *Revista de los Tribunales*, 1944, Lima, p. 103.

(199) *Revista de los Tribunales*, 1943, Lima, p. 371.

(200) Ejecutoria de 26 de setiembre de 1990, Exp. N° 843-88, Lima (RETAMOZO-PONCE: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, cit., pp. 400-402).

(201) Ejecutoria Suprema de 26 de setiembre de 1995, Exp. N° 2235-94-B, Lima.

VI. LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

La prescripción, igualmente, constituye un supuesto de extinción de la acción penal, tal como lo prevé el art. 78°.1 del Código Penal. Dicho Código también reconoce la prescripción de la ejecución de la pena (art. 85°.1). Por la primera prescripción, de la persecución penal, se prohíbe el inicio de un procedimiento penal; mientras que por la segunda, de la ejecución penal, se excluye la ejecución de una sanción penal, si ha transcurrido determinado plazo.

DEL VALLE RANDICH, siguiendo a Máximo CASTRO, define la prescripción como un medio de liberarse de las consecuencias penales y civiles de una infracción penal o una condena penal por efecto del tiempo y en las condiciones exigidas por la ley[202]. Para que opere esta excepción, el factor predominante es el transcurso del tiempo[203].

Respecto a los plazos de prescripción, en el primer supuesto, se produce en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad, y de tres años para los delitos que merezcan otras penas (art. 80°). El alto Tribunal, correctamente, ha establecido que en este supuesto, el plazo se computa desde que se produce el hecho delictuoso, y no desde que se formula la denuncia[204]. La Ley N° 26360 estableció que para los delitos conminados con cadena perpetua, la acción penal se extingue a los 30 años. En el segundo supuesto, el plazo es el mismo que alude o fija la ley para la prescripción de la acción penal (art. 86°).

Es de tener presente, como resalta el Supremo Tribunal, que transcurridos estos plazos, la prescripción produce "*ipso jure*" su efecto liberatorio, opera de pleno derecho y obliga a ser declarado aun de oficio[205].

El Código Penal fija las pautas en que opera la prescripción. No solo establece los plazos, sino también los supuestos de reducción a la mitad de los mismos, que se da en los casos de autores o partícipes menores de 21 años o mayores de 65 años al tiempo de la comisión del delito (art. 81°). Igualmente

---

(202) VALLE RANDICH: *Derecho procesal penal. Cuestiones prejudiciales, cuestiones previas y excepciones*, cit., p. 214.

(203) Ejecutoria Suprema de 23 de junio de 1993, Exp. N° 3348-92, Huánuco (*Normas Legales*, T. 232, setiembre, Trujillo, 1995, pp. J22-J23).

(204) Ejecutoria Suprema de 15 de marzo de 1994, Exp. N° 1037-92-B, Lima (*Normas Legales*, T. 244, setiembre, Trujillo, 1996, p. J16).

(205) Ejecutoria Suprema de 31 de mayo de 1994, Exp. N° 903-93, Lima (*Normas Legales*, T. 233, octubre, Trujillo, 1995, pp. J49-J51).

determina la manera de computar los plazos en función a si se está ante un delito de imperfecta ejecución, instantáneo, continuado o permanente (art. 82°), así como prevé los supuestos de interrupción, incorporando la denominada "prescripción extraordinaria" (art. 83°), y de suspensión (art. 84°). Similares reglas existen para los supuestos de prescripción de la ejecución de la pena (arts. 85°-87°). Finalmente, la prescripción, tanto de la acción como de la pena, corre, se suspende o se interrumpe para cada uno de los partícipes del hecho punible. Para estos efectos, no se toma en cuenta el status procesal del imputado, quien puede alcanzar sus efectos liberatorios así se encuentre en la condición de ausente[206].

La prescripción tiene diversos fundamentos, todos ellos de política legislativa. Al respecto, anota SOLER, son los siguientes: el simple transcurso del tiempo, la desaparición de los rastros y efectos del delito, la presunción de buena conducta, el olvido social del hecho, etc. En nuestro Derecho, vemos funcionar como base del sistema, según el art. 83°, un doble motivo: el transcurso del tiempo y la conducta observada por el sujeto, pues de cometer un nuevo delito doloso interrumpirá (pérdida de todo el tiempo ganado por el autor o partícipe del delito) el plazo de prescripción, al igual que los actos procesales vinculados al delito[207].

Pese a esta doble justificación, radicada en razones tanto de Derecho material como procesal –falta de necesidad de pena y peligro de decisiones erradas como consecuencia de las dificultades probatorias–, desde la perspectiva de su naturaleza jurídica es del caso considerar que la prescripción está concebida como un *impedimento procesal*. MAURACH acota que "(...) tanto a la concepción material –*causa de anulación de la pena al borrarse la necesidad del castigo*– como la mixta –*causa personal de anulación de la pena, que, sin embargo, está considerada como un obstáculo procesal*– se opone que un hecho punible no pasa a ser tal por el hecho del inicio de una persecución concreta, sino por encontrarse conminado con pena de manera fundamental y general. Empero, un delito no pierde esta característica por el solo hecho del transcurso del tiempo, del mismo modo que un acto de gracia a su respecto tampoco lo despoja de su ilicitud. Por ello, es correcta la concepción de la praxis, según la cual la prescripción de la persecución penal conduce al archivo del procedimiento, en tanto ante la prescripción de la ejecución penal deduce la prohibición de su ejecución"[208].

---

(206) Ejecutoria Suprema de 23 de marzo de 1994, Exp. N° 21-93-B, Lima (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 295-296).

(207) SOLER: *Derecho penal argentino*, cit., T. II, p. 451.

(208) MAURACH *et al.*: *Derecho penal. Parte general*, cit., T. II, p. 969.

La importancia práctica de adscribirse a una u otra posición tiene su razón de ser en el hecho de la admisión de la retroactividad[209]. Un sector manifiesta que si se considera la prescripción como una institución material, al concebirse como una cuestión perteneciente a los presupuestos de la penalidad (teorías material y mixta), no es posible aplicar retroactivamente una ley más perjudicial, lo que si se podría hacer si se asume la concepción procesal. Tal posición, empero, no es correcta, porque aun cuando se considere a la prescripción un impedimento procesal, vinculado a la persecución o al derecho de ejecución penal, en tanto la nueva ley más perjudicial altera el sentido político criminal del proceso al modificar las condiciones del derecho de penar del Estado y afectar, por ende, el status del imputado y las bases del debido proceso, no se puede aplicar retroactivamente. Rige, en estos, casos el brocardo *tempus comissi delicti* y no el *tempus regis actum*.

VII. LA EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE ACCIÓN

1. INCORPORACIÓN AL ORDENAMIENTO PROCESAL PENAL

El art. 5° del Código de 1940, modificado por el Decreto Legislativo N° 126, incorporó esta excepción, que la jurisprudencia había venido configurando como un supuesto adicional de procedencia de la excepción de naturaleza de juicio. En efecto, una Ejecutoria Suprema de 1940 expresamente consagró esa extensión[210], tesitura que fue avalada por la propia Exposición de Motivos del Código de 1940 que precisó que la excepción de naturaleza de juicio era el remedio procesal para resolver si el hecho denunciado constituía o no delito[211] y ratificada por la Ejecutoria Suprema de 29 de setiembre de 1981[212].

La Corte Suprema, pese a los reparos de un sector de la doctrina que afirmaba que se rebasaba el texto y sentido de la excepción de naturaleza de juicio, fijó definitivamente la doctrina jurisprudencial de que dicha excepción puede ser deducida no solamente por la equivocada tramitación procesal

---

[209] MIR PUIG: *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 771.

[210] *Revista de los Tribunales*, 1940, Lima, p. 238.

[211] VALLE RANDICH: *Derecho procesal penal. Cuestiones prejudiciales, cuestiones previas y excepciones*, cit., p. 166.

[212] Exp. N° 1046-91, Arequipa (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. II, pp. 365-368).

de la denuncia, sino también por considerar que los hechos imputados no tienen carácter penal[213].

La Ejecutoria Suprema de 14 setiembre de 1981[214] reiteró que la excepción de naturaleza de juicio no solo era procedente cuando se daba a la denuncia una sustanciación distinta a la que legalmente le correspondía, sino, además, "cuando el hecho denunciado no constituía delito o no era penalmente justiciable (...)". En iguales términos, se pronunció la Ejecutoria Suprema de 29 de setiembre de 1991[215].

2. ALCANCES DE LA EXCEPCIÓN

El Decreto Legislativo N° 126 estableció los dos alcances de la excepción de naturaleza de acción, que el Código de 1991 denomina "improcedencia de acción". Esta excepción procede, en primer lugar, cuando el hecho denunciado no constituye delito; y, en segundo lugar, cuando el hecho denunciado no es justiciable penalmente. Esta excepción, en consecuencia, más allá de los reparos que nos merezca, se refiere a la materia del proceso y tiende a evitar que las causas se tramiten defectuosamente por habérseles asignado una naturaleza distinta de la que tienen o que les correspondan[216].

Como quiera que lo que se discute es la subsunción normativa, el contenido de cada supuesto variará según la opción dogmática utilizada por el operador jurídico. En todo caso, en la medida en que nos afiliamos a la teoría de los *elementos negativos del tipo*, consideramos que *el primer extremo* comprende todos aquellos supuestos que descartan la antijuricidad penal del hecho objeto de imputación, tal como ha sido detallado en la denuncia formalizada del Fiscal Provincial, aprobada o aceptada por el Juez Penal al dictar el auto de apertura de instrucción; mientras que, en *el segundo extremo*, se encuentran la ausencia de una condición objetiva de punibilidad y la presencia de una causa personal de exclusión de pena o excusa absolutoria, tal como lo señaláramos en un estudio anterior[217].

---

(213) Ejecutorias Supremas de 2 de marzo de 1977, Exp. N° 299-76, Arequipa (*Anales Judiciales*, T. LXIX, Lima, 1977, p. 356); de 26 de julio de 1977, Exp. N° 131-77, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXIX, Lima, 1977, p. 312).

(214) Exp. N° 2332-80, Arequipa (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. II, pp. 16-17).

(215) Exp. N° 1046-81, Arequipa.

(216) BRAMONT ARIAS: "Significado de la excepción de naturaleza de acción en el proceso penal", cit., p. 19.

(217) SAN MARTÍN CASTRO, César: "Las condiciones objetivas de punibilidad y su tratamiento procesal en el Perú", en: *Derecho*, N° 39, Lima, 1985, p. 366.

La jurisprudencia suprema, en especial la Ejecutoria de 6 de junio de 1994, precisó que cuando la ley dice "*el hecho denunciado no constituye delito*", nos encontramos frente a un hecho atípico, es decir, que la ley no lo ha previsto como delito; y, que cuando la ley señala "o no es justiciable penalmente", nos remite a un hecho que pudiendo estar claramente tipificado como delito, este no es justiciable penalmente en razón de existir una causa de justificación prevista por la propia ley que elimina la antijuricidad del hecho[218]. Posteriormente, el Tribunal Supremo en la Ejecutoria de 29 de setiembre de 1995, rectificó parcialmente este criterio y señaló que lo "*no justiciable penalmente*" comprende, conjuntamente con la presencia de una causa justificativa, tanto la concurrencia de una excusa absolutoria como la ausencia de una condición objetiva de punibilidad[219]. Es de recordar, sin embargo, que en fallos anteriores circunscribió el alcance de esta excepción al examen del elemento tipicidad[220].

El Alto Tribunal, en otras decisiones, aclaró que cuando la norma prescribe en su primer supuesto jurídico: "que el hecho denunciado no constituya delito", comprende dos extremos, esto es, que la conducta incriminada no esté prevista como delito en el ordenamiento jurídico-penal vigente o que el suceso no se adecue a la hipótesis típica de la disposición penal preexistente invocada en la denuncia penal[221].

En consecuencia, es de concluir, siguiendo a REYES ECHANDÍA, que la atipicidad –falta de adecuación directa o indirecta del hecho al tipo– puede ocurrir en dos hipótesis: 1) Cuando el hecho está descrito en la ley, pero la conducta adolece de algún elemento allí exigido; es esta la inadecuación típica propiamente tal; podríamos hablar en tal caso de una *atipicidad relativa* (*Mangel am Tatbestand*), la cual se plantea frente a cualquier elemento del tipo: sujetos –activo y pasivo–, conducta –elementos descriptivos, normativos o subjetivos– y objeto –jurídico o material–. Y, 2) cuando la conducta realizada no concuerda con ninguna de las legalmente descritas; no es esta una falta de adecuación a un tipo existente, sino la ausencia absoluta de tipo; nos parece que en esta hipótesis debería hablarse de una *atipicidad absolu-*

---

[218] Expediente N° 573-93. Huánuco (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 276-278).

[219] Expediente N° 3170-94-B. Lima (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 282-284).

[220] Ejecutoria Suprema de 20 de noviembre de 1989, Exp. N° 643-89, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1989, pp. 228-229).

[221] Ejecutorias Supremas de 5 de setiembre de 1996, Exp. N° 4900-95; y, de 12 de agosto de 1994, Exp. N° 1688-94, Lima (*Normas Legales*, T. 248, enero, Trujillo, 1997, pp. A33-A34).

ta[222]. Así se pronunció el Alto Tribunal en la Ejecutoria Suprema de 31 de octubre de 1995[223]. Básicamente en este concepto, funciona la idea de que la conducta objeto de imputación no es antinormativa.

Un caso típico de atipicidad relativa resuelta por la Corte Suprema, es "cuando en una obligación de naturaleza eminentemente civil, no se ha acreditado que en su concertación se haya producido acción fraudulenta del inculpado, capaz de inducir a error al agraviado"[224]: atipicidad relativa por ausencia de conducta relevante.

Sin embargo, a nuestro juicio y sobre esa línea extensiva que tiende a fortalecer el derecho de defensa del imputado, consideramos que los supuestos pueden ser más numerosos. En efecto, tienen que ver: a) con la voluntariedad de la conducta, que se extiende a todos los tipos penales: la conducta penalmente relevante solo puede ser una conducta voluntaria; b) si el delito es de resultado, con el juicio de imputación objetiva; c) si el delito es doloso, con la presencia de un error de tipo invencible –o vencible si es que no existe tipo culposo–; d) si el delito es culposo, con la ausencia de infracción de la norma de cuidado y la previsibilidad del resultado o el caso fortuito; e) si el delito es omisivo, con la ausencia de los requisitos que lo hacen exigible (situación típica, ausencia de una acción determinada y capacidad de realizar esa acción, a la que se agregan en los tipos de comisión por omisión la posición de garante, la producción de un resultado y la posibilidad de evitarlo); y, f) con los supuestos de atipicidad general, tal como precisa VILLAVICENCIO TERREROS, vinculados al cumplimiento de un deber de función o de profesión, al obrar por disposición de la ley, al acuerdo y a la insignificancia o conducta socialmente adecuada[225].

La Corte Suprema en una decisión, asumiendo una clara posición causalista, en desmedro de la posición asumida por la Corte Superior de Lima[226], consideró que el problema de la intención o dolo del agente no atañe a la

---

(222) REYES ECHANDÍA, Alfonso: *Tipicidad*, Temis, Bogotá, 1999, p. 264.

(223) Expediente N° 2943-93-B. Lima. También es de mencionar la Ejecutoria Suprema de 10 de diciembre de 1997, Exp. N° 797-97, Cusco (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal [1996-1998]*, cit., T. II, pp. 123-125), que amparó una excepción de naturaleza de acción en los casos en que el imputado, sindicado por la comisión de un tipo especial, no tenía la calidad exigida por la figura penal respectiva: atipicidad relativa por falta de sujeto activo.

(224) Ejecutoria Suprema de 8 de noviembre de 1994, Exp. N° 1026-74, Puno (*Anales Judiciales*, T. LXVI, Lima, 1974, p. 155).

(225) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Cultural Cuzco, Lima, 1990, pp. 157-161.

(226) Ejecutoria Superior de 30 de setiembre de 1997, Exp. N° 563-97.

tipicidad, sino a la culpabilidad, por lo que rechazó la excepción de naturaleza de acción sustentada en una atipicidad subjetiva[227], aunque es de tener en cuenta que el Acuerdo Plenario N° 6-97, de 14 de diciembre de 1997, de los Vocales Superiores de la República, que estableció que la ausencia de dolo o de otros elementos subjetivos distintos del dolo es una causa para amparar la excepción de naturaleza de acción.

Asimismo, como quiera que existe una relación inescindible entre tipicidad y antijuricidad, y en la medida en que las causas o tipos de justificación eliminan la prohibición penal del hecho o, mejor dicho "recorta el ámbito de lo prohibible", de suerte que eliminan la tipicidad[228], estas se encuentran incluidas en el primer supuesto, es decir, en la atipicidad del hecho denunciado. Se incluyen en este supuesto, que la jurisprudencia suprema las deriva a la no justiciabilidad penal del hecho, la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, la obediencia jerárquica, el consentimiento y el obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

Por otra parte, es de reservar a la *no justiciabilidad penal del hecho* aquellos supuestos vinculados con el elemento sistemático "punibilidad" o "penalidad", el cual –como apunta BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE– se caracteriza por limitar la intervención penal sobre la base de perseguir determinados objetivos de política criminal, vinculados a la necesidad de pena[229]. Las *condiciones objetivas de punibilidad* y las *excusas absolutorias* son causas de restricción de la pena, que entran en funcionamiento cuando ya se han constatado todos los elementos del delito y de la culpabilidad del autor, de ahí que resulta plenamente satisfactorio incluirlos, procesalmente, dentro del supuesto de no justiciabilidad penal, dado que inclusive los supuestos vinculados a la antijuricidad penal del hecho están abarcados en el primer supuesto.

3. LÍMITES DE LA EXCEPCIÓN

Si bien esta excepción tiene una amplitud cada vez más extendida, empero los límites de su procedencia deben encontrarse claramente expuestos. Un primer límite se ubica, necesariamente, en el ámbito de la *antijuricidad* y de la *penalidad*. Solo es posible que mediante esta excepción se cuestione la

---

(227) Ejecutoria Suprema de 23 de abril de 1998, Exp. N° 6500-97, Lima (*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 1, Lima, 2000, pp. 595-596).

(228) MIR PUIG: *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 414.

(229) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Praxis, Barcelona, 1996, p. 225.

antijuricidad penal del hecho o su justiciabilidad, que desde el Derecho material traslada el análisis a la categoría *antijuricidad* y a la discutida "categoría" *penalidad* o *punibilidad*, por lo que –en principio– no es posible cuestionar a través de este remedio procesal la presencia de la categoría *culpabilidad* o *imputación personal* y, por consiguiente, de sus elementos: capacidad penal, conocimiento del injusto y no exigibilidad de otra conducta.

El análisis de si el sujeto es responsable penalmente constituye un juicio propio del fondo del asunto, que no tiene que ver con la delictuosidad o punibilidad del hecho objeto del proceso penal y que, en todo caso, requiere de una actividad probatoria específica imposible de llevar a cabo en vía incidental. Nuestro ordenamiento procesal en un solo caso, vinculado al análisis de la categoría *culpabilidad*, permite que el proceso culmine anormalmente mediante un auto: se trata, por la evidente facilidad de la determinación de la edad del imputado, del supuesto de minoridad, en tanto se trata de un supuesto básico que integra el elemento *capacidad penal* y en cuya virtud se corta la secuela del procedimiento y se deriva lo actuado a la jurisdicción tutelar del niño y del adolescente (arts. 18° del Código de 1940 y 70° del Código de 1991). Por todo ello, es de censurar una decisión del Supremo Tribunal que extiende la procedencia de esta excepción, sin mayor fundamento, a la preferencia de todo elemento de la fase negativa del delito mencionando expresamente las causas de inculpabilidad[230].

ROSAS YATACO, coincidiendo con YON RUESTA, y en cierto modo con la aislada Ejecutoria Suprema que hemos citado, de 21 de mayo de 1999 –y que según nuestra información no ha sido reiterada por el Supremo Tribunal–, incluye determinados aspectos de la culpabilidad (causas de inimputabilidad, error de prohibición, error de prohibición culturalmente condicionado, causas de inculpabilidad)[231]. Tal tesis, empero, no es de recibo, en tanto se refiere al análisis del propio sujeto responsable no del *hecho* típicamente antijurídico; por lo demás, en el caso del menor de edad, la opción procesal es el corte de secuela y, en el caso del anormal psíquico, no es el archivo del proceso como tal, sino su reconducción, a lo que se denomina "proceso de seguridad", tendente a la imposición, de ser el caso, de una medida de seguridad, lo que por cierto no persigue una excepción. El error

---

(230) Ejecutoria Suprema de 21 de mayo de 1999, Exp. N° 1673-98, Junín (*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 3, Lima, 2002, pp. 545-547). Con anterioridad comprendió la culpabilidad, la Ejecutoria Superior de Lima de 12 de agosto de 1998, Exp. N° 1887-98-A (*Normas Legales*, T. 298, marzo, Trujillo, 2001, pp. A22-A23). Esa misma tesitura ha seguido la Corte Superior de La Libertad en la Ejecutoria de 10 de enero de 2003, Exp. N° 452-2002 (*Jurisprudencia penal*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2003, T. I, pp. 404-406).

(231) ROSAS YATACO: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., pp. 272-273.

de prohibición y las causas de inculpabilidad parten de aceptar el hecho en su relevancia penalmente antijurídica –lo que de por sí margina la viabilidad de una excepción procesal–, para afirmar la ausencia de un elemento vinculado al ámbito personal del sujeto, circunstancia que además requiere prueba específica y, por cierto, una decisión de mérito, distinta de lo típicamente antijurídico.

Por otra parte, solo procede esta excepción cuando la inexistencia del delito –y los demás supuestos ya abordados– surge con toda evidencia de los términos de la imputación (denuncia formalizada del Ministerio Público y auto de apertura de instrucción). La Corte Suprema ha establecido que la atipicidad (antinormatividad penal) y la no punibilidad deben surgir con toda evidencia: a) de los términos de la denuncia; b) de lo actuado; o c) cuando de los hechos denunciados aparece que no hay nada que pueda ventilarse en la vía penal(232). Anteriormente, el Alto Tribunal había estipulado que si la atipicidad surge de las conclusiones del Atestado Policial debe ampararse la excepción de naturaleza de acción(233). En una perspectiva más amplia, la Corte Suprema, en una ocasión, precisó que esta excepción procede cuando la inexistencia del delito surge con toda evidencia de los términos de la denuncia o de lo actuado, o cuando de los hechos denunciados aparece que no hay nada que pueda ventilarse en la vía penal(234), doctrina jurisprudencial que permite ampliar el análisis del objeto de la excepción de naturaleza de acción y abordar, en suma, la razonabilidad de los cargos, aunque –claro está– desde la perspectiva de la antinormatividad penal del hecho.

Si la excepción se plantea basándose en cuestiones relativas al descargo de responsabilidad, señala Manuel CATACORA GONZALES, debe declararse infundada puesto que el mayor o menor grado de responsabilidad debe verse en el proceso mismo(235); así lo tiene declarado la Corte Suprema en diversas decisiones(236). Por consiguiente, no es posible a través de este remedio pro-

---

(232) Ejecutoria Suprema de 29 de marzo de 1993, Exp. N° 3116-93, Junín (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 274-275).

(233) Ejecutoria Suprema de 8 de agosto de 1988, Exp. N° 463-88, Callao (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 273-274).

(234) Ejecutoria Suprema de 10 de setiembre de 1985, Exp. N° 2988-85, Arequipa (*Jurisprudencia penal*, Editora Normas Legales, Trujillo, 1996, p. 156).

(235) CATACORA GONZALES, Manuel: *Lecciones de Derecho procesal penal*, Cultural Cuzco, Lima, 1990, p. 169.

(236) Ejecutorias Supremas de 25 de setiembre de 1997, Exp. N° 4067-96, Arequipa (*Normas Legales*, T. 265, junio, Trujillo, 1998, pp. A14-A15); de 28 de diciembre de 1992, Exp. N° 752-92-A, Lima (*Normas Legales*, T. 220, setiembre, Trujillo, 1994, pp. J21-J22); de 5 de junio de 1991, Exp. N° 1007-90, La Libertad (RETAMOZO-PONCE: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, cit., pp. 280-281).

cesal, pese a la opinión en contrario de MIXÁN MASS[237], cuestionar la propia existencia del hecho objeto del proceso penal, es decir, que este no ocurrió en la realidad o que uno de los elementos que integran el supuesto fáctico no existe o resulte de imposible probanza; igualmente, no cabe formular la excepción sobre la base de ajenidad del imputado respecto a la comisión delictiva que se le imputa, es decir, que no cometió el delito[238]; tampoco cabe hacerlo alegando falta o insuficiencia de prueba[239].

Diferente es el caso –respecto de la ajenidad– en los supuestos de delitos de sujetos determinados, en que el sujeto activo del delito solo puede ser una determinada categoría de personas (prevaricato, peculado, libertad de trabajo, etc.). Aquí la excepción es perfectamente viable –y la jurisprudencia lo ha consagrado favorablemente–, pues el análisis es de mera tipicidad (recuérdese que uno de los elementos del tipo penal es el sujeto activo) y el juicio de la excepción se centrará en establecer a la luz de las exigencias típicas si el imputado tiene cualificación exigida por la ley, tal como lo ha sancionado el alto Tribunal en la Ejecutoria Suprema de 12 de agosto de 1994[240].

Igualmente, es perfectamente viable la procedencia de la excepción de naturaleza de acción en los casos de delitos cometidos tras personas jurídicas, cuando se imputa la comisión del delito a quien carece del dominio de la organización empresarial o administrativa. En estos casos, no se cuestiona el fondo del asunto: si el hecho se produjo o pudo producirse en la forma descrita en la imputación; sencillamente se sostiene, desde el ángulo de las exigencias del Derecho Penal y de las normas que regulan la estructura empresarial o del ente público, que el imputado no tenía el dominio de la organización y, por tanto, que no podía cometer el delito imputado.

VIII. PROCEDIMIENTO DE LAS EXCEPCIONES

1. TITULARIDAD

Las normas vigentes y el Código de 1991 configuran las excepciones como una forma de defensa técnica del imputado. En consecuencia, establecen que pueden ser deducidas en primer lugar por el imputado, en tanto parte

---

(237) MIXÁN MASS: *Derecho procesal penal*, cit., T. III, p. 50.

(238) Ejecutoria Suprema publicada en *El Peruano*, Lima, 5 de abril de 1943.

(239) Ejecutoria suprema de 2 de octubre de 1987, Exp. N° 980-87, Puno (*Anales Judiciales*, T. LXXV, Lima, 1987, pp. 156-157).

(240) Exp. N° 1688-94-Lima.

acusada, de lo que fluye que también puede hacerlo su abogado defensor. En este último extremo, el art. 80°.10 del Código de 1991 expresamente autoriza al defensor a proponer excepciones. El art. 290° del TUO de la LOPJ autoriza al abogado defensor, sin necesidad de la intervención de su cliente, presentar, suscribir y ofrecer todo tipo de escritos, con excepción de aquellos para los que se requiere poder especial con arreglo a ley. Sin duda alguna para deducir excepciones, la ley rituria no exige poder alguno; por consiguiente, a partir de dicha norma (noviembre de 1991) los abogados presentan escritos de excepción sin necesidad de firma de su patrocinado, al haber evolucionado su patrocinio de una simple asistencia jurídica del imputado a una representación técnica de sus derechos e intereses legítimos. De ahí que no es aceptable hoy en día una decisión de hace muchos años del alto Tribunal que señaló que el defensor no puede plantear excepciones, porque ello escapa a sus atribuciones(241).

Las excepciones, además, pueden ser deducidas de oficio y, obviamente, por el Ministerio Público, en cuanto *parte imparcial* que actúa en defensa de la legalidad. Esta posibilidad se explica en el hecho de que los presupuestos procesales, en cuanto condiciones necesarias para que se pueda emitir una resolución sobre el fondo del asunto, interesa a los órganos penales y, por tanto, son objeto de control de oficio.

2. Oportunidad

El art. 5° del Código de 1940, modificado por el Decreto Legislativo N° 126, estatuye que las excepciones pueden deducirse en cualquier estado del proceso. Ello significa, como ha precisado el Supremo Tribunal, que su admisión no puede ser condicionada a trámite alguno, siendo su único requisito la existencia de un proceso(242).

Anteriormente se sostuvo que la oportunidad para deducir una excepción es a partir de la declaración instructiva del imputado e incluso al finalizar dicha diligencia, pues en el procedimiento generado por juicio público de la acción penal, en el acto de la declaración instructiva conoce el imputado legal y formalmente en qué consiste la imputación(243). Sin embargo, este criterio es inaceptable toda vez que si la instructiva esencialmente constituye un acto de defensa material, resulta inadmisible que se acuda a dicha diligencia sin

---

(241) Ejecutoria Suprema (*Anales Judiciales*, 1940, Lima, p. 243).

(242) Ejecutoria Suprema de 16 de marzo de 1994, Exp. N° 945-93, Lima.

(243) Mixán Mass: *Derecho procesal penal*, cit., T. III, p. 25; *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1953, Lima, p. 642.

conocer los cargos. Una concepción tal lo que hace es vulnerar el derecho de defensa, uno de cuyos elementos esenciales consiste precisamente en la comunicación previa y detallada de la imputación formulada y, luego, en la concesión de un tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa (art. 8°.2.'b' y 'c' de la CADH). No se puede confundir la necesaria *intimación* como parte de la instructiva o indagatoria con el hecho de considerar un requisito de admisibilidad el que esta diligencia se produzca para poder interponer un medio de defensa técnico.

El Código de 1940 no fija límite al momento procesal para interponer una excepción. Solo lo hace el nuevo Código de 1991, que la delimita a la etapa de investigación y a la fase intermedia (arts. 9° y 263°). No obstante ello, si bien en el Código de 1940 no se fija un límite puntual a su deducción, lo cierto es que las excepciones deben plantearse antes que la causa se decida en primera instancia. Si se deducen declarada la procedencia del juicio oral, la Corte Suprema, en un primer momento, señaló que deben resolverse en el curso del juicio oral, de conformidad con el art. 271° del Código de 1940[244], aunque en un fallo posterior autorizó resolverlas antes de iniciarse el juicio oral[245]. Una limitación interesante, referida a la propia naturaleza de la excepción, está contenida en la ejecutoria de 7 de enero de 1991, la misma que se circunscribe de excepción de naturaleza de juicio y que establece que dictado el auto de enjuiciamiento solo corresponde decidir en la sentencia, luego del debate oral, si se ha probado o no el delito denunciado, así como la responsabilidad o inocencia del acusado[246].

Si las excepciones se plantean en el curso del juicio oral, deben hacerse en forma verbal, dado que son propiamente cuestiones incidentales y, por tanto, resulta de aplicación el art. 271° del Código, pero las conclusiones deben presentarse por escrito, en cuyo caso el Tribunal las resolverá inmediatamente o las aplazará para resolverlas en la sentencia[247]; la decisión se plasma en una resolución y no en forma verbal plasmada en el acta de la audiencia[248]. El objetivo de esta opción, enseña GARCÍA RADA, es evitar que

---

(244) Ejecutoria suprema de 12 de agosto de 1977, Exp. N° 873-77, Amazonas (*Anales Judiciales*, T. LXIX, Lima, 1977, p. 315).

(245) Ejecutoria suprema de 14 de enero de 1993, Exp. N° 1979-91-B, Huánuco (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., p. 270).

(246) Exp. N° 144-90, Apurímac (RETAMOZO-PONCE: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, cit., pp. 106-107).

(247) Ejecutoria suprema de 15 de octubre de 1993, Exp. N° 985-92-B, Lambayeque (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., p. 268).

(248) Ejecutoria suprema de 13 de noviembre de 1996, Exp. N° 5433-95-B, Lambayeque (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 156).

estas articulaciones impidan la realización del juicio oral[249]. Es de entender que, en este supuesto, se resuelven mediante un auto[250].

La Corte Suprema, en otra decisión, sin embargo, estableció que si la excepción se deduce ya iniciado el juicio oral, el Colegiado debe reservarla para pronunciarse sobre ella, concluida que fuera la audiencia, siendo nulo el auto que la ampara[251]. Esta posición, repetida en varias decisiones[252] es, a no dudarlo, totalmente incorrecta toda vez que importa –como expresamente lo hace la Ejecutoria Suprema de 29 de noviembre de 1996[253]– una lectura asistemática de los arts. 234° y 276° del Código de 1940 que disponen que iniciado el juicio este continuará durante las sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su conclusión, pues desconoce que el propio Código expresamente permite en el art. 271° que las cuestiones incidentales –¡y las excepciones lo son!– se resuelvan inmediatamente por resolución fundada o en la sentencia.

Finalmente, la Corte Suprema en una decisión de 21 de diciembre de 1992, relativa a la oportunidad para deducir una excepción, señaló que puede hacerse después de expedido el auto de apertura de instrucción, que es donde se da inicio al proceso penal, *e inclusive hasta en la Corte Suprema,* y puede ser resuelta de oficio[254]. Si bien es de aceptar la amplitud inicial de la oportunidad para deducir una excepción, en cambio, no creemos que esta pueda deducirse, con lo que ello implica respecto a su ulterior tramitación, durante la etapa recursal. Es de aceptar, en cambio, que se considere tal deducción como un mero argumento de defensa, siempre que haya sido objeto de la impugnación deducida, y que necesariamente deba ser apreciada por el Tribunal Revisor –Superior o Supremo– y resuelta en el fallo que absuelva el grado; sin embargo, no es permisible que la interposición de una excepción

---

(249) GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal,* cit., p. 44.

(250) Ejecutoria suprema de 14 de julio de 1975, Exp. N° 370-75, Ancash (*Anales Judiciales,* T. LXVIII, Lima, 1976, p. 456).

(251) Ejecutoria suprema de 14 de agosto de 1961 (*Revista Jurídica del Perú,* N° III, Lima, 1961, pp. 215-216).

(252) Ejecutorias supremas de 13 de diciembre de 1996, Exp. N° 4012-95, Tacna (GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo: *Jurisprudencia penal,* Idemsa, Lima, 1997, T. III, p. 133); de 24 de diciembre de 1996, Exp. N° 1393-95-B, La Libertad (GÓMEZ MENDOZA: *Jurisprudencia penal,* cit., T. III, p. 151); y, de 30 de diciembre de 1996, Exp. N° 3230-95-B, Lima (GÓMEZ MENDOZA: *Jurisprudencia penal,* cit., T. III, pp. 171-172).

(253) Exp. N° 2194-95-B, Ayacucho (GÓMEZ MENDOZA: *Jurisprudencia penal,* cit., T. III, pp. 182-183).

(254) Exp. N° 1641-92-A, Ayacucho (*Normas Legales,* T. 227, abril, Trujillo, 1995, pp. J46-J47).

en sede recursal obligue a un trámite incidental durante el propio procedimiento impugnatorio, desde que ello desnaturalizaría su tramitación al introducir un tema que no integra propiamente la pretensión impugnatoria.

En atención a este último punto, si la excepción se deduce en el curso del procedimiento recursal, el Supremo Tribunal ha sentado la doctrina jurisprudencial en el sentido que ello no obliga a un pronunciamiento aislado, lo que constituiría en sí mismo una irregularidad, sino simplemente a reservar el pronunciamiento sobre la excepción hasta la resolución que absuelva el grado[255].

3. TRÁMITE

En el caso del Código de 1940, la excepción se tramita como un incidente, en cuerda separada, sin interrumpir el curso del proceso principal[256]. Por consiguiente, interpuesta la excepción se ordenará formar el cuaderno incidental correspondiente y, en cumplimiento del principio de bilateralidad, se correrá traslado a las partes personadas. La apertura de la excepción a prueba, si ello corresponde, será de ocho días. A su término el Juez Penal, previa vista fiscal –impuesta por lo dispuesto en la concordancia de los arts. 91°.4 y 94°.5 de la LOMP–, dictará la resolución que corresponda, amparándola o denegándola. Se entiende que si el momento procesal es emitir sentencia, la deducción de una excepción no puede paralizar el trámite y, por tanto, considerándola un argumento de defensa, se resolverá con la sentencia (Acuerdo Plenario N° 6-97, de 14 de diciembre de 1997, de los Vocales Superiores de la República). La Corte Suprema, ratificando esa tesitura, puntualizó que estando pendiente de resolver la causa mediante sentencia, la interposición de una excepción no obliga un pronunciamiento aislado[257]. La Corte Superior de La Libertad, invocando el aludido Acuerdo Plenario, *contrario sensu*, estimó que si la excepción se dedujo y admitió con anterioridad a la acusación fiscal necesariamente debe sustanciarse en vía incidental y como tal tramitarse de acuerdo a su naturaleza y no esperarse el estudio de la sentencia para ser resuelta[258]. La Corte Suprema, igualmente,

---

(255) Ejecutoria Suprema de 5 de diciembre de 1995, Exp. N° 4620-95, Cusco (*Normas Legales*, T. 250, marzo, Trujillo, 1997, pp. A27-A28).

(256) Ejecutoria Suprema publicada en el *Boletín del Colegio de Abogados de Lima*, enero-abril, Lima, 1971, p. 211.

(257) Ejecutoria Suprema de 5 de diciembre de 1995, Exp. N° 4620-95, Cusco (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 155).

(258) Ejecutoria Superior de 18 de mayo de 2001, Exp. N° 99-243-160101JP101 (*Jurisprudencia Penal*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2003, T. I, pp. 402-403).

tiene establecido que no se debe poner fin a una instrucción sobreseyendo la causa, si se encuentran pendientes de resolución en la Corte Suprema tanto cuestiones prejudiciales cuanto excepciones[259]. También ha señalado que si una excepción se deduce en el curso de la instrucción y no fue tramitada como corresponde, en tanto está destruida a obtener el fenecimiento del proceso, debe ser materia de previo pronunciamiento a la sentencia, incurriéndose en nulidad de actuados si no se procede así[260]. En otra sentencia ha estipulado que deducida una excepción, aun cuando la resuelva conjuntamente con la sentencia, no puede dejar de pronunciarse expresamente declarándola fundada, infundada o improcedente[261].

Contra la resolución que se pronuncia sobre las excepciones, procede recurso de apelación en todos los casos. La Sala Penal Superior absolverá el grado, previa vista fiscal (art. 91°.4 de la LOMP). El art. 292°.3 del Código de 1940, modificado por el Decreto Legislativo N° 126, permite el recurso de nulidad contra el auto de vista que se pronuncia en apelación sobre las excepciones (se refiere a procesos ordinarios, pues los sumarios están excluidos en todos los casos de dicho recurso (art. 9° del Decreto Legislativo N° 124). No obstante ellos, consideramos que esta norma preconstitucional está derogada por lo dispuesto en el art. 141° de la Constitución, en la medida en que sólo permite al Supremo Tribunal el conocimiento en vía instancial cuando la acción se inicia en la Corte Superior, que no es el caso de los procedimientos ordinarios que se inician en el Juzgado Penal y, menos, de las resoluciones contra las que se ha cumplido el principio del doble grado de jurisdicción.

En el caso del Código de 1991, las excepciones corren, asimismo, en cuadernos separados y se resolverán necesariamente antes de la sentencia. Si se interponen con posterioridad a la investigación se considerarán argumento de defensa (art. 9°). Las excepciones se interponen, no ante el Fiscal investigador, sino ante el Juez Penal que previene (art. 10°), quien dispondrá que el Fiscal: a) forme el cuaderno respectivo; b) corra traslado a las partes; c) actúe las pruebas que correspondan en un término de cinco días hábiles; d) emita dictamen dentro de los tres días posteriores; y, e) le devuelva todo lo actuado para que resuelva. Una vez llegado el cuaderno al Juzgado, se pondrá a disposición de las partes y se le notificará el dictamen

---

[259] Ejecutoria Suprema de 4 de noviembre de 1948, Exp. N° 734-47, Cusco (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 80-81).

[260] Ejecutoria Suprema de 21 de diciembre de 1987, Exp. N° 1258-87, Lima (RETAMOZO-PONCE: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, cit., pp. 261-262).

[261] Ejecutoria Suprema de 24 de octubre de 1996, Exp. N° 2296-95-B, Huancavelica (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal [1996-1998]*, cit., T. II, pp. 119-120).

fiscal y petición que es objeto de resolución, para posteriormente emitir la resolución que corresponda (art. 314°). Contra dicha resolución procede recurso de apelación superior (art. 340°.2). El recurso de casación procederá siempre que el delito objeto de imputación tenga señalado en la ley una pena privativa de libertad mayor de cuatro años (art. 350°.1).

Un problema trascendente en las excepciones consiste en los márgenes de decisión del órgano jurisdiccional cuando considere que se ha interpuesto un remedio procesal equivocado. La pregunta que se ha formulado en estos casos es si el órgano jurisdiccional puede variarla de oficio y pronunciarse atendiendo a su verdadera naturaleza. El pronunciamiento del Tribunal Supremo, sin embargo, no ha sido uniforme, aunque inicialmente su respuesta fue negativa(262). Así tenemos que en una decisión de 16 de noviembre de 1976(263), por mayoría, resolvió que "(...) tratándose de medios de defensa no es posible sustituirlos de oficio, porque su concepción, oportunidad y ventajas que mediante su ejercicio se espera alcanzar pertenecen al contexto del derecho de defensa, cuya planificación integral está reservada a la parte (...)". Empero, en otra decisión, de 14 de enero de 1977(264), falló en sentido inverso, sosteniendo que "si del contenido del recurso de defensa se desprende con claridad su verdadero carácter, el error en la denominación no debe constreñir al Juzgador, quien en provecho de una mejor administración de justicia tiene el deber de pronunciarse atendiendo a la naturaleza del recurso (...)". Finalmente, en una decisión de 6 de marzo de 1981, volvió al anterior criterio, precisando que "(...) planteada una determinada excepción, no puede el Tribunal fallar por otra que no ha sido deducida. El Tribunal debe absolver el grado respecto de la excepción planteada y sobre la cual se han pronunciado antes que él las demás autoridades judiciales (...)"(265). En igual sentido resolvió la Corte Superior de Lima, al declarar infundada la excepción de naturaleza de juicio si es que se fundamenta en la delictuosidad de la conducta incriminada al inculpado(266).

---

(262) Ejecutoria Suprema de 26 de setiembre de 1972, Exp. N° 117972, Junín (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, pp. 70-71).

(263) Exp. N° 87-76, Lima (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, N° 398, marzo, Lima, 1977, pp. 345-349).

(264) Exp. N° 333-76, Arequipa (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, N° 398, marzo, Lima, 1977, pp. 349-351).

(265) *Anales Judiciales*, T. LXXI, Lima, 1988, p. 590.

(266) Ejecutoria superior de 8 de agosto de 1988, Exp. N° 60-88, 10° Sala Penal Superior (CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, *Jurisprudencia Penal. Procesos Sumarios*, Cultural Cuzco, Lima, 1990, T. III, p. 191).

Nosotros consideramos que sólo será posible que el juzgador cambie de denominación al medio de defensa cuando el error de la parte resulta manifiesto y fluye del tenor del propio escrito, pues de lo contrario se fallaría por un medio de defensa no alegado y se vulneraría el derecho a la tutela judicial de las partes. Además, tiene que haber necesaria congruencia entre el petitorio, los fundamentos de hecho invocados y la actividad probatoria. Ello ha permitido sostener al Supremo Tribunal en oportunidad anterior que "(...) planteada una determinada excepción, no puede el Tribunal fallar por otra que no ha sido deducida. El Tribunal debe absolver el grado respecto de la excepción planteada y sobre la cual se han pronunciado antes que él las demás autoridades judiciales"[267].

4. Efectos

Dos son los efectos que produce la resolución que ampara una excepción: uno inmediato y el otro extensivo. En el primer caso, de declararse fundada la excepción de naturaleza de juicio, se regularizará el procedimiento de acuerdo al trámite que corresponda, pero si se trata de las demás excepciones, no cabe subsanación alguna de suerte que el proceso se dará por fenecido y se archivará definitivamente la causa, no pudiendo intentarse otro proceso por los mismos hechos que el fenecido. En el primer caso el efecto es de mera regularización del trámite, mientras que en el segundo el efecto es extintivo de la relación jurídico-procesal penal.

La fundabilidad de una excepción puede tener efectos extensivos en atención a otros imputados en la causa. Este efecto solo será viable: a) en la medida en que los demás imputados se encuentren en la misma situación jurídica que el que dedujo la excepción; y, b) siempre y cuando de los actuados resulte categóricamente probada que la causal abarca también a algunos más o a todos los procesados pese a que uno solo de ellos o sólo unos cuantos de ellos hayan deducido la excepción[268]. En este mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Suprema, por lo que, "si los demás encausados se encuentran comprendidos por el mismo delito y están en igual situación, la excepción debe extenderse en su favor aun cuando no fue deducida por ellos"[269].

---

[267] Ejecutoria Suprema de 6 de marzo de 1981, Exp. N° 63-80, Piura (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. I, pp. 37-38).

[268] MIXÁN MASS: *Derecho procesal penal*, cit., T. III, p. 29.

[269] Ejecutorias Supremas de 4 de marzo de 1981, Exp. N° 473-81, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXI, Lima, 1979-1981, p. 587); y de 3 de febrero de 1989, Exp. N° 442-87, Lima (*Normas Legales*, T. 206, julio, Trujillo, 1993, pp. 328-330).

Capítulo XVII
EL OBJETO DEL PROCESO PENAL

SUMARIO: I. Aspectos generales. **II.** El objeto penal: 1. Concepto. 2. Requisitos subjetivos. 3. Requisitos objetivos. 4. Requisitos formales. **III.** El objeto civil: 1. Aspectos generales. 2. Concepto. 3. Elementos esenciales. 4. La congruencia civil de la sentencia penal.

I. ASPECTOS GENERALES

La noción "objeto del proceso penal" es, sin duda alguna, un tema controvertido por antonomasia[270], que por lo demás no aparece definido ni indicado en las leyes procesales nacionales. Intentar definir o precisar el alcance de esta institución, parte sin duda alguna de tener presente lo que significa y persigue el Derecho Penal material y de asumir la naturaleza de derecho de realización del Derecho Procesal Penal. Siendo así, el consenso teórico sobre la materia parte de reconocer que *frente a la sospecha de comisión de un delito, surge la necesidad de su represión y de la reparación de la persona que ha sufrido un daño como consecuencia del ilícito penal.*

Desde la perspectiva arriba indicada, es de entender que de la sospecha de la comisión del delito surgen dos pretensiones, que en nuestro sistema se acumulan *obligatoria e independientemente* del interés de la víctima: la *pretensión penal* y la *pretensión civil.*

Por tanto, la noción objeto del proceso lo constituye –puntualiza ALMAGRO NOSETE– el *hecho penal*; es decir, las acciones u omisiones delictivas sometidas a juicio o lo que es lo mismo los hechos enjuiciados en cuanto son decisivos y sobre las consecuencias penales –y civiles, diríamos nosotros– que de estos derivan para los sujetos inculpados[271].

---

(270) RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El proceso penal. Sexta lectura constitucional*, 6ª ed., José María Bosch Editor, Barcelona, 2000, p. 34.

(271) ALMAGRO NOSETE, José: *Instituciones de Derecho procesal*, T. III (*Proceso penal*, 1), Trivium, Madrid, 1993, p. 111.

La noción "hecho penal", sin embargo, se define a partir de un concepto jurídico-procesal y no jurídico-material. Para estos efectos, se toma en consideración todos los sucesos y las circunstancias de hecho conexas y relativas a ellos, que son idóneas para tornar factible la obra del acusado como punible. BAUMANN precisa que la situación de hecho o situación unitaria de hecho concreta se define como todo aquello que forma, según la consideración natural, un suceso unitario, un complejo(272).

Cuatro son las características centrales del objeto procesal, siguiendo al efecto parcialmente a GÓMEZ COLOMER(273):

1. La incoación del proceso penal requiere la determinación de un hecho concreto que *prima facie* tenga los caracteres de un delito. Por ello es que, inicialmente, y en vía de preparación de la pretensión, se pide al Fiscal que precise la conducta incriminada (art. 94°.2 LOMP) y, luego, al Juez que detalle los contornos fácticos de la imputación y su calificación jurídico-penal (arts. 77° del Código de 1940 y 114°-115° del Código de 1991). A partir de la resolución judicial, se va formando la pretensión que se definirá en la acusación, donde la precisión fáctica y jurídica es más rigurosa (arts. 225° del Código de 1940 y 260° del Código de 1991), que se coronará en el auto de enjuiciamiento (el art. 294° del Proyecto de 1995 exige que en dicha resolución se detalle el delito con indicación del texto legal correspondiente). Es de reiterar que el objeto del proceso se va conformando progresivamente.

Ello significa, apunta DE LA OLIVA SANTOS, que el proceso penal no puede incoarse con una finalidad genérica y no puede, en principio, tener como objeto la vida entera de una persona física, la posible criminalidad al amparo de una persona jurídica o los posibles comportamientos criminales en el seno de un grupo social o de un sector de actividad económica(274). Está, pues, prohibida la *inquisitio generalis*, la iniciación de una pesquisa o investigación general.

2. En principio, el objeto del proceso penal es *inmutable*. Ello significa que definido el objeto del proceso no puede cambiarse ni eliminarse, pues tiene que desarrollarse hasta el final, lo que no significa que pueda ampliarse (incluyendo otro tipo penal o nuevos hechos).

3. El objeto del proceso es también *indisponible*. En los delitos públicos, no cabe desistimiento o transacción de la víctima. Las partes, en concreto el

---

(272) BAUMANN: *Derecho procesal penal*, cit., p. 272.

(273) En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III (*Proceso penal*), ed. 1991, pp. 98-100.

(274) DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit., p. 195.

Fiscal, no pueden dejar de perseguir un delito ni evitar la acusación si existen fundamentos materiales para ello. Un supuesto de excepción se da no solo en los delitos privados, sino también en los casos de terminación anticipada, oportunidad y colaboración eficaz, que en su momento se analizarán.

4. El objeto del proceso es *indivisible.* Lo es tanto desde un punto de vista *fáctico*, pues el hecho comprende todos los actos preparatorios, accesorios, particulares o posteriores, como el *jurídico,* pues el proceso considera el hecho desde todos los puntos de vista posibles.

II. EL OBJETO PENAL

1. Concepto

El objeto penal está constituido, como ya se ha precisado, por la pretensión penal. GIMENO SENDRA define la pretensión penal como "la declaración de voluntad, dirigida contra el acusado, en la que se solicita al Juzgado o Tribunal de lo Penal una sentencia de condena al cumplimiento de una pena o medida de seguridad fundada en la comisión por aquél de un hecho punible"[275].

2. Requisitos subjetivos

Sin perjuicio de entender que, desde el punto de vista subjetivo, los requisitos de la pretensión comprenden los relativos (1) al órgano jurisdiccional –jurisdicción y competencia–, (2) a las partes acusadoras –capacidad procesal y legitimación activa (los acusadores privados deben actuar por intermedio de un letrado)– y (3) al acusado, es de considerar que el elemento objetivo determinante es, sin duda, este último: la persona del acusado[276].

La individualización del imputado y la determinación de los cargos debe realizarse necesariamente en la etapa de instrucción o investigación. Por consiguiente, no es de extrañar, en primer lugar, que para el procesamiento judicial de una persona se requiera su debida identificación (art. 77° del Código de 1940 y 114° del Código de 1991), siendo precisamente el objeto de dicha etapa procesal determinar la debida "(...) identidad del autor o partícipe (...)" (art. 91°, primer párrafo del Código de 1991), esto es, "establecer la distinta participación que hayan tenido los autores y cómplices, en la ejecución o después de su realización, sea para borrar las huellas que

---

[275] GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 208.

[276] GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 208.

sirven para su descubrimiento, para dar auxilio a los responsables o para aprovecharse en alguna forma de sus resultados" (art. 72°, primer párrafo, del Código de 1940).

De esto expuesto precedentemente fluye, en segundo lugar, que la acusación fiscal, donde se hace constar la culpabilidad del imputado, se lleva a cabo sobre la base de una previa instrucción, por lo que constituye un principio esencial del proceso que nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, en la instrucción, declarado formalmente procesado. Una vez culminada la etapa de investigación y emitida acusación fiscal "no puede existir ningún cambio respecto de la persona del acusado"[277].

En tanto se requiere la identidad del imputado para integrar el objeto procesal, es de entender que existirán tantas pretensiones cuantas personas se les haya de dirigir contra ellas la acusación, aun cuando la misma se funde en la comisión de un solo delito. Esta situación explica la necesidad de acumulación obligatoria del procedimiento en los supuestos de "delitos conexos" (arts. 21°.2 del Código de 1940 y 42°.2 del Código de 1991).

3. REQUISITOS OBJETIVOS

Tres son los requisitos objetivos que es de mencionar para establecer, luego, cuál de ellos integra su contenido esencial. Se trata de los siguientes: a) la fundamentación fáctica: el hecho punible; b) la fundamentación jurídica: el título de condena; y, c) la petición.

A. La fundamentación fáctica

La fundamentación fáctica de la pretensión está determinada por la atribución al acusado de la comisión de una acción u omisión punibles, tal como rezan los arts. 225°.2 del Código de 1940 y 260°.2 del Código de 1991. Ésta, según GIMENO SENDRA, se determina (a) como un hecho histórico, y (b) subsumible en un tipo penal de carácter homogéneo[278].

A.1. El hecho natural

El objeto del proceso penal está conformado por un hecho (acción u omisión). La necesidad que se afirme un hecho, debidamente definido –indicación de sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores– es una exigencia del derecho de defensa, de la cosa juzgada y, en general, del principio de seguridad jurídica.

---

(277) GÓMEZ COLOMER: *El proceso penal alemán*, cit., p. 42.

(278) GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 210.

Esto último es lo que explica, en *primer lugar*, que los arts. 298°.3 del Código de 1940 y 325°.2 del Código de 1991 sancionan con la nulidad el condenarse por un hecho que no ha sido materia de la acusación fiscal; en *segundo lugar*, que si en el acto oral surge la evidencia de la comisión de un delito más grave o de un nuevo delito, es del caso ampliar la acusación o disponer en la sentencia el correspondiente procesamiento penal (arts. 263° y 255° del Código de 1940 y 291° y 309° del Código de 1991); y, en *tercer lugar*, que se prohíba que un mismo hecho pueda ser objeto de una doble condena, aun cuando el Tribunal no hubiera agotado todas las posibilidades de subsunción jurídica (arts. 139°.13 Const., 90° CP y IV del Título Preliminar del Código de 1991).

Es de tener presente que la acusación escrita delimita el hecho a enjuiciar. La acusación fiscal solo puede formularse teniendo a la vista el auto de apertura de instrucción o de aprobación judicial de la promoción de la acción penal y la actividad realizada por las partes en la etapa de instrucción, a quienes se le reconoce un cierto poder de determinación subjetiva y objetiva del objeto procesal. Formulada acusación escrita no es posible variarla, ni siquiera en la acusación oral. Sus términos, explica GÓMEZ COLOMER, deben ser respetados inclusive por el propio órgano jurisdiccional al emitir sentencia[279].

Por consiguiente, la identificación de la fundamentación fáctica solo comprende el *hecho natural*. Éste no viene dado por una calificación jurídica ni por la entidad o cuantía de la pena pedida, sino –como enfatiza GÓMEZ ORBANEJA– por un acaecer histórico, individualizado en su unidad natural y no en la jurídico-penal, de que se pretende sacar una consecuencia jurídico-penal, cualquiera que ella sea[280].

A.2. El hecho típico y la homogeneidad del bien jurídico

El art. 11° del Código Penal y las demás normas procesales penales anteriormente citadas no solo hacen referencia a una acción u omisión realizada por una persona física, exigen: a) que se trate de hechos dolosos o culposos; y, b) que se encuentren penados por la ley.

Sin embargo, como acota GIMENO SENDRA, "(...) a los efectos de la determinación de la pretensión, la calificación jurídica del hecho enjuiciado no constituye, en principio, un elemento esencial alguno. También rige en el

---

[279] En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III (*Proceso penal*), ed. 1991, p. 107.

[280] GÓMEZ ORBANEJA, Emilio: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Bosch, Barcelona, 1947, T. I, p. 52.

proceso penal la máxima *iura novit curia*, por lo que el órgano jurisdiccional es dueño de la individualización y aplicación al hecho de las pertinentes normas del Código Penal (...)"[281]. Lo expuesto, como llama la atención GÓMEZ COLOMER, no niega que la calificación jurídico-penal tiene una incidencia inicial: sólo puede formar el objeto procesal aquellos hechos o actos que el Derecho Penal toma en consideración como delito o falta; por eso, en otro caso, no habrá lugar al proceso que carezca "desde el principio" de objeto, archivándose la denuncia[282].

La exigencia de que el juez se base en una misma situación fáctica es absoluta. Sin embargo, la potestad que se le reconoce de poder subsumir el hecho objeto de acusación en una norma jurídico-penal distinta a la propuesta por las partes, está severamente limitada. Existen dos requisitos que deben cumplirse para la desvinculación normativa:

1. El Juez debe respetar, en los cambios que formula, la homogeneidad del bien jurídico protegido por la ley penal. Entre el delito objeto de calificación fiscal y el delito precisado en la sentencia debe haber, como elemento común o identificador, la homogeneidad del bien jurídico tutelado por la norma jurídico-penal. Por tanto, no puede condenarse por un delito distinto cuando este conlleve una diversidad del bien jurídico protegido.

2. El Juez, asimismo, está autorizado a cambiar la calificación jurídica propuesta por el fiscal, agrega GIMENO SENDRA sustentándose en el fallo recaído en el "*Caso Gea Catalán*" de 10 de febrero de 1995, expedido por el TEDH, cuando obedece a un simple error de la acusación fácilmente constatable por la defensa[283].

B. La fundamentación jurídica

Los arts. 225°.3 del Código de 1940 y 260°.4 del Código de 1991 exigen que la acusación fiscal haga referencia al delito cometido, citando las normas pertinentes del Código Penal. La LOMP (art. 92°, tercer párrafo) impone al Fiscal que en la acusación califique el delito. La norma del Código de 1991, al ser más detallada, estatuye que la acusación fiscal debe contener "el artículo de la Ley Penal que tipifique el hecho investigado (...)".

El problema que plantea este elemento estriba en determinar si, además de que exista homogeneidad del bien jurídico lesionado, resulta necesario

---

(281) GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 212.

(282) En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III (*Proceso penal*), ed. 1991, p. 103.

(283) GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 213.

considerar que la calificación penal, esto es, el *título de condena*, integra el objeto del proceso penal.

La respuesta, por lo dicho anteriormente, es negativa. En efecto, la acusación no tiene un poder de disposición sobre la calificación jurídica de la pretensión. El órgano jurisdiccional puede, sin alterar los hechos aducidos en el proceso, modificar el título de condena (inclusive –en algunos códigos rituarios– por un delito más grave del que fue objeto de acusación fiscal, modelo que por ejemplo ha seguido el art. 353°, tercer párrafo, del Proyecto de 1995), siempre claro está que respete la homogeneidad del bien jurídico. Es de entender que si la nueva calificación introduce situaciones fácticas de modo sorpresivo, violaría el derecho constitucional de defensa. El contradictorio no cabe sólo en los hechos, sino también en la calificación jurídica.

En el Proyecto de 1995, precisamente para garantizar el derecho de defensa, se establece que: "*Empero, el acusado no puede ser condenado en virtud de un tipo penal distinto..., si previamente no fue advertido sobre la posible modificación de la calificación jurídica.* [*La*] *advertencia* (...) *se hará en el curso del debate o hasta antes de que el Fiscal inicie su exposición oral* (...)". Esta "advertencia" resulta necesaria para evitar sorpresas y afectación al contradictorio, no obstante, es de enfatizar que en algunos sistemas legales se impone otro límite, aunque confundiendo principio acusatorio con principio dispositivo: la pena que se imponga, en todo caso, no puede ser superior a la del delito que fue objeto de acusación[284].

C. *La petición*

La petición de la pretensión penal es siempre de condena. Los arts. 225°.3 del Código de 1940 y 260°.4 del Código de 1991 exigen que el Fiscal en la acusación escrita precise "(...) la duración de las penas principal y accesoria o la medida de seguridad que sustituya a la pena (...)" o "(...) la cuantía de la pena que se solicite". No obstante lo cual tampoco constituye un elemento esencial de la pretensión. Esta posición, puntualiza GIMENO SENDRA, se justifica en que en el proceso penal rige el principio de la indisponibilidad de la pretensión que, junto con el de la indivisibilidad del hecho punible, se erigen en las principales notas definitorias de la pretensión penal[285].

Para estos efectos, la correlación entre la acusación y la sentencia tiene como base el *título de condena* y no el *cuantum* de la pena solicitada en la acu-

---

[284] GÓMEZ DE LIAÑO: *El proceso penal*, cit., p. 239.

[285] GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 216.

sación. El límite de la desvinculación, como ya se ha dicho, es que la pena que se imponga no puede ser superior a la del delito que fue objeto de acusación.

4. REQUISITOS FORMALES

Asumiendo la concepción de FAIRÉN GUILLÉN líneas arriba se ha precisado que la promoción de la acción penal y la interposición de la pretensión no se producen simultáneamente, sino se realizan por medio de actos procesales distanciados procedimentalmente. La acción penal se promueve con la denuncia formalizada por el Fiscal para los delitos públicos y por el querellante en los delitos privados. La pretensión, en cambio, sigue un proceso escalonado que empieza en la instrucción, pasa por la acusación escrita y culmina con la acusación oral(286).

En la etapa de *instrucción o investigación*, que tiende –de un lado– a la recolección del material necesario para demostrar la delictuosidad del hecho investigado y –de otro– a la determinación de la legitimación pasiva en el proceso penal, al acopiar elementos de convicción para establecer la autoría o participación del imputado, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 72° del Código de 1940 y 91° del Código de 1991, se posibilita la afirmación fáctica de la pretensión por el Fiscal.

La referida etapa procesal, como aclara GIMENO SENDRA, en primer lugar, no fija definitivamente el hecho punible, pues las partes solo se sustentan en sus actuaciones tanto para formular acusación como para defenderse; y, en segundo lugar, determina definitivamente la identidad subjetiva, pues nadie puede ser acusado sin ser previamente procesado(287).

En la etapa *intermedia*, el Fiscal al formular acusación formaliza la pretensión penal. La acusación, según lo especifican los arts. 225° del Código de 1940 y 260° del Código de 1991, debe describir la acción u omisión punibles y sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, así como la individualización del acusado –incluyendo sus generales de ley y todos los datos que fueren necesarios al efecto–, el título de condena –la calificación jurídico-penal del hecho– y la pena o medida de seguridad solicitada –calidad y cuantía de la pena o medida de seguridad–.

Es de destacar que la acusación fiscal, en primer lugar, delimita inicialmente el objeto procesal; y, en segundo lugar, precisa el tema de la prueba en el acto oral.

---

(286) GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 219.

(287) GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 220.

En la etapa de *enjuiciamiento*, corresponde al Fiscal formular acusación oral, que es el momento en que queda definitivamente fijado el objeto procesal. Según el art. 296°, primer párrafo, del Código de 1991, el Fiscal debe expresar "(...) razonadamente los hechos que considera probados en el proceso y la calificación legal que corresponda, así como los fundamentos en los que sustenta la responsabilidad penal del acusado (...)". A su vez, el art. 273° del Código de 1940, en su extremo final, dispone que el Fiscal "... Concluirá (...) pidiendo la pena que juzgue legal (...)".

En el curso del juicio oral, sin embargo, pueden presentarse diversas situaciones como consecuencia de la actividad probatoria realizada por las partes, que importan determinadas variantes en función al contenido del objeto procesal. En *primer lugar*, el Fiscal puede pedir una prórroga para pedir una acusación ampliatoria, cuando "(...) resultara que el delito reviste un carácter más grave que el indicado en el escrito de acusación (...)" (arts. 263° del Código de 1940 y 293° del Código de 1991). En *segundo lugar*, puede –sin necesidad de prórroga alguna– pedir un aumento o disminución de la pena, en tanto se mantenga dentro de los límites de la acusación escrita (art. 296°, segundo párrafo, del Código de 1991).

III. EL OBJETO CIVIL

1. ASPECTOS GENERALES

El objeto civil del proceso penal está contemplado: a) en los Capítulos IV y V del Libro I del Código de 1991; b) en los arts. 91°, 260°.5, 296°-298° del Código de 1991; c) en los arts. 1° y 92°, tercer párrafo, de la LOMP; y, d) en los arts. 92°-101° del Código Penal. De dichas normas se desprende, esencialmente, que la pretensión civil se acumula obligatoriamente al procedimiento penal (art. 92° CP) y que, sin perjuicio que pueda instarla el agraviado (derecho potestativo), corresponde obligatoriamente al Fiscal perseguirla conjuntamente con la sanción penal (art. 1° LOMP).

El fundamento de esta acumulación es la conveniencia o la economía procesal, pues de ser decidida la cuestión civil en proceso independiente del penal produciría mayores gastos y dilaciones al agraviado[288]. Tal acumulación de acciones, conexas al fin y al cabo, permite una absorción de competencia para conocer de la acción civil, es decir, una competencia por adhesión.

---

[288] FONT SERRA: *La acción civil en el proceso penal*, cit., p. 18.

2. CONCEPTO

Del delito, en cuanto acto ilícito que produce un daño a terceros, nace una pretensión civil, debidamente circunscrita por el art. 93° del Código Penal. Como tal, *es una declaración de voluntad interpuesta ante el órgano jurisdiccional penal, dirigida contra el autor o partícipe del delito y, en su caso, el tercero civil, y sustentada en la comisión de un acto penalmente antijurídico que ha producido daños en el patrimonio del perjudicado o actor civil, por la cual solicita la condena tanto de los primeros cuanto del segundo, a la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y, a la indemnización de los daños y perjuicios.*

3. ELEMENTOS ESENCIALES

A. Requisitos subjetivos

Desde el punto de vista del órgano jurisdiccional, al tratarse de una persecución conjunta con la penal, la jurisdicción y competencia son exactamente las mismas que las vinculadas a la primera. El mismo juez que conoce del delito, también conoce de la reparación civil.

En cuanto a las partes, se entiende que tienen responsabilidad civil directa los imputados, sean autores o partícipes, mientras que también pueden ser emplazados los denominados "terceros civiles", que son aquellos que por ministerio de la ley están obligados a responder civilmente por los daños causados otros (*legitimación pasiva*). Por el contrario, tienen *legitimación activa* los agraviados y demás personas señaladas en los arts. 54° del Código de 1940 y 82° del Código de 1991, en tanto se constituyan en parte o actor civil.

En ambas partes, deben concurrir, como señala GIMENO SENDRA, la capacidad para ser parte y de actuación procesal, así como la legitimación y la postulación procesal[289]. En cuanto esto último se entiende que las partes, a diferencia del Fiscal, deben intervenir obligatoriamente con asistencia letrada. Todas las peticiones que formulen y sus intervenciones en las diligencias procesales deben contar con el concurso de sus abogados defensores.

B. Requisitos objetivos

Los requisitos objetivos de la pretensión civil son: 1. La fundamentación o *causa petendi*. 2. La petición o *petitum*.

En lo que respecta a la fundamentación, la pretensión civil se apoya en la existencia de una infracción penal que ha producido concretamente un daño

---

(289) GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 229.

patrimonial al agraviado. Por consiguiente, lo decisivo es la perpetración de conductas que según el Código Civil generan responsabilidad civil.

Desde la perspectiva anterior, siempre siguiendo a GIMENO SENDRA, es indiferente que hayan operado las causas de extinción de la acción penal del art. 78° del Código Penal, pues estas no impiden que la acción típicamente antijurídica y culpable haya existido; lo mismo acontece con las causas de exención de la responsabilidad penal del art. 20° del Código Penal, que no obstante eximir de culpabilidad, no impiden que el hecho penalmente antijurídico y causante de un daño se haya producido (nos referimos a los supuestos de falta de capacidad penal, error de prohibición –art. 14°, segundo párrafo–, estado de necesidad exculpante y miedo insuperable). En tal virtud, aun cuando se sobresea la causa o se absuelva al imputado por los motivos arriba indicados, es posible –siempre que quede probada la existencia del acto antijurídico que ocasione la obligación de indemnizar– la condena por responsabilidad civil[290].

En cuanto a la *petición* en la pretensión civil, ésta se encuentra sometida a dos características centrales: a) está sometida, desde la perspectiva de la víctima, al principio dispositivo (en el caso del Ministerio Público, se trata de una pretensión de interposición obligatoria); y, b) es una pretensión de condena y, dentro de ella, "de dar", tal como lo define claramente el art. 93° del Código Penal: el responsable civil ha de restituir o reparar los bienes afectados e indemnizar una cantidad dineraria.

C. *Requisitos formales*

La pretensión civil se deduce, en principio, en el escrito de acusación fiscal, según lo dispuesto en los arts. 227° del Código de 1940 y 262° del Código de 1991. Si el agraviado decide instar el pago de la reparación civil, constituido en parte o actor civil, tiene la oportunidad de solicitar el monto respectivo, en forma concreta, luego de la acusación fiscal y en el alegato oral al finalizar el enjuiciamiento, tal como lo prescriben los arts. 276° del Código de 1940 y 297° del Código de 1991.

4. LA CONGRUENCIA CIVIL DE LA SENTENCIA PENAL

Finalmente, otro tema central, absolutamente descuidado por doctrina nacional, es el de la congruencia civil de la sentencia penal. Sobre el particular, en la línea argumental de FONT SERRA[291], es del caso apuntar lo siguiente:

---

[290] GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 230.

[291] FONT SERRA: *La acción civil en el proceso penal*, cit., p. 120.

a) que la sentencia penal, en lo que es materia de pretensión civil, está sometida al cumplimiento de dos principios procesales civiles: el dispositivo y el de audiencia contradictoria.

b) que, en tanto se trata de un pronunciamiento civil, la sentencia penal debe ser acorde con las cuestiones que las partes hayan sometido a la decisión judicial.

c) que la congruencia en orden a la reparación civil importa adecuación y correlación de la sentencia con los pronunciamientos civiles oportunamente deducidos por las partes.

d) que la sentencia penal será incongruente civilmente, cuando deje de pronunciarse sobre cuestiones relativas a la responsabilidad civil oportunamente deducidas por las partes (incongruencia omisiva), cuando se pronuncie sobre cuestiones que no hayan sido deducidas (incongruencia *extra petita*) y cuando otorgue más de lo pedido (incongruencia *ultra petita*).

Parte V

Estructura del proceso penal

Capítulo XVIII
ASPECTOS GENERALES DE LA ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL

SUMARIO: I. Introducción. **II.** La etapa de instrucción. **III.** La etapa intermedia. **IV.** La etapa de enjuiciamiento.

I. INTRODUCCIÓN

El proceso penal tiene una particularidad: a través de él se persiguen intereses públicos, dimanantes de la imposición de sanciones penales. Tal característica, que exige una exclusiva titularidad estatal, a su vez determina –en virtud del principio de necesariedad del proceso penal (art. 139°.10 Const.)– que solo el juez puede imponer penas y medidas de seguridad, tal como reza el art. V del Título Preliminar del Código Penal. Desde esta perspectiva, las partes, y en especial el Ministerio Público en los delitos objeto de persecución pública, solo son titulares del derecho de persecución, esto es, de promover la acción penal y de acusar, que en el caso del Ministerio Público es una obligación (art. 159°, incs. 1, 4 y 5, Const.).

Como en el proceso penal, acota CORTÉS DOMÍNGUEZ, coexisten estos dos derechos, el de penar y el de acusar, con distinta titularidad, ello ha determinado una estructura típica y exclusiva informada por el principio acusatorio, el cual impide juzgar a persona alguna sin que previamente exista acusación, impide al órgano judicial juzgar sobre hechos distintos y a personas distintas de las acusadas, e impide, lógicamente, condenar por hechos distintos de los que han sido acusados[1].

El proceso penal, por consiguiente, en su nivel declarativo, consta de tres fases o etapas: la *instrucción* o *investigación*, la *intermedia* y el *enjuiciamiento* o *juicio oral*. En la primera etapa, se reúne el material fáctico necesario que,

---

(1) En: GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1996, p. 250.

en su momento, merecerá ser juzgado en la segunda etapa, determinándose –por un lado– si existen bases suficientes para calificar la antijuricidad penal del hecho y –por otro lado– si pueden ser imputados o acusados a una persona individualizada. En la segunda etapa o fase, la intermedia, de naturaleza eminentemente crítica, que es la que se concentra en el análisis del material recopilado en la instrucción a fin de determinar el archivo o sobreseimiento de la causa o la procedencia del juicio oral. En la etapa o fase de enjuiciamiento, una vez que se ha decidido que existen bases para acusar y juzgar a una persona, se procede al juicio oral y público que termina con la expedición de una sentencia.

Precisa Alberto BINDER que en el proceso penal existen otras dos fases o etapas más, una vez que el órgano jurisdiccional dictó sentencia. Se trata de las fases *impugnativa* y *ejecutiva*. La *primera* está dedicada a controlar el resultado del juicio, la sentencia, a través de distintos medios de impugnación o recursos. La *segunda*, una vez que la sentencia quedó firme, consentida o ejecutoriada, está dedicada a ejecutar la sentencia[2].

II. LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN

La función de la instrucción, en nuestro sistema procesal, ha ido variando progresivamente. En el Código del siglo pasado, de base mayormente inquisitiva, tenía por objeto *descubrir la existencia del delito y la persona del delincuente* (art. 29°). En el Código de 1920, su objeto se tornó más limitado, puesto que el art. 48° estatuyó que dicha etapa perseguía "(...) *reunir los datos necesarios sobre el delito cometido, y sobre sus autores, cómplices y encubridores, para que pueda realizarse el juzgamiento por el Tribunal Correccional o por el jurado*".

El Código de 1940, en su art. 72°, retomando concepciones con mayores sesgos inquisitivos y dotándola de una desmesurada amplitud y contenido autónomo, más en la impronta del Código del siglo pasado –en el que pareciera que la prueba a practicarse se agotaba en ella– que en el modelo francés, precisa que el objeto de la instrucción "(...) *es reunir la prueba de la realización del delito, las circunstancias en que se ha perpetrado, sus móviles y descubrir a los autores y cómplices del mismo, estableciendo la distinta participación que hayan tenido en los actos preparatorios, en la ejecución o después de su realización, sea para borrar las huellas que sirvan para su descubrimiento,*

---

(2) BINDER, Alberto: *Introducción al Derecho procesal penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 208.

para prestar auxilio a los responsables, o para aprovecharse en alguna forma de sus resultados".

La Corte Suprema concibe esta etapa como fundamental. No solo insiste en que: a) que "(...) tiene por objeto reunir la prueba de la realización del delito para descubrir a los autores y cómplices del mismo"[3]; b) que "las circunstancias en que se perpetró el evento criminoso y el grado de participación de los sujetos activos del delito"[4]; y, c) que esta etapa debe establecer la participación de los imputados "(...) en los actos preparatorios, de ejecución y posteriores a la comisión del delito[5]. También considera que el órgano judicial superior debe fiscalizar, si el Instructor ha cumplido con los fines que le acuerda y anular lo actuado, en su caso, ordenando un plazo ampliatorio en caso de incumplimiento[6].

En cambio, el Código de 1991, afiliándose a las tendencias modernas del Derecho comparado, precisa que la investigación "*...persigue reunir la prueba necesaria que permita al Fiscal decidir si formula o no acusación. Tiene por finalidad determinar: si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de su perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima así como la existencia del daño causado*".

Como quiera que desde el punto de vista del Estado de Derecho toda sanción penal debe estar precedida de un proceso público (art. 139°.4 Const.), iniciado tras la investigación a cargo del Ministerio Público (art. 159°.4 Const.), no es posible confundir el papel de ambas etapas. Tampoco resulta adecuado asignar a la instrucción el rol totalizador de determinación del material de hecho en orden a la *notitia criminis*, confundiendo lo que debe entenderse por actos de investigación y actos de prueba, así como oscureciendo el papel del juez en el acto oral al desconocer las garantías que configuran la actividad probatoria: inmediación, contradicción, publicidad y oralidad, que hacen viables dos principios estructurales del proceso: el acusatorio y el de igualdad de armas.

---

(3) Ejecutoria Suprema de 17 de febrero de 1989, Exp. N° 1078-88, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1989, pp. 245-247).

(4) Ejecutoria Suprema de 20 de agosto de 1990, Exp. N° 888-90, Huánuco (*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, pp. 183-184).

(5) Ejecutoria Suprema de 18 de diciembre de 1987, Exp. N° 1166-87-ISP, Lima (*Jurisprudencia Penal [1984-1992]*, Editora Normas Legales, Trujillo, 1996, pp. 166-167).

(6) Ejecutorias Supremas de 30 de enero de 1992, Exp. N° 983-91, Huánuco (*Normas Legales*, T. 224, enero, Trujillo, 1995, pp. J29-J30); y, de 21 de setiembre de 1993, Exp. N° 2260-93, Ancash (*Normas Legales*, T. 227, abril, Trujillo, 1995, pp. 547-548).

Sin embargo, es de precisar que en la instrucción no solo se realizan actos de investigación en orden a la determinación de la antijuricidad penal de los hechos objeto de imputación por el Ministerio Público y a la individualización de quienes aparecen vinculados a él como autores o partícipes. También se llevan a cabo, de modo preponderante, un conjunto de actividades de aseguramiento de las personas, de las fuentes de prueba y de las responsabilidades económicas derivadas del delito, tales como detenciones, impedimentos de salida, allanamientos, intervenciones telefónicas, incautaciones y embargos, entre otros. Estas medidas, dice CORTÉS DOMÍNGUEZ, que necesariamente se adoptan por el juez, aun cuando algunas de ellas por razones excepcionales derivadas del peligro por la demora pueden realizarse por la policía judicial o por el Fiscal con cargo a una confirmación judicial (detención por flagrancia delictiva, incautación, allanamiento por flagrancia), están destinadas a posibilitar en la mejor de las condiciones el enjuiciamiento de las personas que aparecen como autoras o partícipes de hechos que racionalmente pueden considerarse constitutivos de delitos(7).

Nuestro sistema procesal tiene un modelo de instrucción única para el procesamiento de todos los delitos. Desde una perspectiva de competencia objetiva, como ya se explicó en el capítulo pertinente, existen dos procedimientos, según el delito sea grave o menos grave. Desde el punto de vista de la instrucción, la única diferencia estriba en el plazo acordado a ambos: inicialmente cuatro meses, prorrogables hasta 60 días (art. 202° del Código de 1940), para el denominado "proceso ordinario", aunque en la actualidad, bajo determinadas circunstancias agravantes, el plazo ampliatorio puede extenderse hasta por ocho meses adicionales improrrogables, como lo señala el art. 2° de la Ley N° 27553, de 13 de noviembre de 2001; y, dos meses, prorrogables por no más de 30 días (art. 3°, D. Leg. N° 124), para el llamado "juicio sumario". El art. 3° de la Ley N° 27507, publicado el 13 de julio de 2001, precisa los delitos que han de ser tramitados en la vía ordinaria. Según el viejo Código, la competencia radica en el Juez Instructor, hoy denominado Juez Penal (art. 46°.2 del TUO de la LOPJ). Por su parte, en el Código de 1991 la investigación, a cargo del Fiscal Provincial, dura hasta ciento veinte días naturales, prorrogable extraordinariamente por única vez hasta un máximo de quince días naturales (art. 98°), ello con independencia de que se trate de un proceso ordinario (delitos menos graves) o especial por razón de delitos (delitos graves).

---

(7) En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal,* cit., p. 253.

III. LA ETAPA INTERMEDIA

Esta etapa o fase, en todo sistema procesal, es de competencia exclusivamente jurisdiccional, a diferencia de la instrucción que en algunos modelos está a cargo de un Juez Instructor, tal como lo previó el Código de 1940 y los Códigos anteriores. Su principal rasgo característico, aparte de ser predominantemente escrita –aunque en su momento culminante es posible la realización de una audiencia de "vista de la causa" con la intervención de la defensa–, es su carácter crítico, pues bajo control judicial se determina si procede enjuiciar a una persona que previamente ha sido investigada, es decir, considerada inculpada en un auto apertorio o ampliatorio de instrucción.

En esta etapa el Fiscal, analizando el mérito de las actuaciones de la instrucción, solicita el sobreseimiento del proceso o, por el contrario, formula acusación escrita. A su vez, corresponde al órgano jurisdiccional dictar el auto de sobreseimiento o de no haber lugar a juicio oral, en la medida en que el material de hecho incorporado en el sumario carece de mérito suficiente, o, por el contrario, emitir el auto de enjuiciamiento, siempre que la acusación cumpla con los requisitos formales que la ley establece o, según algunos sistemas (como el incorporado en el Proyecto de Código de 1995), los cargos presenten determinados niveles de verosimilitud delictiva.

La etapa intermedia procura, además, que la relación jurídica procesal penal no presente defectos que impida una decisión sobre el fondo. En tal virtud, en los Códigos modernos, como el de 1991, es en la etapa intermedia donde las partes pueden hacer valer cuestiones de competencia, deducir excepciones, cuestiones previas y cuestiones prejudiciales, así como proponer pruebas anticipadas o de urgencia y, en orden al principio de concentración que informa el juicio oral, decidir la prueba que debe actuarse en el plenario.

La contradicción en esta etapa es limitada. Nuestros Códigos no prevén, en primer lugar, el traslado obligatorio de la opinión fiscal a las demás partes personadas; y, en segundo lugar, una audiencia preliminar obligatoria para decidir la procedencia del juicio oral. Tal limitación del contradictorio, además, refuerza la escrituralidad de esta etapa.

La competencia funcional en esta etapa procesal varía según se trate de un delito grave o menos grave. En el primer caso, su conocimiento corresponde a la Sala Penal Superior y al Fiscal Superior (arts. 219° del Código de 1940 y 373° y 374° del Código de 1991); en el segundo, en cambio, su conocimiento está limitado al Fiscal Provincial y al Juez Penal (arts. 4° y 6° del D. Leg. N° 124 y 252° del Código de 1991).

IV. LA ETAPA DE ENJUICIAMIENTO

El Juicio oral es la etapa o fase más importante del proceso penal. En esta, se enjuicia la conducta atribuida por el Fiscal al acusado y, a través de la actividad probatoria de las partes, se emite sentencia condenando o absolviéndolo. Es una etapa dirigida por el órgano jurisdiccional y actuada bajo los principios de concentración, oralidad, publicidad, inmediación, igualdad y aportación de las partes. En ella rige del modo más pleno el principio acusatorio, lo que significa un modo de organización del proceso, al que se incorporan necesariamente máximas tales como: a) juez ordinario, objetivo, independiente e imparcial; b) legalidad y oficialidad del ejercicio de la acción penal; c) autonomía del Ministerio Público; d) intangibilidad de la defensa en juicio y presunción de inocencia; y, e) igualdad procesal. Sin tales principios y garantías, no es posible configurar un modelo de proceso que responda a un Estado Democrático de Derecho y que permita un juicio justo y equitativo.

Señala al respecto Juan-Luis GÓMEZ COLOMER que esta etapa –denominada *"procedimiento principal"* en la literatura especializada alemana– es la más decisiva por tener lugar en ella la cognición judicial, el enjuiciamiento del acusado[8].

El juicio está destinado, en principio, a la práctica de las pruebas, pertinentes y necesarias, para la dilucidación de los cargos formulados por el Ministerio Público. El Juez o Tribunal las valora con criterio de conciencia (principio de libre valoración, arts. 283° del Código de 1940 y 193° del Código de 1991), máxima procesal que, superando el sistema de prueba tasada propia del modelo inquisitivo, trasunta una confianza colectiva en la autoridad judicial, la cual sólo es posible porque su comprensión del caso fue directa o inmediata: asistió a la actividad probatoria y escuchó y compulsó los alegatos de las partes.

Se trata, siguiendo a Alberto BOVINO, de la etapa más importante del proceso penal, insustituible, porque es aquí donde se construye la verdad jurídica sobre el caso, a través del cual dos partes enfrentadas (el fiscal y el acusado y su defensor) pretenden, ateniéndose a ciertas reglas de procedimiento, llegar a una decisión respecto al conflicto suscitado como consecuencia de la imputación por la comisión de un delito[9]. La idea de contradicción explica no solo la posición supra-partes del juez, limitada a decidir sobre la pretensión penal planteada por el Fiscal, sino también la

---

[8] GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis: *El proceso penal alemán*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 162.

[9] BOVINO, Alberto: "El debate", en: AA.VV.: *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 173.

instauración de un juicio o proceso imparcial, cuyo presupuesto es hacer respetar el principio de igualdad de armas entre acusador y acusado. Esta igualdad de armas, de imposible configuración en la instrucción, permite al acusado controlar la actividad probatoria e intervenir en ella, así como tener una intervención efectiva a lo largo del juicio, con las mismas posibilidades, derechos y deberes que el Fiscal. De este modo, se cumplen a cabalidad todos los principios procesales que informan las nociones del debido proceso y del derecho a tutela judicial efectiva, en cuanto garantías genéricas básicas del enjuiciamiento.

Winfried HASSEMER destaca los principios de inmediación y oralidad en el juicio oral, en tanto que ellos permiten establecer la comprensión escénica del caso. La instrucción, precisa el profesor de Frankfurt, puede (y debe) haber producido sobradamente el caso, los autos pueden abarrotar los despachos, de las declaraciones de los testigos pueden haberse levantado las oportunas actas, y la integridad del material probatorio puede haber sido convenientemente asegurada, pero el caso, que ha de servir como fundamento a la sentencia, tiene que ser producido en el juicio oral y con la intervención directa de todos los protagonistas del mismo. Estos principios, insiste HASSEMER, se deben a las ideas de la Ilustración, que son expresión de la aspiración por excluir la comprensión textual de la fase de producción del caso y ordenar la comprensión escénica; un hecho no puede ser plasmado en un texto, de modo tal que pueda llegar a permanecer en él de un modo vivo y real, que fue precisamente el error histórico del sistema inquisitivo[10].

El juicio oral para los delitos graves es de competencia de la Sala Penal Superior (arts. 207° del Código de 1940 y 373° del Código de 1991). En el caso de los delitos menos graves, el art. 373° a *contrario sensu* del Código de 1991 lo radica en el Juzgado Penal. Es de destacar que el Decreto Legislativo N° 124 que regula el procedimiento para delitos menos graves eliminó la etapa del juicio oral, con todo lo que ello importa de inconstitucional e irracional.

---

[10] HASSEMER, Winfried: *Fundamentos del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 192 y 194.

Capítulo XIX
LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN O INVESTIGACIÓN (I)

SUMARIO: I. Conceptos generales: 1. La investigación oficial. 2. Fines de la investigación. 3. Contenido de la investigación. 4. Naturaleza jurídica. 5. Régimen jurídico. **II.** El Ministerio Público en el Código de 1991: 1. Fiscalía e investigación del delito. 2. Ministerio Público y facultades coercitivas. 3. Control judicial. **III.** Valor de la investigación: 1. Actos de investigación. 2. Excepciones. **IV.** Dinámica de la investigación: 1. Períodos de la investigación. 2. Procedimiento de iniciación. 3. Procedimiento de investigación preliminar. 4. Procedimiento de instrucción judicial.

I. CONCEPTOS GENERALES

1. LA INVESTIGACIÓN OFICIAL

El Código de 1991 emplea el término *investigación*, a diferencia del de *instrucción*, utilizado por el Código de 1940, para referirse a la *actividad consistente en la recopilación de elementos de convicción necesarios para el desarrollo del juicio*. Esta actividad, en rigor, es un procedimiento instructivo o informativo, en el que se averigua la existencia del delito y de la persona o personas involucradas en su comisión.

Estas actividades de esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos y de búsqueda de los posibles autores y partícipes, se realiza, como apunta ALMAGRO NOSETE, conforme a una *investigación oficial*, es decir, una investigación intervenida y dirigida por órganos estatales[11].

El carácter oficial de la investigación se justifica por el deber que incumbe al Estado de salvaguardar la estabilidad social y amparar a los ciudadanos frente a las acciones delictivas (art. 44° Const.) y, en su consecuencia, de imponer las sanciones correspondientes a los infractores del orden jurídico. Como el *ius puniendi* es de atribución exclusiva del Estado y se ejerce previo

---

(11) En: 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. 236.

proceso (art. 139°.10 Const.), no cabe dejar a la iniciativa de los particulares el descubrimiento de las fuentes de información sobre lo que ha de ser materia de enjuiciamiento. La investigación exige, además, la adopción de medidas de aseguramiento que solo se explican como actos de autoridad. Por otro lado, los medios desiguales de los particulares no son aptos para luchar contra el delito y las prevenciones que han de adoptarse no son adecuadas para que dispongan de ellas los particulares.

2. FINES DE LA INVESTIGACIÓN

Es de insistir que el conjunto de actuaciones que se realizan desde que se descubre el hecho delictuoso hasta que el Fiscal decide si formula o no acusación, se denomina *investigación*. Esta etapa es meramente preparatoria del juicio oral y sirve, como apunta Ricardo LEVENE (h), tanto para obtener los elementos de juicio necesarios para acusar durante el juicio a la persona individualizada como autor de un delito, como para desempeñar fundamentalmente funciones asegurativas con respecto a las personas, los bienes y las pruebas, permitiendo con todo ello eliminar rápidamente a los acusados que resultan inocentes, evitándoles un largo e inútil proceso[12].

La investigación, analizada desde el punto de vista de su *objeto*, consiste en reunir los elementos de juicio necesarios para acusar durante el juicio oral a la persona sindicada como autor o partícipe de un hecho delictuoso, pues en caso contrario termina por sobreseimiento (arts. 91°, 252°, 253° y 260° del Código de 1991).

Al final de la instrucción, su titular, como expresa Gilberto MARTÍNEZ RAVE[13], debe dejar claramente establecidas las siguientes circunstancias: a) el cuerpo del delito o tipicidad de la conducta, o si se ha infringido la ley penal; b) quién o quiénes son los autores o partícipes del hecho; c) la responsabilidad del autor o partícipes; d) la personalidad de los mismos; e) los daños ocasionados y los perjuicios correspondientes; y, f) circunstancias de tiempo, lugar y modo en que se cometió el delito.

Desde ya debe diferenciarse, como apunta MARTÍN Y MARTÍN[14], el acopio de medios probatorios –propio del juicio oral–, cuya finalidad es

---

(12) LEVENE (h), Ricardo: *Manual de Derecho procesal penal*, Depalma, Buenos Aires, 1993, T. II, p. 509.

(13) MARTÍNEZ RAVE, Gilberto: *Procedimiento penal colombiano*, Temis, Bogotá, 1994, p. 234.

(14) MARTÍN Y MARTÍN, José Antonio: *La instrucción penal*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 124.

la de fijación cierta de los hechos, y con ellos la deducción o no de la culpabilidad, de los actos de averiguación o investigación, que solo tienden a determinar el hecho, a conocer si el hecho tiene entidad delictiva, y, por tanto, si sirve de base conducente a la celebración del juicio, formulándose tanto la acusación como la defensa.

En términos generales, en palabras de ARMENTA DEU, pueden diferenciarse tres finalidades de la etapa de instrucción: a) averiguar y hacer constar si se cometió o no el delito y cuál pueda ser su autor y su culpabilidad; b) preparar, en su caso, el juicio oral; y, c) asegurar y prevenir las consecuencias penales y civiles del hecho[15].

Nuestra evolución legislativa, lamentablemente, no es compatible con este razonamiento. Una auténtica asunción de la instrucción como etapa preparatoria fue asumida por el Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920, cuyo art. 48° nos dice que el objeto de la instrucción es reunir los datos necesarios sobre el delito cometido, y sobre sus autores, cómplices o encubridores, para que pueda realizarse el juzgamiento por el Tribunal Correccional o el Jurado. Empero, el CPP de 1940 reaccionó contra este modelo, que por lo demás, reinstaló el CPP de 1991 (*vid.* art. 91° CPP), estableciendo en el art. 72° que "*La instrucción tiene por objeto reunir la prueba de la realización del delito, las circunstancias en que se ha perpetrado, sus móviles y descubrir a los autores y cómplices del mismo* (...)"; y, en el art. 280°, que la sentencia que ponga término al juicio deberá apreciar la confesión del acusado y demás pruebas producidas en la audiencia, así como los testimonios, peritajes y actuaciones de la instrucción.

Decía ZAVALA LOAIZA, justificando el CPP de 1940, que el Código de 1920 "(...) *alcanzaba casi los linderos del régimen acusatorio [...] que restándole valor a la instrucción, considerándola como etapa preparatoria, se da alcances al juicio que en verdad no tiene. Se le considera como prolongación y complemento de aquella. En el juicio oral nada puede crearse. Realízase en él una labor de selección, de síntesis, de crítica, que queda resumida en la sentencia [...]. Sólo en la instrucción es posible hacer la historia del delito, aprisionándolo en sus efectos. Y según haya sido la obra del instructor, la prueba que logre reunir, así quedará trazado el delito y señalada la persona de su autor [...]. En el juicio, es el que se aprecia, critica e interpreta la prueba* (...)"[16].

---

(15) ARMENTA DEU, Teresa: *Lecciones de Derecho procesal penal*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 137.

(16) ZAVALA LOAIZA, Carlos: "Exposición de Motivos del Anteproyecto de Código de Procedimientos Penales", en: *El proceso penal y sus problemas*, Taller de Linotipia, Lima, 1947, pp. 121-122.

Estas concepciones deben cuestionarse a la luz de las exigencias de la cláusula del debido proceso (art. 139°.3 Const.) y del derecho de inocencia (art. 2°.24.e Const.), normas que por lo demás están incorporadas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La lógica contradictoria del proceso, la real valoración y primacía del juicio oral, así como la efectiva garantía del derecho de defensa del imputado necesariamente han de reconducir los conceptos procesales. Hoy en día, según criterio unánime, cualquier fuente de información no es prueba; tal calificación jurídica, en aras de un proceso justo y equitativo, sólo la puede ostentar aquella diligencia llevada a cabo en presencia del Juez sentenciador y con la activa participación igualitaria de las partes, siempre que no se vulneren los derechos individuales y las normas ordinarias dadas en garantía de las partes. Por último, como apunta MIRANDA ESTRAMPES: 1) Los actos de prueba no son una mera repetición de los actos de investigación, sino que su propia mecánica es distinta, de ahí que en el juicio oral no se trate de corroborar, confirmar o ratificar lo practicado durante la instrucción. 2) El material probatorio que se obtiene en el juicio es fruto de la actividad de todas las partes y el órgano jurisdiccional. 3) La actividad instructora posibilita a las partes a formular afirmaciones, mientras que la actividad probatoria es de comprobación y permite verificar las afirmaciones realizadas por las partes[17].

3. CONTENIDO DE LA INVESTIGACIÓN

Las diligencias de investigación tienen un carácter instrumental y previa al procedimiento principal: el juicio oral. Están encaminadas a posibilitar una eventual celebración del juicio, precisamente cuando de su resultado se desprenda la comisión de un hecho delictivo y se ha podido obtener los elementos de convicción suficientes para basar la acusación y, en su caso, posibilitar la eventual celebración del juicio oral[18].

La Ley no puede ser exhaustiva en la regulación de los actos de investigación. A lo sumo establece la obligación de practicar algunos, como es el caso de la instructiva (*vid.* art. 85° CPP 1940), pero la mayoría de las veces lo deja al celo y actividad del Instructor conforme lo dispone el art. 49° CPP 1940, que ha de orientar y dirigir la instrucción, conforme a criterios o normas de experiencia que responden más a técnicas policiales que a técnicas jurídicas, aunque sin olvidar que de llevar a cabo alguna de las diligencias

---

[17] MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 99-102.

[18] MORENO CATENA, Víctor: "Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal", en: *Poder Judicial*, N° 2 (Especial), Madrid, 1987, p. 132.

legalmente previstas ha de practicarlas con sujeción a las previsiones legales que en torno a ellas existe.

Desde esa perspectiva, los actos de que se compone la instrucción se van formando progresivamente, no de modo lineal, sino en la medida en que se avanza en la recolección de elementos que servirán de prueba en el juicio. Ello no es sino la ratificación del carácter eminente creativo de esta etapa procesal.

Las diligencias que se realizan durante la investigación pueden ser, según TOMÉ GARCÍA[19], de tres órdenes: a) *actos de investigación*, que se caracterizan por pretender el conocimiento de la delictuosidad de una conducta, determinar las circunstancias y móviles de su perpetración, la identidad del delincuente y de la víctima y establecer la existencia del daño causado; b) *medidas instrumentales restrictivas de derechos*, que se caracterizan por estar orientados a la aprehensión para el proceso de ciertos elementos que pudieran servir como medios de prueba y que, de ordinario, suponen una limitación de los derechos fundamentales de las personas (allanamientos, intervención de correspondencia, inmovilización); y, c) *medidas cautelares*, que tienden a garantizar el eficaz desarrollo de la fase de declaración y/o ejecución, tales como la detención, la incautación, el secuestro o incautación y el embargo.

Los actos de investigación comprenden lo que se denomina la *inquisitio generalis*, esto es, las medidas de averiguación de hechos considerados como penalmente punibles; y, la *inquisitio specialis*, es decir, el descubrimiento (identidad) y aprehensión (sometimiento al proceso) de los autores o partícipes del delito[20].

En adición a dichas actuaciones, como anota ARMENTA DEU, en la etapa de instrucción también se llevan a cabo actos de ejercicio de la acción penal y de resolución sobre la misma, actos de imputación y, excepcionalmente, actos de prueba anticipada[21].

El titular de la investigación en el Código de 1940, como en todos los anteriores, es el Juez Instructor. En cambio, en el Código de 1991, consolidado por lo dispuesto en el art. 159°.4 de la Constitución de 1993, es el Ministerio Público. Lo interesante del cambio de titular de la instrucción,

---

(19) 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 Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 292.

(20) PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo: *Derecho procesal penal*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 286.

(21) ARMENTA DEU: *Lecciones de Derecho procesal penal*, cit., p. 143.

de su transferencia al Fiscal, es que las medidas limitativas de derechos en general, esto es, las propiamente cautelares y las instrumentales restrictivas de derechos, en cuanto restringen derechos fundamentales y por virtud del principio de proporcionalidad que dimana de la noción del Estado de Derecho, están reservadas al órgano judicial (arts. V y VII del Título Preliminar), es decir, son propiamente jurisdiccionales, lo que requiere que el órgano de la persecución cuando necesita asegurar una fuente de prueba de modo definitivo o cuando considera imprescindible una disposición cautelar, debe instar la decisión judicial correspondiente.

4. NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza jurídica de la investigación viene dada por el conjunto de notas que la caracterizan. Así tenemos que son tres las características centrales de esta etapa procesal: a) Titularidad Fiscal; b) Obligatoriedad; y, c) Sumariedad.

Sin embargo, antes de estudiar sus características, cabe precisar si la actividad de la instrucción es estrictamente procesal o puramente administrativa. Pese a que un sector de la doctrina (VIADA-ARAGONESES) sostenga que el sumario aun cuando puede encomendarse a un Juez tiene un carácter predominantemente administrativo, y otro sector (FENECH) postule su carácter jurisdiccional o procesal, al ser un presupuesto necesario para entrar en el proceso decisorio, nosotros –siguiendo a GÓMEZ ORBANEJA[22]– somos del parecer que tiene un carácter mixto o complejo, pues si bien los actos propios de investigación –tanto los realizados por la policía judicial, como por el Fiscal e inclusive por el Juez en el Código de 1940– no son jurisdiccionales vista su provisionalidad y su calidad de preparatorios del juicio oral, en cambio sí hay un conjunto de actividades propiamente jurisdiccionales, tales como el auto de apertura de instrucción en el Código de 1940 o el de aprobación de la apertura de investigación fiscal en el Código de 1991, las medidas cautelares, las medidas instrumentales restrictivas de derechos y las resoluciones que constituyen a las partes en el proceso, así como –en los Códigos modernos– las decisiones de control de la actividad del Ministerio Público y las diligencias de prueba anticipada o de urgencia.

A. Titularidad Fiscal

La Constitución de 1993 consagró, de modo definitivo, la titularidad del Ministerio Público en el adelantamiento de la investigación (art. 159°.4). El

---

(22) GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal penal*, 10ª ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987, p. 142.

art. V del Título Preliminar del Código de 1991 señala que el Fiscal asume la dirección de la investigación y la ejercita con plenitud de iniciativa y autonomía, a la vez que precisa que sus actos no constituyen actos jurisdiccionales. En línea de comparación con el Juez, es de afirmar que el que investiga no juzga, sino más bien "prejuzga"; que de encargarse al juez la investigación del delito, como se hace en el art. 49° del Código de 1940, no podría prescindir de hipótesis y conjeturas, que necesariamente empañan la imparcialidad del juicio; y que la idea de una investigación judicial permite otorgarle un valor que no le corresponde: los actos de investigación se "transforman" en actos de prueba, en pruebas definitivas o preconstituidas, que restarían fundamento y racionalidad al juicio oral. En este esquema, señala el alto Tribunal, el papel del fiscal es de mero colaborador del juez penal, correspondiéndole instar al juez dinamice la actuación de la instrucción y se realicen las diligencias que considere necesarias[23].

CAFFERATA NORES ha señalado al respecto que la función de perseguir y acusar, que en todo caso acuerda la Constitución al Ministerio Público (art. 159°.4 y 5), es diferente e independiente de la de juzgar y punir; que la función de juzgar no puede, sin riesgo para su imparcialidad ni para la igualdad de partes, sumar atribuciones de persecución como son –entre otras– las facultades propias de investigación de los jueces de instrucción o los tribunales de juicio; y que negárseles, centrando la responsabilidad probatoria en el Ministerio Público, no tiene por qué poner en riesgo el descubrimiento de la verdad sobre la culpabilidad del acusado[24].

Esta opción constitucional, además, tiene varias ventajas: 1. Consolida el principio acusatorio formal, que procura un diseño procesal a semejanza de los procesos acusatorios puros, sobre todo al exigir un impulso o iniciativa externa que el tribunal debe aguardar para proceder: *judex ne procedat ex officio*. 2. Garantiza un adecuado desenvolvimiento de la defensa, al desvincular al juez de la investigación, puesto que quien afirma y construye la hipótesis incriminatoria –que en el modelo anterior era el propio órgano jurisdiccional al tener el "señorío" de la instrucción– ya no decide sobre ella. 3. Afirma la compatibilidad institucional de un Estado Democrático con la parte dogmática de la Constitución, pues, conforme anota Maximiliano RUSCONI, quien ejerce un determinado poder no puede autocontrolarse, por consiguiente, tratándose del sistema de enjuiciamiento no es posible que en una sola persona (Juez Instructor) recaiga el ejercicio del poder de

---

[23] Ejecutoria Suprema de 11 de setiembre de 1987, Exp. N° 1090-75, Huánuco (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, p. 484).

[24] CAFFERATA NORES, José Ignacio: "Imparcialidad del Juez", en: *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 36.

persecución penal y el control de ese ejercicio, por cuanto de esa forma no se produciría una debida solución del antagonismo, ínsito en el proceso penal: respeto a las garantías individuales vs. eficiencia de la persecución penal[25].

Por lo demás, desde una perspectiva política general, como puntualiza VIVES ANTÓN, el Juez ha de responder, ante todo, por la justicia, que administra, esto es, por cómo dirige los procesos y por las resoluciones que dicta en ellos, pero no puede responder de que se administre justicia, que existan medios de investigación suficientes, que los casos que se planteen ante él se recauden con las pruebas necesarias, etc.[26].

Ello no obsta a considerar la realización judicial de los actos de instrucción que puedan afectar los derechos fundamentales de las personas o que les sean debidamente solicitados. Se justifica tal opción, asumida por el art. VII del Título Preliminar del Código de 1991, por el hecho de que el Juez es el garante de los derechos fundamentales y la Constitución le reserva su restricción sobre la base del principio de proporcionalidad.

Finalmente, el peligro que sea el Fiscal el que instruya y acuse (art. 58° del Código de 1991) y, por ende, que pueda posibilitar la preponderancia de la acusación, enfatiza RUIZ VADILLO, se obvia con un control judicial, que se da no solo con la exclusividad judicial para dictar medidas limitativas de derechos en general y cuestiones que afectan la acción penal (art. 55°, incs. 2 y 3, del Código de 1991), sino también con la posibilidad, prevista en el art. 56° del indicado Código, de instar al Fiscal el debido cumplimiento de sus funciones[27]. Otro argumento central para superar esa crítica estriba en reconocer que los actos de investigación no constituyen actos de prueba y que, por tanto, solo a través del contradictorio efectivo y sobre la preeminencia del juicio oral es posible sostener una sentencia.

B. Obligatoriedad

Ambos Códigos consideran a la investigación como una fase necesaria del proceso penal. Fundamenta su existencia, al decir de TOMÉ GARCÍA, la averiguación del hecho delictivo, la delimitación de sus perfiles, evitar la desaparición de las pruebas, preparar la defensa, impedir persecuciones ar-

---

(25) 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, p. 108.

(26) VIVES ANTÓN, T.: "Doctrina constitucional y reforma del proceso penal", en: *Poder Judicial*, N° 2 (Especial), Madrid, 1987, p. 101.

(27) RUIZ VADILLO, Enrique: "La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal", en: *Poder Judicial*, N° 2 (Especial), Madrid, 1987, p. 84.

bitrarias o infundadas y asegurar la presencia del encausado en el proceso[28]. En este orden de ideas, siguiendo a Giovanni LEONE[29], es de precisar que el fundamento de la investigación debe hallarse en su misma característica de la reserva (art. 99° CPP), que tiende a *dos finalidades*: 1. Asegurar la máxima genuinidad de las pruebas; y, 2. Evitar al imputado inocente el juicio oral, que con su publicidad, aunque concluya favorablemente a él, constituye una causa de grave descrédito, de emoción y humillación.

La investigación es, pues, necesaria. Pero está presidida de notas de flexibilidad y antiformalismo. El sumario se va formando conforme las exigencias y circunstancias de cada hecho delictuoso en concreto y no está sujeta a pautas rígidas para su conformación, lo que importa aceptar que en general, salvo los supuestos excepcionales de prueba anticipada y preconstituida, el valor que pueda asignarse a los actos de investigación debe ser mínimo, solamente preparatorio del juicio.

La ley procesal considera ineludible la etapa de investigación. Un proceso penal solo debe realizarse frente a alguien si hay suficiente fundamento para ello. Esto último debe determinarse previamente y hay que reunir los datos necesarios para hacerlo. La obligatoriedad, en palabras de ORTELLS RAMOS, se conecta con un interés en evitar –salvo suficiente justificación– las consecuencias sociales desfavorables del proceso penal en sí[30].

Aun cuando la instrucción está concebida como una actividad bajo la conducción del Ministerio Público, cuyo desarrollo le incumbe al Fiscal, empero bajo la garantía del derecho a la tutela jurisdiccional se justifica, en primer lugar, la intervención del Juez cuando se trata de imponer medidas limitativas de derechos fundamentales; y, en segundo lugar –como apunta RAMOS MÉNDEZ[31]– que esta etapa se realice a través de los procedimientos legalmente establecidos y sin extender estos a otros usos no permitidos por la ley. Es de tener presente que el derecho a la instrucción –sin ella no puede haber juicio oral y, menos, acusación– comprende el derecho a que se siga el procedimiento marcado por la ley. Sobre este punto, la Corte Suprema ha establecido que: "Sólo puede formularse acusación contra quien o quienes

---

(28) En: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed., 1993, cit., p. 296.

(29) LEONE, Giovanni: *Tratado de Derecho procesal penal*, EJEA, Buenos Aires, 1963, T. II, p. 341.

(30) En: MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho Jurisdiccional*, Bosch, Barcelona, 1991, T. III *(Proceso penal)*, p. 121.

(31) RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El proceso penal. Tercera lectura constitucional*, 3ª ed., José María Bosch Editor, Barcelona, 1993, p. 171.

han sido comprendidos en el auto apertorio de instrucción"[32]: sin investigación no puede haber acusación y, menos, enjuiciamiento.

C. Sumariedad

El carácter sumario de la investigación es sinónimo de brevedad. Por ello, el art. 98° del Código de 1991, al igual que el art. 202° del Código de 1940, modificado inicialmente por el Decreto Legislativo N° 126, fijaban un término máximo: 120 días naturales, que solo podía prorrogarse por única vez hasta un máximo de 15 días naturales, para el caso del Código de 1991; mientras que el Código de 1940 imponía similar plazo (cuatro meses), aunque permitía un plazo complementario de sesenta días. Sin embargo, dada la complejidad y gravedad de algunos procesos, como ya se ha hecho mención, el plazo ampliatorio se extendió en estos casos hasta por un máximo de ocho meses sin prórroga adicional, conforme a la Ley N° 27553, de 13 de noviembre de 2001. Aun con todo, el art. 196° del Código de 1940 prescribe no obstante que, en principio, la conclusión de la instrucción se producirá cuando el Juez haya acumulado los elementos suficientes para llenar su objeto. La base de estas disposiciones no solo es de orden técnico, sino que expresa un derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, en cuya virtud el imputado tiene derecho a que se resuelva su causa lo más rápidamente posible para salir de la situación de interinidad o de duda que representa su situación.

El art. 251° del Código de 1991 reitera que la investigación no puede durar más del plazo impuesto por el art. 98°. Indica, igualmente, que la investigación se dará por concluida cuando se hayan acumulado los medios de prueba suficientes para lograr su objeto (art. 91°). En este orden de ideas, el art. 128° del Código de 1991, siendo más enfático que el Código anterior, autoriza al Fiscal a prescindir de las diligencias de averiguación adicionales cuando el procesado ha prestado confesión y su contenido no deje duda alguna.

La fijación de un plazo máximo a la investigación no es otra cosa que reafirmar, pese al modelo impuesto en el Código de 1940, la nota de simple fase preparatoria de la etapa instructoria; de consiguiente, las diligencias que deben actuarse deben ser las esenciales. Esta afirmación conduce a sostener que las diligencias sumariales no son, salvo determinadas excepciones vinculadas a los supuestos de pruebas anticipadas y preconstituidas, "pruebas" en el sentido técnico-procesal de este término y, por tanto, no son aptas

---

(32) Ejecutoria Suprema de 4 de junio de 1955 (*Revista de Derecho Penal*, N° 1, Lima, 1955, p. 56).

para desvirtuar la presunción de inocencia, a que se refiere el art. 2°.24.'e' de la Constitución[33].

5. RÉGIMEN JURÍDICO

El régimen jurídico de los actos procesales presenta una singularidad. En principio, se actúan en el local, territorio y sede del Juzgado –Código de 1940– o de la Fiscalía –Código de 1991– y durante las horas que rigen en el despacho judicial, exceptuándose los casos en que se reciban las declaraciones de las autoridades indicadas en el art. 148°, modificado inicialmente por el art. 1° del D. Leg. N° 126, de 15 de junio de 1981; y, posteriormente, por Ley N° 27264, de 21 de mayo de 2000. Así también, las propias necesidades de la investigación pueden determinar no sólo el traslado del Juez o del Fiscal a donde se encuentre la fuente de investigación o de prueba, sino también que las diligencias se realicen en horas y días distintos a los fijados regularmente (arts. 92° del Código de 1940 y 93° del Código de 1991).

La forma que revisten los actos procesales es la escrita. El art. 92° del Código de 1991 prescribe que de toda diligencia se extiende la correspondiente acta en papel común, en idioma castellano y suscrita por todos los asistentes, dejándose constancia en caso de negativa. La firma del Fiscal y del Secretario –en su caso, del Juez y del Secretario– es obligatoria, bajo sanción de nulidad. En caso que los participantes procesales (imputado, agraviado, testigo o perito) desconozcan el idioma castellano, se utilizará un intérprete, pero el acta solo se extenderá en castellano. La escrituralidad de las actas sumariales tiene como fundamento la necesidad de dejar constancia de los actos de investigación para su debida apreciación por el órgano jurisdiccional al momento de decidir el sobreseimiento o la procedencia del juicio oral.

Los actos de investigación son *reservados*, lo que no significa que las diligencias sean secretas, ni muchos menos clandestinas. La reserva se entiende para terceros ajenos al proceso. En cambio, el imputado, el actor civil y el tercero civil, directamente o a través de sus abogados, tienen pleno acceso al material sumarial. El fundamento de esta disposición (arts. 73° del Código de 1940 y 99° del Código de 1991) se halla en la intención de proteger el honor y la intimidad del inculpado y de impedir que su conocimiento perturbe el debido esclarecimiento de los hechos. Se perdería –anota GARCÍA

---

(33) SAN MARTÍN CASTRO, César: "Algunos aspectos de la prueba en el nuevo Código Procesal Penal: Una interpretación acusatoria", en: *Revista del Foro*, Año LXXXI, N° 2, Lima, 1993, p. 16.

RADA– espontaneidad en las declaraciones y los testigos serían advertidos y preparados, con grave desmedro de la verdad[34].

Ambos Códigos permiten el secreto de las actuaciones de la instrucción o investigación. Tal decisión puede adoptarse cuando el Juez o el Fiscal –según la autoridad que tenga el señorío de esta etapa procesal– considere que el conocimiento de las actas pueda dificultar o entorpecer el éxito de la investigación. El Código de 1991 fija un término, en aras de garantizar el derecho de defensa y proscribir la indefensión del imputado: el secreto no puede durar más de diez días; en cambio el Código de 1940 adopta una opción menos garantista: el Juez no está sujeto a un plazo máximo del secreto de una concreta diligencia sumarial, aunque en la resolución que lo acuerde debe precisar el mismo. La resolución en referencia no solo debe ser fundada, sino que debe precisar las diligencias objeto del secreto, ya realizadas; nunca puede acordarse un secreto a futuro ni con un plazo indeterminado. El plazo de duración del secreto fijado en el Código de 1940, en todo caso, cesa al culminar el plazo instructorio.

Los actos sumariales son realizados por el Juez o el Fiscal según los considere convenientes a los objetivos de la investigación. El art. 49° del Código de 1940 prescribe que el Juez Instructor es el director de la instrucción, correspondiéndole la iniciativa en su organización y desarrollo. Bajo similares perspectivas, el Código de 1991 encarga al Fiscal la dirección de la investigación; la asume, reza el art. V del Título Preliminar, "con plenitud de autonomía e iniciativa", a la vez que con arreglo a la LOMP está obligado a actuar objetivamente y según el principio de legalidad; por tanto, como custodio de la ley ocupa una oposición que lo obliga tanto a la protección del imputado como a actuar contra él.

La actuación de los actos de investigación, conducidas por quien tiene el deber de esclarecimiento, no significa que se obvien los requisitos centrales del derecho de defensa. Las partes están autorizadas para proponer los medios de prueba que consideren adecuados a sus intereses legítimos. Sobre este punto, el art. 191° del Código de 1991 estipula que los medios de prueba admisibles son aquellos pertinentes, conducentes, legítimos y útiles, y que sólo se acepta una limitación cuando resulten manifiestamente excesivos. Además, debe citárseles a toda diligencia y pueden intervenir en resguardo de sus derechos (arts. 80°.4, 86° y 90°).

---

[34] GARCÍA RADA, Domingo: *Manual de Derecho procesal penal*, EDDILI, Lima, 1984, p. 135.

II. EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL CÓDIGO DE 1991

1. FISCALÍA E INVESTIGACIÓN DEL DELITO

La Constitución vigente, en su artículo 159°, establece que el Ministerio Público tiene como una de sus funciones la de "Conducir desde su inicio la investigación del delito". Esta norma constitucional clausuró una discusión que venía produciéndose al amparo de la Constitución anterior acerca de la legitimidad del Código Procesal Penal de 1991, en cuanto encargaba la investigación al Fiscal, creando en buena cuenta la figura del "fiscal instructor".

La actual Constitución, además, atribuyó al Fiscal el ejercicio de la acción penal y la promoción de la acción judicial en defensa de la legalidad (incs. 5 y 1 del art. 159°), funciones que interpretadas sistemáticamente habilitaban, sin necesidad de una norma expresa, la necesidad de que el Fiscal sea el investigador, desechando la figura del Juez Instructor. En suma, el nuevo Código Político ha encargado al Ministerio Público la función persecutoria del Estado, la cual –como explica Arsenio ORÉ GUARDIA– consiste en buscar, analizar y presentar las pruebas que acrediten responsabilidad o irresponsabilidad de los imputados, y consecuentemente, de ser ello justificado, solicitar la aplicación de las penas consiguientes[35].

Al optar por este modelo de organización de la instrucción, la Constitución sencillamente ha hecho del Fiscal una institución idónea a un sistema procesal penal acusatorio, a la vez que –por la propia naturaleza del mismo– impone que la investigación sea una fase preparatoria de la acusación, desformalizándola por completo[36]. Para la estructura del proceso penal es significativa esta división funcional entre Fiscalía, incluida la policía como órgano auxiliar, y Tribunal, pues evita ampliamente el peligro de prejuicio en la obtención de la sentencia y conduce al principio acusatorio, según el cual, el juez actúa no espontáneamente, sino solo en base a una acusación[37].

Más allá de esta opción sistemática asumida por la Ley Fundamental, lo importante, desde una perspectiva garantista, no es tanto quién realiza la investigación sino qué controles se instauran para evitar abusos. El Código

---

[35] ORÉ GUARDIA, Arsenio: *Estudios de Derecho procesal penal*, Alternativas, Lima, 1993, p. 62.

[36] BINDER: *Introducción al Derecho procesal penal*, cit., p. 81.

[37] TIEDEMANN en: ROXIN, Claus; ARTZ, Günther; TIEDEMANN, Klaus: *Introducción al Derecho penal y al Derecho procesal penal*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 178.

de 1991 en este punto es bastante generoso, por cuanto: a) estipula que la investigación culmina en manifestaciones de mero carácter requiriente; b) sanciona que el Juez es quien dicta medidas coercitivas, se pronuncia sobre la acción penal y –aunque tímidamente– interviene en los actos definitivos con la denominada instrucción suplementaria o prueba anticipada; y, c) reconoce que el defensor tiene un amplio acceso a las diligencias de investigación y puede invocar la protección judicial cuando el Fiscal demora las diligencias o no cumple sus funciones de modo objetivo e imparcial.

Un tema fundamental, sin embargo, no es sólo desestimar la figura del Juez Instructor, sino, en rigor, eliminar la fatal rigidez del *sistema judicialista de instrucción* de modo que rompa la mentalidad formalista y burocrática que caracteriza el sumario judicial y que por el concurso de un juez tiende inevitablemente a convertirse en la dueña del resultado del proceso relegando a un plano secundario el enjuiciamiento(38).

Es de considerar, por consiguiente, que la investigación fiscal no debe tener mayores ribetes de formalización sacramental, debe ser dinámica y flexible, así como organizarse según las características del delito y la complejidad de las actuaciones que demande su esclarecimiento inmediato, lo que es imposible tratándose de un órgano jurisdiccional sometido a reglas rígidas de competencia y a normas estrictas de actuación funcional. En este orden de ideas, las informaciones policiales, en su caso, deben contener datos básicos y actas de las diligencias objetivamente irreproducibles, descartándose la figura del "Atestado Policial", que en la práctica expresa la posición "autonomista" de las averiguaciones policiales; los testimonios de los testigos y las informaciones aclaratorias de los peritos deben recogerse sucintamente en una *hoja-resumen* y no en actas formalizadas. Como se puede ver, y lo muestra con nitidez el Código italiano, no debe tratarse de un simple traslado de funciones del Juez Instructor al Fiscal Investigador, de una actividad rutinaria o de una simple acumulación de actas o diligencias, sino de una nueva concepción de la fase de averiguación del delito, más dinámica y limitada a su objeto esencial: esclarecer la realidad del delito y de sus autores y partícipes, así como asegurar las fuentes de prueba y a la persona del imputado.

2. MINISTERIO PÚBLICO Y FACULTADES COERCITIVAS

La Constitución no autoriza al Ministerio Público a dictar medidas coercitivas. Por regla general, la restricción de derechos fundamentales está

---

(38) Cfr.: MAIER, Julio: "Delincuencia socio-económica y reforma procesal penal", en: *Doctrina Penal*, Año 12, Buenos Aires, 1989, pp. 524-525.

reservada al Poder Judicial. Las medidas que se dictan al respecto integran, propiamente, la función jurisdiccional. Empero, la Ley Fundamental reconoce excepciones muy puntuales a esta reserva jurisdiccional. Por razones de urgencia admite la detención –reservada a la Policía– y el allanamiento administrativo (art. 2°, incs. 9 y 20 'f'); y, en atención a la naturaleza de determinados órganos de averiguación y de los hechos objeto de esclarecimiento, permite a las Comisiones Investigadoras del Congreso y al Fiscal de la Nación, máximo jerarca del Ministerio Público, el levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria (art. 2°, inc. 5).

Los arts. VII del Título Preliminar y 133° del Código de 1991 señalan que la detención y las demás medidas coercitivas que afecten de modo grave los demás derechos fundamentales, sólo pueden disponerse por orden judicial debidamente motivada. El Código de 1991, en sus artículos 67° y 97°, únicamente reconoce a la Fiscalía la posibilidad de dictar la medida de *conducción compulsiva* para todo aquel que, en su calidad de procesado, testigo o perito, sea citado por su Despacho e injustificadamente omite concurrir a la diligencia para la que es convocado. Esta medida no puede durar más de veinticuatro horas; transcurrido en ese término debe levantarse, bajo responsabilidad. Tal facultad se justifica, *primero*, porque la Constitución y la ley imponen a los ciudadanos el deber de colaborar con la justicia (arts. 38° Const. y 97° del Código de 1991); y, *segundo*, porque la conducción compulsiva o mandato de acompañamiento no representa una seria merma a la libertad de tránsito ni afecta sensiblemente el entorno jurídico del emplazado.

Iniciada la investigación formal del delito, el Ministerio Público es la única autoridad que puede solicitar medidas coercitivas personales y reales, salvo el actor civil en el supuesto de los embargos (art. 174° del Código de 1991). Así tenemos que la prolongación de la detención, la revocación del mandato de comparecencia, el arraigo, el secuestro, incautación y exhibición de cosas, el allanamiento, la clausura o vigilancia de locales y la inmovilización de cosas muebles, son medidas coercitivas que el juez dicta a expresa petición del Fiscal (arts. 137°, 144°, 146°, 156°, 136° y 167° del Código de 1991). Es obvio, por lo demás, que la incomunicación, en tanto agravación específica de la detención, y el secuestro, apertura e intervención de comunicaciones y documentos privados, por la particularidad del derecho fundamental afectado, aun cuando el Código no lo señale expresamente, también siguen la perspectiva anterior.

Si bien las medidas coercitivas graves o limitativas de derechos fundamentales están sujetas a reserva jurisdiccional, el Código de 1991 permite que por razones de urgencia y peligro por la demora, es decir, cuando existan circunstancias apremiantes que impidan hacer efectiva la obtención inme-

diata del material probatorio y no sea posible conseguir oportunamente la orden judicial, poniendo en serio riesgo el esclarecimiento de los hechos, el Fiscal pueda ordenar y ejecutar determinadas medidas coercitivas. Éstas son: el secuestro de correspondencia y documentos privados (art. 155°), el secuestro o la exhibición forzosa de cosas (art. 160°) y la clausura o vigilancia del local o la inmovilización de cosas muebles (art. 171°). Estas medidas, sin embargo, requieren una *resolución confirmatoria* del Juez Penal. La confirmación significa la prevalencia de la jurisdicción y la necesidad de una tutela judicial cuando se trata de limitar derechos fundamentales e implica que el Juez se pronuncie no solo sobre la razonabilidad y amparo jurídico de la propia medida coercitiva, sino también si en el caso concreto medió urgencia y peligro por la demora. Si el Juez considera que alguno de los dos extremos no se cumplió, denegará la confirmación solicitada por el Fiscal y, consecuentemente, a tenor de lo prescrito por el art. 195° del Código de 1991, las pruebas obtenidas de ese modo se considerarán ilegales, carecerán de valor conviccional y no podrán ser ameritadas en modo alguno.

3. CONTROL JUDICIAL

Lo fundamental, como se señaló anteriormente, no tanto es quién asume la titularidad de la investigación, sino qué controles se instauran para evitar la utilización arbitraria del poder público, consistente en el avasallamiento de la persona y de sus derechos fundamentales. El Código de 1991, siguiendo parcialmente propuestas legislativas italianas y alemanas, encarga a los jueces el control del ejercicio del poder de investigación de los Fiscales, en cuanto ese ejercicio interesa a las seguridades individuales básicas[39].

Existen tres tipos de actividades de control: a) las *autorizaciones*, vinculadas a las medidas coercitivas, ya tratadas, y a las contracautelares (libertad provisional, libertad incondicional, libertades por exceso de plazo (arts. 182°, 189°, 137°, 335° y 397°.3 del Código de 1991); b) las *decisiones*, que extinguen o imposibilitan el ejercicio de la acción penal (arts. 5°-8°, 55°.2, etc. del Código de 1991); y, c) las *recomendaciones y quejas* sobre la actividad funcional del Fiscal (art. 56° del Código de 1991).

Sobre la acción penal y la propia persecución penal, la decisión final corresponde al Juez: *Primero*, aprueba la promoción de la acción penal (art. 115°). *Segundo*, resuelve lo relativo a las cuestiones previas, preju-

---

[39] "Exposición de Motivos del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica", en: MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal argentino*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, T. I-a, p. 303.

diciales y excepciones, que en buena cuenta son medios de defensa que garantizan la corrección y viabilidad del procesamiento penal (arts. 5°, 6°, 7°, 8° y 263°). *Tercero,* decide sobre el sobreseimiento del proceso, de acuerdo con el dictamen fiscal, e inicia el procedimiento para forzar la acusación (arts. 253° y 254°). *Cuarto,* se pronuncia sobre el cumplimiento de los requisitos formales de la acusación para la expedición del auto de enjuiciamiento (art. 261°).

El Juez no es por completo ajeno a los actos de investigación y a la conducta del Fiscal. Por sí mismo, cuando deba resolver si dicta una medida cautelar o contracautelar o pronunciarse sobre una cuestión previa o prejudicial o sobre una excepción, o por indicación de algún sujeto procesal, puede requerir al Fiscal para que subsane una irregularidad u omisión de su parte. Son tres los supuestos que habilitan la intervención judicial: a) postergación inmotivada de la realización de una diligencia de investigación; b) falta de celeridad en la emisión del dictamen; y, c) cualquiera otra irregularidad, v. gr.: limitación indebida del derecho de defensa, falta de citaciones o deficiencias en el emplazamiento, impedimento de participación en las diligencias de investigación, falta de pronunciamiento respecto a una solicitud probatoria, etc. En estos casos, acreditada la causal, lo que significa que el Juez previamente debe determinar su fundabilidad solicitando en su caso los actuados o realizando alguna diligencia instructoria, expedirá la resolución correspondiente requiriendo al Fiscal la subsanación o corrección respectiva. A su vez, el Fiscal *debe* pronunciarse expresamente y comunicar su decisión al Juez. Si el Fiscal omite la subsanación exigida judicialmente, el Juez la pondrá en conocimiento del Fiscal Superior para que en aplicación al principio de jerarquía resuelva definitivamente lo conveniente.

III. VALOR DE LA INVESTIGACIÓN

1. ACTOS DE INVESTIGACIÓN

Los actos de investigación al ser realizados por el Ministerio Público, y aun cuando lo fueran por el Juez Instructor, y ser concebidos con mayor énfasis en el nuevo Código de 1991 como preparatorios al juicio, limitados para que sirvan al Fiscal como material suficiente determinante del sobreseimiento o del enjuiciamiento, deben distinguirse –en principio– de los actos de prueba. Ello ha permitido a HERCE QUEMADA sostener que el material recogido en el sumario tiene un *carácter provisional*, no definitivo, y preparatorio del ulterior y eventual juicio oral, el que ofrece a las partes, con igualdad de armas, la ocasión de desplegar sin restricciones sus medios de ataque y de defensa, y al tribunal juzgador la posibilidad de adquirir un

conocimiento pleno y completo de los hechos que ha de valorar y sobre los que ha de recaer su fallo[40].

Esta concepción es propia de un modelo acusatorio y permite concebir el sumario, no en el mismo nivel del juicio oral, sino como una etapa preparatoria, en la que el juicio adquiere su dimensión de etapa principal, donde se materializan los principios del contradictorio, inmediación, igualdad, publicidad y oralidad. Por consiguiente, como apunta CAFFERATA NORES, los actos del Fiscal solo tienen valor para dar fundamento a la acusación y si se pretendiera utilizar esos actos para fundar la sentencia, habrá de reproducirlos durante el juicio bajo el régimen del contradictorio pleno, salvo que hubiesen sido cumplimentados por el juez con arreglo al régimen de los actos definitivos e irreproducibles[41].

En este orden de ideas, Eladio ESCUSOL BARRA insiste en que las diligencias sumariales no son pruebas en sentido propio, si bien están encaminadas a la fijación de los hechos penales con todas sus circunstancias y a la fijación de los elementos de culpabilidad de los partícipes en los hechos. Solo sirven y fundamentan en un momento determinado el auto de procesamiento y la adopción de medidas limitativas de derechos; pero no son pruebas en las que el juez debe basar sin más una sentencia. Esta ha de dictarse tras el juicio oral, en el que han de practicarse las pruebas de cargo y de defensa, y en el que se han de producir los argumentos jurídicos sustentatorios de la acusación y los argumentos jurídicos de defensa[42].

El art. 91° del Código de 1991, a diferencia de lo dispuesto en el art. 280° del Código de 1940, respeta este punto básico del sistema acusatorio. La etapa procesal de la investigación –señala– persigue reunir la prueba necesaria que permita al Fiscal decir si formula o no acusación. Por tanto, si lo sumarial solo sirve al Fiscal no puede otorgársele un valor adicional de tal magnitud que sustente *per se* el contenido de la sentencia, vulnerando de este modo el principio de oralidad. Al respecto, puntualiza ROXIN que lo decisivo para la calificación de un proceso como oral es su fase probatoria. Un proceso es oral si la fundamentación del fallo se realiza exclusivamente mediante el material de hecho, introducido verbalmente en el juicio[43].

---

(40) GÓMEZ ORBANEJA – HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 142.

(41) CAFFERATA NORES, José Ignacio: "La investigación fiscal preparatoria", en: *Doctrina Penal*, Año 11, Buenos Aires, 1988, p. 686.

(42) ESCUSOL BARRA, Eladio: *Manual de Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1993, p. 343.

(43) Citado por GIMENO SENDRA, en: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal*, cit., T. II (*Proceso penal*), p. 86.

2. Excepciones

Pese a esta posición de principio, conforme lo recordáramos en un trabajo anterior[44], el artículo 264° del Código de 1991 solo permite la actuación probatoria en el juicio oral de aquellas "pruebas" practicadas en la investigación, en la medida en que se hubiesen actuado deficientemente limitando el debido esclarecimiento de los hechos. Con ello, lamentablemente, se quiebra el principio arriba enunciado y, lo que es más grave, se sitúa la investigación –que no tiene carácter jurisdiccional– en el mismo nivel que el juicio oral pese a que el art. 91° del Código acotado la concibe como preparatoria del mismo.

Sin perjuicio de interpretar restrictivamente lo que debe entenderse por *prueba deficiente*, incardinándola con el principio de contradicción y el derecho de defensa, de suerte que la diligencia sumarial, amén de agotar su objeto, debe –en todos los casos– haber sido actuada con la activa intervención de la defensa, pues de otro modo carecería de los requisitos mínimos de eficacia y seguridad, la doctrina y el derecho comparado reconocen excepciones vinculadas a las diligencias de imposible reproducción en el juicio oral.

Dichas excepciones son las siguientes: a) *prueba anticipada* (art. 266° del Código de 1991), vale decir, de la practicada en un momento anterior al propio juicio y que se acuerde porque es razonablemente previsible la imposibilidad de tal práctica en el acto oral; b) *prueba preconstituida*, esto es, aquellas diligencias objetivas y de resultado incontestable cumplidas con las formalidades constitucionales y procesales correspondientes, tales como inspecciones oculares, allanamientos, registros, secuestros o incautación, y aprehensión; y, c) *pruebas de imposible o muy difícil reproducción*, tales como testigo fallecido, en paradero desconocido o residente en el extranjero, reconocimiento judicial o pericial de imposible reproducción posterior.

IV. DINÁMICA DE LA INVESTIGACIÓN

1. Períodos de la investigación

Progresivamente nuestro ordenamiento procesal ha venido configurando una estructura de la investigación compleja, pero muy formalizada. De hecho, cuando el Código de 1940 reconoció a la Policía Judicial como órgano auxiliar de la justicia penal encargada de investigar los delitos y faltas (*vid.*

---

[44] San Martín Castro: "Algunos aspectos de la prueba en el nuevo Código Procesal Penal", cit., pp. 13-23.

art. 59°), y dispuso que el resultado de sus investigaciones debía constar en un documento denominado "Atestado Policial" (*vid.* art. 60°), concibió una etapa preprocesal, siempre previa al inicio de la instrucción judicial y fuente regular del surgimiento de aquella, llamada *investigación policial*, que fue adquiriendo –inclusive en algunas leyes– un status de autonomía y primacía frente al control del Ministerio Público.

Con el surgimiento del Ministerio Público como órgano autónomo, así configurado por la Constitución de 1979, se entendió no solo que el Fiscal controlaba la actividad de investigación policial, sino que dicha institución podía realizar por sí misma investigaciones del delito. Esta última función del Ministerio Público se vio consolidada en el CPP de 1991 (*vid.* art. 113°), bajo el título de "comprobación preliminar", y finalmente con lo dispuesto en la vigente Constitución, que le entrega la conducción de la investigación del delito, a cuyo amparo se dictaron dos leyes especialmente importantes. La primera, la Ley N° 27379, de 21 de diciembre de 2000, Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares, que presupone que el Fiscal conduce, él mismo o por intermedio de la Policía, las *investigaciones preliminares*, que es el título legal que a partir de esa norma se reconoce a las investigaciones no judiciales, base sobre la cual puede solicitar al Juez medidas que limiten los derechos fundamentales. La segunda, la Ley N° 27934, de 12 de febrero de 2003, Ley que regula la intervención de la Policía y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito, que incorporando parte de las disposiciones del CPP de 1991 referidas a los actos preparatorios (*vid.* art. 106°, de la *indagación previa policial*), fija los ámbitos de la intervención policial y define el poder de control del Fiscal en ese espacio de actuación pública.

Siendo así, es posible –desde una perspectiva analítica– definir tres períodos en la investigación del delito, hoy en día vigentes: a) el procedimiento de iniciación, relativo a la denuncia; b) el procedimiento de investigación preliminar; y, c) el procedimiento de instrucción judicial, que es el período formal y el que desarrolla puntualmente el Código de 1940. Lo expuesto significa que la investigación, desde nuestra legislación secundaria, tiene dos titulares: el Fiscal en la fase preprocesal y el Juez Penal en la fase de instrucción judicial. Por cierto, es claro que la Constitución impone un único sistema para la persecución de los delitos: el modelo de Fiscal Instructor y, en esa etapa, la configuración de un Juez de Garantías.

La presencia de dos procedimientos de investigación, el preliminar y el judicial, desde luego, pese a que contribuye a la burocratización de la persecución y a su lentitud, necesariamente –desde la perspectiva procedimental– no se construyen a partir de una secuencia lineal de actos procesales;

por el contrario, explica ARAGONESES MARTÍNEZ, están conformados por actuaciones heterogéneas, no obedecen a una predeterminación legal –como es el caso del enjuiciamiento– sino a las necesidades y resultados que cada acto provoca y produce[45].

2. PROCEDIMIENTO DE INICIACIÓN

A. Introducción

Comúnmente se entiende que el acto de iniciación de la investigación o instrucción es el auto de apertura de instrucción (*vid.* art. 77° CPP 1940). Ello no es correcto, pues el procedimiento de iniciación, en cuanto conjunto de actos, está referido a los medios a través de los cuales se pone en conocimiento del Ministerio Público la comisión de un hecho presuntamente delictivo. La transmisión de ese conocimiento –la *notitia criminis* o noticia criminal– crea una obligación al Fiscal: ordenar una indagación policial previa, realizar una comprobación preliminar o calificar inmediatamente la denuncia (*vid.* arts. 94°.2 LOMP, y 1° Ley N° 27934).

En virtud de los principios de obligatoriedad –legalidad– y de oficialidad, si el Fiscal omite realizar las indagaciones correspondientes y, en su día, solicitar la promoción de la acción penal, pese a que existían fundamentos razonables para la persecución, comete delito de omisión de denuncia, previsto y sancionado por el art. 407° del Código Penal. Esta obligación constituye un control o limitación impuesta al monopolio del Fiscal sobre la persecución de delitos públicos, de suerte que las normas invocadas no hacen sino atribuir al Fiscal un *deber procesal de instrucción*.

Si bien el procedimiento de iniciación está centrado en el *régimen de la denuncia*, el art. 11° de la LOMP establece que el Fiscal puede iniciar o disponer indagaciones de oficio, lo que ha sido ratificado por el art. 159°.5 de la Constitución; esto es, el Fiscal puede tomar conocimiento de un presunto hecho delictivo por sí mismo o por información de terceros. El Código de 1940 establecía que el Juez Instructor era quien debía recibir las denuncias, sea de los afectados por el delito, de cualquiera del pueblo, del Fiscal o de la Policía (*vid.* arts. 74° y 75°, originarios). Esta norma, a su vez, fue modificada por el art. 107° de la LOMP, que estableció que las denuncias al Juez Penal solo podían provenir del Fiscal y que el Juez podía iniciar una instrucción de

---

(45) DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael; MUERZA ESPARZA, Julio; TOMÉ GARCÍA, José Antonio: *Derecho procesal penal*, 5ª ed., Ceura, Madrid, 2002, p. 328.

oficio, tal como fue consolidado por la Corte Suprema[46]. Sin embargo, a raíz de la entrada en vigor de la nueva Constitución, tal dispositivo se entiende abrogado y, por tanto, el pedido de procesamiento penal al Juez Penal por la atribución a una persona de la comisión de un presunto delito solo puede provenir del Fiscal, de suerte que el órgano judicial –en virtud del principio acusatorio– no puede iniciar procesamientos de oficio[47].

El ejercicio de la acción penal –en delitos públicos– compete al Ministerio Público (*vid.* arts. 11° LOMP, y 159°.5 Const.). En tal sentido, actúa de oficio o a petición de parte. El vocablo "parte" no debe interpretarse en un sentido estricto, de víctima u ofendido por el delito, sino en un sentido amplio que armonice con el derecho de petición constitucionalmente consagrado (*vid.* art. 2°.20 Const.) y con los poderes de investigación constitucionalmente reconocidos a la propia Policía (*vid.* art. 166° Const.). Ello significa, como ha sido tradicional en nuestro Derecho procesal, que debe comprenderse no solo al ofendido por el delito, sino también a cualquiera del pueblo –incluyendo autoridades administrativas o judiciales– y a la Policía. Asimismo, la consideración genérica que la Constitución hace del interesado, o parte, tampoco impide modular esa intervención en función a los intereses en juego y al respeto del principio de proporcionalidad, de suerte que en los delitos semipúblicos y en los delitos privados, puede limitarse ese derecho a los ofendidos por el delito.

B. Régimen general de la denuncia

Como ya se anotó, el núcleo del procedimiento de iniciación está constituido por el régimen jurídico de la denuncia. El CPP de 1940 no estructura un régimen ordenado o sistematizado de las denuncias en el ordenamiento jurídico. Empero, de los arts. 74° y 75° CPP 1940 fluye que son concebidas como un derecho ciudadano, no como un deber público[48]; asimismo, del art. 407° del Código Penal se advierte que determinados individuos, funcionarios públicos y algunos profesionales, tienen obligación de denunciar delitos que conocen en el ejercicio de su función o de su profesión, pues de lo contrario cometen delito de omisión de denuncia[49].

---

(46) Ejecutoria Suprema de 26 de enero de 1982, Exp. N° 2551-80 (*El Magistrado*, Año II, N° 1, Lima, 1982, p. 244).

(47) Cfr. CATACORA GONZÁLES, Manuel: *Código de Procedimientos Penales*, Gráfica Horizonte, Lima, 1998, p. 100.

(48) Cfr.: GARCÍA RADA, Domingo: *La instrucción, Vol. I: El Inculpado*, Sanmartí y Cía, Lima, 1967, p. 43.

(49) FRISANCHO APARICIO, Manuel: *Delitos contra la Administración de Justicia*, Jurista Editores, Lima, 2000, p. 81. GARCÍA RADA (*La instrucción, Vol. I: El Inculpado*, cit.,

El art. 100° del CPP 1991 reconoce nuestra tradición jurídica, al señalar tres notas características de nuestro régimen jurídico de las denuncias.

La *primera característica* es que la denuncia es concebida como un derecho ciudadano o facultad de toda persona de poner en conocimiento de la autoridad pública la comisión de un hecho presuntamente delictivo. Desde esta perspectiva, en principio, cualquier persona –sin estar vinculado al delito como víctima o perjudicado– puede denunciar ante la autoridad, lo que hace referencia a la denominada *acción popular*, institución que tiene su fuente en el art. 109° de la Constitución de 1823 (seguida, entre otras, por los arts. 130° de la Constitución de 1828; 129° de la Constitución de 1834; y, 131° de la Constitución de 1839), y en los dos códigos de procedimientos penales anteriores al vigente, así como en la Ley de Responsabilidad de Funcionarios públicos de 1868. Tal institución, cuando el denunciante no es el ofendido por el delito –sujeto pasivo o sujeto perjudicado–, está sujeta a una regulación restrictiva en el art. 76° CPP 1940. Los límites a esta institución son:

1. Debe tratarse de un "*delito de comisión inmediata*". Ese término sustituyó a otro que utilizaba el Código anterior, el de *flagrancia* o *cuasi flagrancia* (*vid.* art. 49° CPMC de 1920), pero con el que no cabe equipararse[50]. GARCÍA RADA, sin referencias bibliográficas, nos dice que: "*Delitos de Comisión Inmediata* son aquellos cuya verificación es inmediatamente anterior a su constatación; en los que existe inmediación entre el hecho y el conocimiento del mismo por el juez; casi no hay espacio de tiempo entre uno y otro. No significa que el juez (aquí diríamos el ciudadano) sea testigo presencial, sino que apenas cometido, se entera de su realización. Es requisito esencial que se trate de delitos perseguibles de oficio"[51]. Ello significa, a nuestro juicio, que un límite objetivo para la procedencia de una *denuncia*

---

p. 43) nos dice al respecto: "Los médicos, cirujanos, obstetrices y demás profesiones sanitarias que conocen de delitos con motivo del ejercicio de su arte de curar, deberán denunciarlos a la autoridad judicial. La única excepción es de haberse enterado por revelación hecha en consulta, bajo secreto profesional. En ese caso el secreto prevalece sobre la obligación".

(50) Pese a ello, la Corte Suprema señaló que "(...) el término 'comisión inmediata', corresponde al tradicional concepto del delito flagrante" (Ejecutoria Suprema de 25 de noviembre de 1964, Junín, en: *Anales Judiciales*, 1964, Lima, p. 253), lo que importa asumir acríticamente las disposiciones del Código de 1920 y desconocer que la función más importante de la flagrancia fue la configuración de procedimientos especiales, no recogidos en el Código de 1940. Esta misma concepción es seguida por Florencio MIXÁN MASS (*Derecho procesal penal*, Ankor Editores, Trujillo, 1983, T. II, p. 119) cuando dice: "El Código de Procedimientos Penales de 1940 ya no usa la denominación flagrancia, sino la de comisión inmediata; pero, la diferencia sólo es en las palabras, ya que el concepto sigue siendo, en lo esencial, lo mismo".

(51) GARCÍA RADA: *La instrucción, Vol. I: El Inculpado*, cit., p. 46.

popular es el factor temporal que debe mediar entre la perpetración del delito y la formulación de la denuncia. Por tanto, el delito debe haber sido cometido en fecha reciente y ello debe constarle al denunciante por haberlo presenciado o porque se lo hicieron saber. La Corte Suprema ha establecido que si no se trata de un delito de comisión inmediata es improcedente la denuncia popular formulada[52]; además, ha establecido que si no se trata de un delito de comisión inmediata, la denuncia debe presentarla la víctima, o sus parientes, tutores o curadores[53].

2. En segundo lugar, se ejerce por escrito ante el Ministerio Público. La interpone cualquiera del pueblo –según expresión utilizada en el Código de 1920–, siempre que se esté ante el supuesto temporal arriba establecido. La denuncia popular es siempre por escrito.

3. En tercer lugar, presentada al Fiscal cesa la función ciudadana[54]. Empero, de conformidad con el art. 12° LOMP, modificado por la Ley N° 25037, de 13 de junio de 1989, el denunciante –ante una desestimación fiscal, que debe notificársele– tiene la posibilidad, en el plazo de 3 días, de instar una queja y conseguir que el Superior Jerárquico del Fiscal que emitió la decisión denegatoria la revise.

La *segunda característica* es que al agraviado le está reservada la denuncia en determinados delitos cometidos en su contra. Cualquiera del pueblo no podrá formular la noticia criminal si se está ante delitos semipúblicos y ante delitos privados. Sigue siendo un derecho, pero circunscrito a las víctimas.

La *tercera característica* es que la denuncia se convierte en un deber jurídico de quienes están obligados a hacerlo por expreso mandato de la ley, y de los funcionarios que en el ejercicio de sus atribuciones o por razón del cargo tengan conocimiento de la realización de algún hecho punible (*vid.* art. 75°, segundo párrafo, del Código de 1940).

---

(52) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1952, Lima, p. 3115.

(53) *Anales Judiciales*, 1961, Lima, p. 143.

(54) La Corte Suprema, en la ya citada Ejecutoria de 25 de noviembre de 1964, Junín, ha dejado sentado que "(...) la acción popular se cumple con la denuncia ante el fiscal y allí concluye la función ciudadana. Quien ejercitó tal acción carece de personería para intervenir en la secuela del proceso" (RONCALLA VALDIVIA, Lino: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, Sesator, Lima, 1984, pp. 36-37). En otra decisión, la Corte Suprema precisó que frente a la denegación de la promoción de la acción penal, no cabe sino recurrir frente al Fiscal Superior para que, si considera fundada y procedente la denuncia, ordene al inferior a que formule la denuncia respectiva (*Anales Judiciales*, 1946, Lima, p. 210).

C. *La denuncia*

La denuncia puede ser definida, siguiendo a GIMENO SENDRA, como una declaración de conocimiento por la que se transmite al Fiscal o a la Policía la noticia de un hecho que constituye delito[55].

Desde el punto de vista objetivo, la denuncia es el acto de transmisión de la *notitia criminis* cumplido por el denunciante, que este puede realizar verbalmente bajo su firma en el acta correspondiente, o efectuar directamente por un escrito complementado por la identificación del denunciante o, en su caso, de quien lo represente[56].

Desde el punto de vista de los sujetos, la denuncia constituye –de un lado– una facultad para cualquier ciudadano, que es lo que define la acción popular, no requiriendo en el caso del nuevo modelo de 1991 que se trate de delito de comisión inmediata, como es en el Código de Procedimientos Penales de 1940[57]. Es el supuesto de *denuncia-derecho*. De otro lado, el Código de 1991 obliga a denunciar a dos categorías de personas: a) quienes tienen obligación legal de hacerlo, como sería el caso de médicos o personal sanitario; y, b) los funcionarios públicos que en el ejercicio del cargo o por razón de él tengan conocimiento de un delito: jueces, fiscales, policías, parlamentarios, etc. Es el caso de *denuncia-obligación*. En ambos supuestos, para que funcione la norma, será necesario que la *notitia criminis* se haya producido a causa del ejercicio de la función o del ejercicio profesional, luego, si esta se conoce al margen del ejercicio funcional o profesional, es decir, fuera de estas circunstancias de relación situacional, no está obligado a denunciar[58].

Sin embargo, desde una perspectiva subjetiva en relación a determinadas categorías de personas, están exentos de denunciar: a) Las personas vinculadas por razones de parentesco, la cual (art. 102° del Código de 1991) es reiterada en cuanto excepción también de testificar (art. 203°.1 del Código de 1991), excluyéndose solamente al conviviente. Esta excepción significa que dichas personas pueden denunciar, pero no están obligadas a ello. En todo caso, la ley no crea inhabilidades para denunciar. b) Las personas obligadas al secreto profesional, los ministros de algún culto religioso, abogados,

---

[55] GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 254.

[56] CLARIÁ OLMEDO, Jorge: *El proceso penal*, Depalma, Buenos Aires, 1985, pp. 72-73.

[57] OLIVERA DÍAZ, Guillermo: *Derecho procesal penal*, Lima, 1984, p. 60.

[58] CAFETZÓGLUS, Alberto: *Derecho procesal penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1978, T. I, p. 63.

médicos, periodistas, notarios, obstetrices y otros profesionales dispensados por ley expresa, en cuanto los hechos se les hubiesen confiado en razón del ejercicio de su profesión. El secreto profesional ha sido garantizado por la Constitución (art. 2°.18) de un modo más amplio, pues no lo limita a los casos previstos por la ley. El Fiscal y el Juez, en su caso, definirán las profesiones y las circunstancias que hagan operativo este derecho fundamental.

El destinatario de la denuncia es el Ministerio Público, que es la lógica consecuencia de su condición de titular del ejercicio de la acción penal (arts. 11° de la LOMP y 1° y 58° de Código de 1991). La Policía también está facultada expresamente para recibir denuncias, de lo que debe dar cuenta inmediata al Fiscal (arts. 10° de la LOMP 105° y 106°.1 del Código de 1991). La actual Ley Orgánica del Ministerio Público señala que la denuncia se interpone ante el Fiscal Provincial o ante el Fiscal Superior (arts. 12° y 94°.2).

Respecto a los requisitos, es decir, al contenido y forma de la denuncia, es del caso acotar, en primer lugar, que prima una opción claramente antiformalista en los actos de iniciación del procedimiento, por lo que el contenido de la denuncia se limita a una narración veraz de los hechos y de sus circunstancias. No hace falta que el denunciante manifieste su voluntad persecutoria, es suficiente la existencia de actos que demuestren la voluntad del denunciante para que actúe la justicia. Incluso, la falta de capacidad del denunciante no conduce a la nulidad absoluta de las actuaciones sumariales; la ausencia de dicho requisito admite su convalidación en el curso de la investigación[59].

La denuncia, asimismo, no tiene que dirigirse contra una persona determinada. Ello se explica por el hecho de que uno de los primeros pasos en la investigación es, precisamente, la averiguación de la persona a quien ha de imputarse los hechos. Por tal motivo es que el art. 101° del CPP precisa que toda denuncia debe contener "(...) de ser posible la individualización del responsable".

La denuncia puede hacerse por escrito o de palabra y, en uno u otro caso, personalmente o por terceros, sin mayores exigencias respecto a la presentación. Tratándose de denuncias escritas éstas han de estar firmadas por el denunciante (art. 101° de Código de 1991). De ser verbales se levantará un acta que debe suscribir dicho denunciante (arts. 104°.1 del Código de 1991 y 94°.2 de la LOMP).

La identificación del denunciante es un requisito esencial de la denuncia. Puede ser una persona natural o jurídica, en este caso se identificará conjuntamente con ella su representante. Es de significar que el Ministerio

---

(59) GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal*, cit., T. II (*Proceso penal*), p. 261.

Público, en el caso del sistema instaurado a raíz de la entrada en vigor de la LOMP "formaliza denuncias" ante el Juez Penal para que este dicte auto de apertura de instrucción, mientras que en el modelo del Código de 1991 no formula denuncia ante el Poder Judicial, sino recibe la *notitia criminis* interpuesta por la víctima o cualquier persona, promueve la acción penal al dictar el auto de apertura de investigación e insta al Juez Penal la emisión de un auto aprobatorio. El Fiscal, antes de promover la acción penal está autorizado a realizar por sí o por intermedio de la policía judicial comprobaciones preliminares (arts. 94°.2 de la LOMP y 112° y 114° del Código de 1991).

El incumplimiento de los requisitos esenciales antes citados solo afecta la propia denuncia en cuanto acto imputativo. Si no obstante ello se ha iniciado el proceso, la invalidez de la misma no puede afectar lo actuado con posterioridad, salvo que la ley la exija como requisito indispensable para la *formación de causa;* es decir, que constituya una condición de procedibilidad, como ocurre en los casos de delitos en los cuales la persecución pública depende de instancia privada[60].

El Decreto Ley N° 17537, de defensa judicial del Estado, prevé un procedimiento especial para las denuncias que el Estado, como víctima y en cuanto parte o actor civil, puede interponer ante el Ministerio Público. El art. 12° de dicho dispositivo prevé que para denunciar o formular denuncias a nombre del Estado se requiere la expedición de la correspondiente Resolución Ministerial o de la máxima autoridad en caso de trate de ente autárquico.

Un supuesto especial de denuncia es lo que se denomina "contradenuncia", en cuya virtud el denunciado a su vez formula cargos contra el denunciante sobre el mismo objeto de imputación. El Supremo Tribunal considera inadmisible la contradenuncia al hacer surgir un juicio penal doble y, a la vez, sanciona con la nulidad de todo lo actuado su admisión a trámite, precisando que el procesado tiene como medio de defensa las excepciones y cuestiones prejudiciales, pero no puede denunciar a quien lo ha denunciado[61].

D. Intervención de Organizaciones de Derechos Humanos

Un supuesto especial de legitimación para interponer denuncias es el contemplado en el art. 103° del Código de 1991. Se trata de los Organismos No Gubernamentales de defensa de los Derechos Humanos. La legitimación se amplía –y, por tanto, se superan los límites de la comisión inmediata

---

(60) CLARIÁ OLMEDO: *El proceso penal*, cit., p. 80.

(61) Ejecutorias Supremas de 3 de mayo de 1948 (*Anales Judiciales*, 1948, Lima, p. 301); de 6 de enero de 1965, Exp. N° 323-64, Lima (*Anales Judiciales*, T. LIX, Lima, 1964, pp. 257-258); y, de 5 de junio de 1975 (*Boletín Judicial*, Año IV, N° 16, Lima, 1975, p. 85).

propios de la *denuncia popular*– en la medida en que el delito denunciado guarde relación específica con los fines sociales de la ONG, se trate de un delito público, y el agraviado –de estarse ante tipos penales que afectan bienes jurídicos personales– no se constituya en actor civil o, en ese caso, acepte expresamente su intervención.

La regla general estriba en que el denunciante popular cesa su intervención con la interposición de la denuncia. La intervención del denunciante como parte procesal exige que tenga la calidad de agraviado y se constituya expresamente como tal. En cambio, en los casos analizados del art. 103° CPP 1991, el denominado "denunciante social" puede constituirse en parte, diríamos "*parte social*", y como tal está en condiciones de participar en el proceso con las mismas facultades y cargas que el actor o parte civil; está reconocido para "(...) colaborar durante la actividad procesal y fundamentar el derecho a la reparación civil" (*vid.* art. 86° CPP 1991).

E. Iniciación de oficio

Una modalidad especial de iniciación, expresamente reconocida por la Constitución y por la LOMP, es la de oficio. Esta forma de iniciación suele utilizarse ante la comisión de delitos de cierta notoriedad (v. gr.: los que son objeto de información periodística) y en los delitos contra la administración de justicia en la esfera de un proceso (v. gr.: delitos de falso testimonio, desacato, desobediencia o resistencia a la autoridad, etc.).

MONTÓN REDONDO[62], siguiendo a ARAGONESES, señala tres formas a través de los cuales el Fiscal puede adquirir un conocimiento por sí de hechos delictivos:

a) por *voz pública*, es decir, cuando existe un rumor sobre la población en cuanto a la comisión de un determinado delito, por alguien conocido o desconocido.

b) por *notoriedad*, ante la admisión generalizada entre personas del lugar de la certeza en cuanto a la perpetración de un delito.

c) por *flagrancia*, al haber asistido directamente a la perpetración de los hechos.

F. Denuncia por la Policía

Una modalidad de denuncia, por oposición a las (1) *populares* (cualquiera del pueblo en delitos públicos), (2) *privadas* (ofendido o sus representantes,

---

(62) En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1991, cit., T. III *(Proceso penal)*, p. 169.

en delitos semipúblicos y privados) y (3) *sociales* (Organismos no Gubernamentales de Defensa de los Derechos Humanos), es la del Atestado Policial, a que hace referencia el art. 60° del CPP de 1940 y el art. 1° de la Ley N° 27934.

Existen supuestos, que seguramente son y serán los más numerosos, en los que el conocimiento de los hechos punibles puede haberse adquirido por miembros de la policía, en su actividad preventiva (*vid.* art. 8°.1, Ley N° 27238, Ley Orgánica de la Policía Nacional), o por haber sido denunciado ante ellos (*vid.* art. 1°.1 de la Ley N° 27934). En ambos casos, la Policía dará cuenta inmediata, dentro de las 24 horas, al Ministerio Público, sin perjuicio de realizar actos de investigación de urgencia y a la espera de que el Ministerio Público asuma por sí mismo la dirección de la investigación.

En rigor, ese Oficio –con trascripción de la denuncia o del parte de intervención o de Ocurrencia– o, en su caso, el Atestado o Parte Policial –si el Fiscal no pudo asumir la dirección de la investigación preliminar– constituyen en esencia la denuncia por comunicación policial, que el Fiscal apreciará y decidirá si debe rehacer las actuaciones, ampliar las mismas o sustentar la promoción de la acción penal.

3. PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

A. Aspectos Generales

Frente a una denuncia, o ante el conocimiento por sí mismo de los hechos presuntamente delictivos, el Fiscal puede decidir si es del caso realizar actuaciones de averiguación preliminares o si promueve la acción penal[63]. A su vez, según sus posibilidades de intervención inmediata y su capacidad operativa, decidirá discrecionalmente si la investigación preliminar la realiza él mismo o si comisiona a la Policía para que, bajo su conducción, realice la indagación previa correspondiente.

---

(63) El Fiscal Supremo en lo Penal, en un dictamen recaído en la Ejecutoria de 8 de enero de 1988 (Dictamen N° 1257-87-FSP-II-S-P, de 6 de noviembre de 1987), estableció que el "Fiscal, en caso de estimar procedente la denuncia, puede formalizarla directamente ante el Juez, sin que sea necesario abrir investigación policial previa. La participación policial sólo constituye una forma complementaria de auxilio para los casos en que no exista la individualización del autor del delito imputado" (Exp. N° 734-87, Ancash [RETAMOZO, Alberto y PONCE, Ana María: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Idemsa, Lima, 1994, pp. 384-385]). Este criterio no es totalmente correcto; la individualización del denunciado es sólo un supuesto que determina la necesidad de realización de una investigación preliminar, pues muy bien resultaría necesario agenciarse de los mínimos elementos que den sustento a una imputación cuando la denuncia carezca de ellos o los que acompañe sean insuficientes o dudosos.

El procedimiento preliminar a la promoción de la acción penal y, por tanto, previo al procesamiento o instrucción judicial –en los términos fijados por el Código de 1940– procederá cuando se presente duda sobre la existencia del hecho o de algún elemento del delito, sobre la procedencia del ejercicio de la acción penal, o sobre la identidad de los imputados. Como tal, se trata de un momento de la investigación de carácter contingente, utilizable sólo cuando existan dudas de los presupuestos necesarios para iniciar formalmente un proceso, y está destinado a recoger un acervo probatorio mínimo para determinar la existencia de un probable hecho punible(64).

La necesidad de contar con un conjunto de información y elementos de convicción para sustentar la promoción de la acción penal, se sustenta en una exigencia legal. El art. 94°.2 de la LOMP –y con anterioridad, para el caso de denuncia popular, el art. 76° CPP– prescribe que la "denuncia formalizada" del Fiscal procederá si existe "*prueba suficiente*" o cuando el delito denunciado es "*efectivo*"; HURTADO POZO señala que el Fiscal debe contar con "*pruebas mínimas*" para denunciar(65). Se trata, en suma, de contar con *indicios delictivos* que den seriedad a unos cargos y que justifiquen el procesamiento penal de una persona; no se requiere que exista convicción plena en el Fiscal ni que las actuaciones estén completas, solo se necesita que las investigaciones arrojen un resultado probabilístico razonable, en orden a la realidad de un delito y de la vinculación delictiva del imputado o imputados.

B. Investigación Preliminar por el Ministerio Público

El Fiscal, al tomar conocimiento de un delito, discrecionalmente, puede decidir practicar él mismo los actos de investigación que considere indispensables para conseguir los indicios delictivos mínimos que le permitan promover la acción penal. Ello importa que no podrá dictar o ejecutar medidas que impliquen limitación de derechos fundamentales, pues con esa finalidad la Ley le exige la orden judicial correspondiente.

Hasta antes de la entrada en vigor de la Ley N° 27379, de 21 de diciembre de 2000, las referencias a la investigación preliminar del delito por la propia Fiscalía eran escasas. (1) El art. 45°.4 CPP 1940 autorizaba al Agente Fiscal a dirigirse a las autoridades políticas y policía judicial para que le proporcionen los datos y elementos que considere necesarios. Los comentaristas de la época no consideraron que dicha norma facultaba al Ministerio Público a realizar

---

(64) BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo: *El proceso penal*, Universidad del Externado, Bogotá, 1995, pp. 41 y 47.

(65) HURTADO POZO, José: *El Ministerio Público*, Sesator, Lima, 1981, p. 216.

una investigación previa, sino sólo a pedir antecedentes o aclaraciones a fin de completar la información que tenían. (2) Con la llegada de la LOMP, en el año 1981, se autorizó al Fiscal a disponer que los actos de averiguación previos se realicen por la Policía, bajo su supervigilancia, que no implicaba empero –por lo menos directamente– que él mismo pueda indagar, aunque de hecho los Fiscales lo hacían. (3) La Ley N° 24388, de 6 de diciembre de 1985, si bien no desarrolló un cuerpo normativo sobre el particular, reconoció –al modificar el art. 72° CPP– que existía una investigación previa del Ministerio Público, a la que homologó con la instrucción judicial si en las diligencias realizadas intervenía el imputado con su defensor y estas no eran cuestionadas.

Aun cuando los perfiles de esta investigación preliminar fiscal son sumamente imprecisos, pues la ley no dice mucho al respecto (no fija plazos, procedimientos, limitaciones, etc.), es cierto que su *ámbito* comprende todas las figuras delictivas públicas y, con autorización de la víctima, las semipúblicas. Asimismo, en cuanto a su *contenido*, siguiendo a MORENO CATENA, el Fiscal puede practicar cualquier medio de investigación, ya se trate de inspecciones oculares, informes periciales, declaraciones de imputados y testigos, a cuyo fin podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos por la ley para la citación judicial, a fin de recibir su declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en la Ley para la declaración judicial. Existe una delimitación negativa: el Fiscal no puede realizar aquellos actos que la ley reserva expresamente a la autoridad judicial: medidas limitativas de derechos y prueba anticipada (si es posible, en cambio, a nuestro juicio, que pueda preconstituir prueba). El Fiscal deberá observar las normas reguladoras de todos los actos de investigación que lleve a cabo, y las garantías procesales establecidas para los mismos[66].

En cuanto a la extensión de la actividad investigadora del Ministerio Público, esta debe cesar una vez que el Juez Penal asume jurisdicción sobre los hechos objeto de investigación; existe pues una incompatibilidad temporal entre la investigación preliminar fiscal y la instrucción judicial[67], aunque es del caso una salvedad importante, la prescrita en el art. 92°.4 de la LOMP, que autoriza al Fiscal Superior a ordenar una investigación preliminar por el Fiscal Provincial y la Policía cuando decida formular acusación formal; y, la dispuesta por el Juez Penal en los procedimientos por delito de terrorismo (Decreto Legislativo N° 922), cuando disponga que la Policía, bajo

---

(66) MORENO CATENA, Víctor (Dir.): *El proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Vol. II, pp. 863-864.

(67) IZAGUIRRE GUERICAGOITIA, Jesús María: *La investigación preliminar del Ministerio Fiscal. La intervención de las partes en la misma*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 108-110.

la conducción fiscal –lo que no obsta a que el Fiscal decida por sí realizar actividad de investigación– lleve a cabo diligencias de averiguación concretas.

La ley no fija un término a la investigación del Ministerio Público. Es obvio, no obstante ello, que su duración –atento a sus objetivos– debe ser breve, pues no puede tergiversarse y convertirse en una instancia paralela de investigación autónoma. Una investigación preliminar excesiva vulneraría el derecho a la tutela jurisdiccional (art. 139°.3 Const.), que garantiza la debida protección del ciudadano mediante el recurso judicial efectivo, así como desnaturalizaría la instrucción judicial, destinada precisamente a reunir los elementos de convicción necesarios para determinar la procedencia o no del juicio oral. Es de recordar que el principio que informa estas diligencias es su urgencia y el acopio de elementos mínimos para determinar inmediatamente la viabilidad de la promoción de la acción penal, por lo que, como dice SÁNCHEZ VELARDE, el plazo debe estar en función a la naturaleza de los hechos sujetos a indagación o comprobación, su dificultad o complejidad, o carencia de los presupuestos mínimos necesarios[68].

C. *Investigación preliminar policial*

De lo dispuesto en el art. 94°.2 de la LOMP y en el art. 1°, primer párrafo, de la Ley N° 27934, se advierte meridianamente que la intervención de la Policía en la investigación del delito puede ser por comisión o de oficio. En el primer caso, previsto taxativamente en el art. 94°.2 de la LOMP, se producirá cuando el Fiscal tome conocimiento de un hecho delictivo (*de oficio o por denuncia*) y, en tal virtud, le ordene la realización de los actos de investigación que correspondan; del art. 64° CPP 1940 fluye que inclusive una investigación policial no es solo previa a la instrucción judicial, pues puede ordenarse en el curso de la misma, mandato que puede cursar el Juez de la causa[69]. En el segundo caso, cuando la Policía reciba una denuncia, escrita o verbal, o como consecuencia de su actividad preventiva o de segu-

---

[68] SÁNCHEZ VELARDE, Pablo: *Comentarios al Código Procesal Penal*, Idemsa, Lima, 1993, p. 57.

[69] Señala al respecto el art. 64° CPP que "Los jueces ... podrán ordenar directamente a los funcionarios de la Policía Judicial que practiquen ... las diligencias propias de la naturaleza de aquella institución destinadas a la mejor investigación el delito y sus autores". Atribución que ha sido ratificada y ampliada por el art. 12°.3 del Decreto Legislativo N° 922 circunscrito al delito de terrorismo, cuando dice: "*Investigaciones Policiales Complementarias*. Iniciado el proceso penal, el Juez Penal podrá ordenar a la Dirección contra el Terrorismo de la Policía Nacional, bajo la conducción del Ministerio Público, la realización de investigaciones complementarias sobre puntos específicos materia de la instrucción o para el hallazgo y, en su caso, aseguramiento de documentos o de pruebas practicadas por la propia Policía u otro órgano del Estado ...".

ridad, tome conocimiento directo de la comisión de un delito, que es el caso contemplado expresamente en el art. 1° de la Ley N° 27934.

En ambos casos, la Policía está sujeta a las directivas jurídico-funcionales del Ministerio Público, lo que traduce el principio de subordinación y el deber de colaboración de la Policía en funciones de Policía Judicial. Con esta finalidad, en caso de intervención de oficio, debe comunicar al Ministerio Público dentro de las 24 horas, más el término de la distancia de ser el caso, la iniciación de la investigación. La Policía, cuando interviene directamente, no puede esperar el concurso del Fiscal, dada la urgencia de las primeras diligencias propiamente de averiguación y aseguramiento que es menester adelantar (se les denomina "*diligencias de comprobación inmediata*"), pero tampoco puede realizar investigaciones al margen del conocimiento y control del Ministerio Público.

La Constitución, en su art. 159°.4, no solo le atribuye la conducción –desde su inicio– de la investigación penal, sino que además le reconoce un poder de dirección funcional sobre la Policía en el ámbito de la investigación. El Tribunal Constitucional (STC, Asunto Defensor del Pueblo c/. Legislación sobre terrorismo agravado, Exp. N° 005-2001-AI/TC, de 15 de noviembre de 2001)[70] ha establecido, confirmando lo arriba expuesto, que el Ministerio Público –se entiende sobre la base de la legislación vigente– es el encargado de la conducción del proceso en la fase prejurisdiccional; y, que la Policía Nacional desarrolla una *función meramente ejecutiva* y, por ende, subordinada funcionalmente, en lo que a la investigación del delito se refiere, al Ministerio Público. Es menester aclarar, sin embargo, que cuando se dice función ejecutiva, se debe entender que se trata de una función auxiliar de la justicia penal, del titular del *ius persecutionis*, y que sus actos no tienen una naturaleza administrativa independiente o que emanan de un poder de investigación autónomo al sistema de justicia penal, sino que están orientados al esclarecimiento y aseguramiento en estricta dependencia al rol fundamental del Ministerio Público, constitucionalmente responsable de promover la acción de la justicia para garantizar la seguridad ciudadana. Dice, al respecto, DEL VALLE RANDICH, que "la labor de la Policía Judicial se concreta solamente a colaborar con la justicia en la investigación de los delitos [...] tiene una labor de investigación y comprobación. Cuando trata de llevar a cabo esta actividad debe reunir los elementos probatorios del delito y recoger los efectos del mismo [...] para ponerlos a disposición del juez"[71]. Desde

---

[70] *Jurisprudencia Constitucional*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2002, T. I, pp. 238-246.

[71] DEL VALLE RANDICH, Luis: *Derecho procesal penal. Parte General*, Lima, s/f, pp. 313-314.

esa perspectiva debe entenderse el art. 59° CPP 1940, cuando precisa que la Policía Judicial tiene la función de auxiliar a la administración de justicia, investigando los delitos y faltas y descubriendo a los responsables (como es obvio, bajo estricto control y dirección del Ministerio Público), para ponerlos a disposición de los jueces (hoy se entiende, en función a lo dispuesto en el art. 1° *in fine* de la Ley analizada N° 27934, que se pone a disposición del Fiscal) con los elementos de prueba y efectos que se hubiesen incautado.

Cabe puntualizar que las funciones de la Policía, como Policía Judicial[72], no se limitan a la realización, de oficio o por comisión, de investigaciones o averiguaciones preliminares, también tiene funciones de *asesoría técnica, de archivo y de estadística criminal*. La Policía tiene personal altamente calificado para que pueda colaborar con la justicia penal en las pesquisas o investigaciones materiales que permitan una real reconstrucción de los hechos y la identificación y localización de los presuntos responsables (laboratorios, gabinetes de identificación, peritos criminalísticos, medios técnicos, etc.)[73].

C.1. Actuaciones de la investigación preliminar policial

El art. 1° de la Ley N° 27934 diseña un modelo de actuación de la función policial-judicial claramente residual, privilegiando de ese modo la investigación fiscal. Más allá de esa premisa, que tiene un sentido ideal, pero que choca con la realidad, dada la presencia y organización policial, y la propia configuración institucional del Ministerio Público (la Fiscalía, como tal, dice ROXIN, no tiene órganos ejecutivos; es una "cabeza sin manos"[74]), lo cierto es que dicha norma delimita con toda precisión, taxativamente, las acciones que puede realizar la Policía. Si la actuación policial es una actuación de los poderes públicos, entonces está sometida al *principio de habilitación legal*, lo que significa, expresa QUERALT, que las competencias de actuación

---

[72] Nuestra Constitución no ha creado, ni tampoco la LOPNP, una Policía Judicial distinta de la Policía Nacional. Lo que existe, en rigor, es una función policial-judicial que la Policía Nacional ejerce junto con otras funciones no menos importantes, lo que origina problemas de coordinación, especialización, exclusividad y dependencia (cfr., QUERALT, Joan Joseph: *Introducción a la Policía Judicial*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 13).

[73] Cfr.: MARTÍNEZ RAVE, Gilberto: *Procedimiento penal colombiano*, Temis, Bogotá, 1994, p. 198, lo cual es conforme con lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Policía Nacional y su Reglamento. La Policía tiene como funciones la asesoría y cooperación con la justicia penal, entre otras, las de identificación (9°.20 Rgto. LOPNP), de registro de antecedentes (10°.4 Rgto. LOPNP), de peritajes criminalísticos (art. 10°.6 Rgto. LOPNP). El art. 65° CPP de 1940 señala que en los laboratorios y gabinetes de la Policía Judicial se realizarán los peritajes que las investigaciones exijan.

[74] ROXIN, Claus: *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 57.

nacen de la ley y sin la ley no hay posibilidad de actuación pública, esto es, la actuación policial debe estar expresamente habilitada por una ley [75].

Es posible clasificar las actuaciones policial-judiciales expresamente reconocidas por la Ley en tres tipos: actuaciones de conocimiento y protección, actuaciones de averiguación, y actuaciones de aseguramiento.

a) Las *actuaciones de conocimiento y protección*, que son las que permiten la intervención policial y posibilitan ulteriores actuaciones, así como se orientan al cuidado de la escena del delito y el auxilio a las víctimas. Entre ellas tenemos la recepción de denuncias –escritas o verbales–, la vigilancia y protección del lugar de los hechos para que no se alteren las posibles evidencias y el auxilio a las víctimas del delito.

b) Las *actuaciones de averiguación*, que tienden a esclarecer la perpetración de los delitos, con todas sus circunstancias, y la responsabilidad de sus autores y partícipes. La Ley configura un grupo de diligencias específicas, orientadas tanto a la identificación física de los autores y partícipes del delito, como a la toma de manifestaciones de quienes hayan presenciado la comisión de los hechos; asimismo, de modo genérico, concibe diligencias indeterminadas dirigidas a la reunión de cuanta información de urgencia permita la Criminalística para ponerla a disposición del Fiscal, lo que demandará v. gr., realizar inspecciones técnico-policiales, careos, pericias, reconocimiento de personas, etc. Otra diligencia, esta vez específica, que importa la utilización de tecnología, es el levantamiento de planos, la toma de fotografías, la realización de grabaciones en vídeo y la ejecución de otras operaciones técnicas o científicas similares.

En este último punto, cabe citar el art. 4° de la Ley N° 27686, Ley sobre entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos y disturbios, de 19 de marzo de 2002, que autoriza como medio de investigación los "*registros fotográficos y/o fílmicos auténticos de manifestaciones públicas en las que puede individualizarse a los autores de actos de violencia, lesiones o daño a la propiedad privada y/o pública, constituyen elemento probatorio*". Se trata de lo que la doctrina denomina *Videovigilancia* e importa una filmación o tomas fotográficas en lugares públicos, aunque restringidos al ámbito de un disturbio callejero, con lo que se está ante una medida instrumental limitativa de derechos, pues limita el derecho a la propia imagen. Su utilización es preponderantemente policial, y la autoriza a captar imágenes de manifestaciones violentas, cuya valorabilidad como acto de prueba está en función a la autenticidad de las filmaciones o fotografías, a su incorporación en el juicio y, esencialmente, a la declaración de quien tomó las impresiones o filmaciones, a

---

[75] QUERALT: *Introducción a la Policía Judicial*, cit., pp. 37 y 39.

fin de someterse a contradicción. Como dice ARMENTA DEU, inicialmente se concibe como una medida de carácter preventivo para proteger la seguridad ciudadana, que puede convertirse en acto de investigación cuando a raíz de la misma se detecta la comisión de uno de los delitos previstos por la ley[76].

Llama la atención que no se ha incluido como una actuación de averiguación la manifestación del presunto implicado. La fuente de la Ley fue el art. 106° del CPP 1991, cuyo inciso 12) establecía: "*Recibir excepcionalmente la manifestación de los presuntos autores y partícipes del delito cuando el Fiscal no se haya constituido antes de las veinticuatro horas de presentada la denuncia, o cuando aquéllos se hallen en situación de grave peligro*". Una pauta similar, aunque expresa, es la que se encuentra en el inc. 10) del art. 184° del Código Procesal Penal de la Nación argentina, que prohíbe a la policía recibir la declaración del imputado, a quien solo puede dirigirle preguntas para constatar su identidad, previa lectura de sus derechos. En consecuencia, como el modelo implantado articula una red de atribuciones taxativas, más aún si expresamente el legislador se apartó de la fuente inmediata que le sirvió de fundamento, no es posible que se tomen manifestaciones a los denunciados o presuntos implicados.

Otras actuaciones de averiguación, pero que importan limitación de derechos en función al fin de esclarecimiento que esta persigue –tales como la libertad ambulatoria, intimidad y domicilio–, son el registro de personas (la nota de intervención indiciaria debe exigirse en función a las circunstancias de la intervención) y el allanamiento y/o ingreso en locales de uso público o abiertos al público, en caso de flagrante delito. Como es obvio, constituye un error, subsanado en el art. 110°.10 del Proyecto CPP de 1995, condicionar el ingreso a locales públicos a la flagrancia delictiva, la cual por su propia naturaleza y en función al derecho protegido solo tiene lugar tratándose de locales cerrados.

Una última *actuación de averiguación*, que implica una limitación de derechos fundamentales, en rigor, la integridad corporal, es la denominada "prueba alcoholométrica". El art. 3° de la Ley N° 27753, de 9 de junio de 2002, referida a la conducción de vehículos, y vista como una operación claramente orientada a la prevención o comprobación de delitos, prescribe la denominada "*tasa de alcoholemia en aire espirado*", que tiene un carácter indiciario y referencial, en tanto se practique al intervenido el "*examen de intoxicación alcohólica*". Se trata –como dice ARAGONESES MARTÍNEZ– de medidas limitativas de derechos, en tanto que su actuación supone una restricción de la libertad individual –una *retención*– y una intervención corporal

---

[76] ARMENTA DEU: *Lecciones de Derecho procesal penal*, cit., p. 190.

que limita el derecho a la integridad corporal. La doctrina constitucional considera estas prácticas totalmente legítimas, no importan una detención ni entrañan una declaración autoincriminatoria del afectado[77].

c) Las *actuaciones de aseguramiento*, que procuran retener a la persona del implicado y todo objeto material vinculado al delito. Así tenemos, desde el lado real o material: (1) la recogida y conservación de los objetos e instrumentos relacionados con el delito; (2) la inmovilización de documentos, libros contables, fotografías y todo elemento material que pueda servir a la investigación, cuidando de no afectar el secreto y la inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados; y, (3) la incautación en caso de flagrante delito o peligro inminente de su perpetración.

Es de tomar nota de dos hechos singulares. En primer lugar, la recogida y conservación de bienes está en función de bienes abandonados –que no están en poder de persona alguna– o dejados exprofesa o casualmente en el lugar de los hechos. En segundo lugar, la incautación es un acto propiamente coercitivo, en cuya virtud la Policía ocupa un bien que está en poder de una persona apartándolo de su ámbito de dominio. La exigencia de flagrancia para incautar un bien delictivo o que puede ser cuerpo del delito constituye una torpeza legislativa, pues inclusive se homologa el régimen de las cosas al de la libertad de las personas; solo haría falta *fumus delicti* o causa probable, como lo es en todos los sistemas legislativos modernos.

Una actuación de aseguramiento personal es la detención. El inc. 8° del art. 1° de la Ley N° 27934 hace mención a la captura de los presuntos autores y partícipes en caso de flagrante delito, cuya definición se encuentra consignada en el art. 4°. La mencionada Ley, asimismo, regula un conjunto de derechos para los detenidos, que la Policía debe informarles y asegurarles. Son seis: presunción de inocencia, respeto de su integridad física y psíquica, examen por un médico legista, asistencia letrada, comunicación de los cargos y comunicación con su familia, abogado u otra persona de su elección.

C.2. Control y régimen de las actuaciones policiales

Basándose en el poder de dirección jurídico-funcional de la Fiscalía sobre la investigación policial del delito, el párrafo *in fine* del art. 1° de la Ley N° 27934 dispone que el Fiscal, en primer lugar, dictará una resolución fundamentada expresando los motivos que le impidieron asumir directamente la conducción de las diligencias de averiguación; en segundo lugar, evaluará la legalidad y utilidad de los actos de investigación en su conjunto;

---

(77) DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 2002, cit., pp. 381-883.

y, en tercer lugar, de ser el caso, dispondrá su repetición por la propia Policía o su ampliación bajo su dirección personal. Se entiende que este control *ex post* es sin perjuicio del control *ex ante* de las diligencias policiales, es decir, cuando el Fiscal está presente en las diligencias o las ordena expresamente.

Estas diligencias, como la propia instrucción judicial, están sometidas a la reserva sumarial, que por cierto no excluyen a las partes: secreto para terceros, conocimiento para las partes. El aludido numeral, en ese sentido, establece que las partes podrán intervenir en las diligencias y tendrán acceso a la documentación que las incorpore, lo que implícitamente exige la debida notificación de las mismas.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha consolidado la vigencia del derecho de defensa en el ámbito preliminar en general, y policial en especial[78]. En su sentencia de 15 de abril de 2002 precisó, con base a lo dispuesto en el art. 8°, inciso 2), literal "c" de la CADH, que lo integró a la noción del debido proceso –lo que carece de sentido en nuestro ordenamiento en tanto que el derecho de defensa está constitucionalizado y, por ende, constituye un derecho con entidad propia–, que toda persona investigada en esa sede tiene derecho a un tiempo razonable para organizar su defensa o, eventualmente, recurrir a los servicios de un letrado para articularla o prepararla de manera plena y eficaz. Asimismo, como en su oportunidad postulara TIEDEMANN[79], la noción "proceso", desde esta perspectiva, debe entenderse que se proyecta también al ámbito de la "etapa prejurisdiccional", es decir, aquella cuya dirección compete al Ministerio Público (cabe aclarar que el citado arts. 159°.4 Const., no se refiere exclusivamente a la investigación preliminar, sino a todo el proceso de investigación, en aras de eliminar la instrucción judicialista). En tal virtud, puntualizó que entre la notificación de la citación y la concurrencia de la persona citada debe mediar un tiempo razonable, tiempo que le permita preparar adecuadamente su defensa.

C.3. El Atestado Policial

El art. 60° CPP 1940 estatuye que el resultado de la averiguación policial se vuelca en un documento denominado "*Atestado Policial*". Puede definirse el Atestado Policial, siguiendo a ALONSO PÉREZ, como el documento oficial donde se extienden las diligencias que practican los funcionarios de la Policía Judicial para la averiguación y comprobación de hechos presuntamente

---

(78) STC, Exp. N° 1268-2001-HC/TC, Asunto Socorro Vallejo Cacho de Valdivia, 15 de abril de 2002 (PIZARRO GUERRERO, Miguel: *Jurisprudencia Constitucional de Hábeas Corpus*, Grijley, Lima, 2003, pp. 62-66).

(79) TIEDEMANN, Klaus: *Constitución y Derecho penal*, Palestra, Lima, 2003, p. 207.

delictivos[80]. El Atestado está integrado por el conjunto de actuaciones a que hace referencia el art. 1° de la Ley N° 27934: conocimiento y protección, averiguación, y aseguramiento. Estas actuaciones, es de enfatizar, deben documentarse por escrito; asimismo, debe especificarse con la mayor exactitud los hechos averiguados, con la oportuna inserción de las declaraciones e informes recibidos y con la anotación de todas las circunstancias observadas.

Señala en otro trabajo ALONSO PÉREZ que el Atestado está formado por un conjunto de cuatro diligencias documentadas. (1) Primero, *diligencias de iniciación*, que son aquellas que dan comienzo al Atestado (v. gr.: denuncia, parte de intervención, orden del Ministerio Público) y que reflejan los primeros datos que indican la comisión de una infracción penal. (2) Segundo, *diligencias de trámite*, que son aquellas de contenido administrativo que sirven para coordinar y estructurar el resto de las diligencias del atestado (v. gr.: información de derechos al detenido, traslado del detenido, comunicación o notificación, petición o requerimiento de información). (3) Tercero, *diligencias de investigación*, que son aquellas donde se plasma la labor policial de averiguación (v. gr.: manifestaciones, inspecciones, informes periciales, reconocimiento, criminalísticas, incautación, allanamiento, recojo o hallazgo de evidencias, intervención, registro, etc.). Estas son las actas que propiamente el Fiscal debe analizar en cuanto a su legalidad, oportunidad y utilidad, a fin de disponer su repetición o ampliación. (4) Cuarto, *diligencias de remisión*, que contiene los datos más esenciales del mismo (v. gr.: el cuerpo mismo del atestado, la enumeración y descripción de los actos, actas y efectos que se acompañan, la inclusión de algún aspecto que pueda ser importante, y la conclusión respectiva)[81].

El destino del Atestado ya no es, como dice el Código de 1940, la autoridad judicial. En tanto el Fiscal es el titular del ejercicio de la acción penal, la Policía debe enviarle el Atestado a dicha autoridad, con los detenidos y efectos relacionados con el delito. Tan pronto como se inicie la instrucción judicial, dice el art. 63° del CPP 1940, debe ponerse a disposición de la justicia los detenidos y efectos relativos al delito, sin perjuicio de las diligencias que la Policía podrá seguir practicando para la mejor investigación de los hechos, que obviamente se plasmarán en un Atestado ampliatorio. Empero, es de acotar que existen dos límites obvios a esa atribución: *primero*, la autorización del Ministerio Público; y, *segundo*, que no se investigue los mismos hechos objeto del Atestado, sino otros que pueden ser conexos o no.

---

(80) ALONSO PÉREZ, Francisco: "El atestado policial. Innovaciones introducidas por la Ley 38/2002, de 24 de octubre", en: *Diario La Ley*, N° 5679, Año XXIII, Madrid, 18 de diciembre de 2002, p. 1.

(81) DELGADO MARTÍN, Joaquín (Coordinador); ALONSO PÉREZ, Francisco; BARALLAT LÓPEZ, Juan; PASTOR MOTTA, Luis: *Los juicios rápidos*, Colex, Madrid, 2002, pp. 50-52.

Formalmente el Atestado, en cuanto documento oficial, debe ser autorizado por el funcionario que haya dirigido la investigación (*vid.* art. 61° CPP 1940). Allí deben constar todas las diligencias que se hayan practicado. Las personas que hubieran intervenido en las diversas diligencias deben suscribirlas; ello significa tanto que es posible que varios funcionarios intervengan en las investigaciones, cuanto que los testigos, autoridades e implicados que participen en su desarrollo deben firmarlas. Obviamente, en atención al principio de voluntariedad, no puede obligarse a ninguna a persona a suscribir un acta, sin perjuicio de que se consignen en ella los motivos de la negativa. Por otro lado, se deben cumplir en las diligencias, plasmadas en las actas, las formalidades legales que correspondan, a cuyo efecto rigen en lo pertinente las normas de la instrucción judicial.

C.4 Valor procesal del Atestado Policial

Las actuaciones policiales, realizadas antes o después de instaurada una instrucción judicial, no tienen –en principio– valor probatorio. Dos razones justifican esa conclusión: (1) la ausencia de presencia judicial en su realización; y, (2) la falta de garantías en su práctica. No son pues actos de prueba que puedan ser valorados directamente por el órgano jurisdiccional sentenciador.

Es claro, sin embargo, que el Atestado es un elemento importante en la etapa de instrucción, en tanto que sirve para la interpretación y articulación lógica de las pruebas prácticas en el juicio oral[82]. Pese a ello, básicamente, tiene un valor de denuncia, por lo que no puede en modo alguno sustituir la propia actuación probatoria. Las actuaciones policiales se erigen, por tanto, no en medio, sino en objeto de prueba[83]. Así lo ha establecido, con un carácter general, la Corte Suprema en la Ejecutoria de 31 de julio de 1997 al precisar que las actuaciones del atestado policial en sí mismas son insuficientes para

---

(82) Esa importancia ha sido resaltada por la Ejecutoria Suprema de 25 de junio de 1990, al exigir a los jueces el "análisis serio de los actuados y documentos, parte policial y atestado es fundamental y decisivo para establecer la real situación jurídica de los procesados (...)" (ANDÍA CHÁVEZ, Juan: *Repertorio de Jurisprudencia Penal*, Grijley, Lima, 1996, p. 31).

(83) La Corte Suprema ha establecido que la idoneidad probatoria del Atestado se aprecia en la etapa de juzgamiento, y que las impugnaciones contra el Atestado no dan lugar a incidencia alguna, pues la valoración de hechos y pruebas se efectúa oportunamente (Ejecutoria Suprema de 25 de noviembre de 1988 (ANDÍA CHÁVEZ: *Repertorio de Jurisprudencia Penal*, cit., p. 32).

demostrar la responsabilidad del acusado, pues tienen la finalidad de denuncia para los fines de procesamiento[84].

No obstante ello, una afirmación de tal rotundidad debe matizarse en función a la diferente naturaleza de determinadas diligencias de investigación, cuya valorabilidad es distinta. En un Atestado están, *primero*, las declaraciones y atestaciones de los policías; *segundo*, las actas de constatación en general; y, *tercero*, los informes técnicos de sus gabinetes y del Instituto de Medicina Legal. Las primeras carecen de efectos probatorios, las segundas son pruebas preconstituidas; y, las terceras, han de ser valoradas como pericias. A ello se agrega, como apuntan CHOCLÁN y CALDERÓN, que el atestado tiene virtualidad probatoria cuando contiene *datos objetivos y verificables*, pues hay partes del mismo, como pueden ser croquis, planos, huellas, fotografías, que sin estar dentro del perímetro de la prueba preconstituida o anticipada, pueden ser utilizados como elementos de juicio coadyuvantes, siempre que sean introducidos en el juicio oral como prueba documental a fin de posibilitar su efectiva contradicción por las partes[85].

En primer lugar, a partir de lo ya expuesto, es claro que únicamente las declaraciones realizadas en el acto del juicio oral o ante el Juez Penal como realización anticipada de la prueba y, consiguientemente, previa a la instauración del contradictorio, pueden ser consideradas para dictar sentencia.

Como regla no se aceptan las declaraciones de testigos prestadas en las investigaciones policiales. Ni siquiera, dada su ausencia de valorabilidad, se pueden leer en el juicio oral. Empero, por vía indirecta es posible aceptar introducir ese testifical a través del denominado "*testimonio de referencia*", circunscrito a los policías que: (1) intervinieron personalmente en las diligencias del atestado, (2) presenciaron el delito, (3) efectuaron la recogida del cuerpo del delito, o (4) realizaron la detención de su autor. Ese testimonio es siempre excepcional, y se actuará en tanto no sea posible el concurso de los testigos directos que declararon en sede policial (por enfermedad, ausencia intempestiva, muerte, viaje, etc.). Sin ese testimonio de referencia, la atestación policial, contenida en el cuerpo del Atestado, no tiene valor. Otra

---

[84] Exp. N° 2046-96 (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2001, p. 175). Esa posición ha sido reiterada en la Ejecutoria Suprema de 29 de mayo de 1997, Exp. N° 285-96 (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 175).

[85] CALDERÓN CEREZO, Angel y CHOCLÁN MONTALVO, José: *Derecho procesal penal*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 160.

regla que matiza esa posición inicial es la contemplada por la jurisprudencia española vinculada a la denominada *"neutralidad del investigador"* (STCE 36/95 de 6 de febrero, y STSE 1207/95), en cuya virtud si un reconocimiento realizado en sede policial no es ratificado en el juicio oral por quien lo hizo, el Tribunal solo podrá conceder valor a la actuación policial siempre que se haya procedido con absoluto respeto a la legalidad y a los requisitos de fiabilidad intrínsecos de dicha actuación(86).

Las manifestaciones en sede policial de implicados y testigos, incluida la víctima, por ende, carecen de valor probatorio, en tanto que media ausencia de inmediación judicial y de contradictorio efectivo, lo que constituye un límite derivado del principio de presunción de inocencia. El art. 72° CPP, en su texto incorporado por la Ley N° 24388, sin embargo, considera que si la manifestación se presta con asistencia de fiscal y defensor, tendrá valor probatorio(87). Es una excepción, muy dudosa por cierto, al principio de la prueba judicial, la que debe interpretarse restrictivamente; en principio, el testimonio prueba contra quien lo prestó, pero no tiene valor para involucrar a terceros, en tanto en él no intervino la defensa del involucrado.

Una delimitación interesante a esa declaración legal se encuentra en la Ejecutoria Suprema de 31 de mayo de 2001, cuando señala, con muy buen criterio, que: "(...) toda imputación hecha a nivel policial *no ratificada en la etapa jurisdiccional* ni corroborada con otros medios de prueba carece de mérito probatorio para acreditar la responsabilidad penal de la persona sometida a juicio; más aún atendiendo a que la doctrina procesal penal es objetiva al considerar que existe responsabilidad penal única y exclusivamente cuando existen en autos medios probatorios (testimoniales, reconocimiento, confrontaciones, peritajes, etc.) plurales y convergentes

---

(86) GIMENO SENDRA, Vicente; GARBERÍ LLOBREGAT, José; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido: *Los procesos penales*, Bosch, Barcelona, 2000, T. 3, p. 158.

(87) La Corte Suprema ha sostenido que en las declaraciones tiene que haber intervenido el Fiscal y contado con la presencia del abogado defensor (Ejecutoria Suprema de 13 de agosto de 1985 [*Anales Judiciales*, T. LXXIII, Lima, 1985, p. 242]). No obstante ello, en algunas ocasiones, ha matizado esa declaración legal. Ha precisado que una manifestación policial, con presencia fiscal, no constituye prueba si se acredita que momentos antes de su realización se coaccionó al declarante y si en el acto de la declaración no estuvo presente un defensor (Ejecutoria Suprema de 11 de junio de 1990, Exp. N° 189-88 Lima [*Normas Legales*, T. 205, Trujillo, 1993, pp. 485-488]). Por otro lado, con mayor rotundidad, la Corte Superior de Lima en la Ejecutoria de 4 de diciembre de 1997, Exp. N° 2443-97, ha establecido que la declaración de un agraviado en sede policial sin que haya sido ratificada en sede judicial carece de valor legal (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel: *Jurisprudencia del proceso penal sumario [1997]*, Grijley, Lima, 1999, p. 56).

que acreditan en forma indubitable y fehaciente la responsabilidad penal del procesado"[88].

La doctrina procesalista, por otro lado, matizando la declaración general de ausencia de valor de prueba del Atestado, tiene afirmado que junto con la facultad genérica de investigación, la policía está habilitada para asegurar el cuerpo del delito, así como para acreditar su preexistencia mediante los pertinentes actos de constancia, como las fotografías, croquis, planos, huellas, que se limitan a reflejar con fidelidad determinados datos o elementos fácticos de la realidad externa.

Es el caso, también, de la detención en flagrancia, así como de la ocupación y recuperación de los efectos o instrumentos del delito (así se ha pronunciado, por ejemplo, la Corte Suprema en la Ejecutoria de 3 de enero de 1973)[89], como son armas, drogas, efectos prohibidos, entrada y registro en lugar cerrado y lo que se hallara durante su transcurso, los fotogramas de la película filmada durante el delito, la recuperación de lo sustraído.

Un caso especial, vinculado con la prueba del hecho delictivo, se da en el supuesto de los denominados "delitos testimoniales o *cuasiflagrantes*", es decir, aquellos que presentan como rasgo esencial la inseparable percepción diaria de los policiales, de lo que se infiere la presunción *iuris tantum* de credibilidad de lo afirmado por ellos. Estos delitos son aquellos que se desenvuelven, se desarrollan o se consuman a la vista de otras personas, que pueden ser policías, los cuales perciben directa o inmediatamente lo esencial de la infracción. Aquí la versión del policía, en tanto en cuanto sea verosímil, coherente y exprese una intervención legítima en el ámbito de sus funciones, tendrá entidad para enervar la presunción de inocencia, salvo –claro está– que se incorpore prueba en contrario o que la ponga en duda.

Los requisitos para otorgarse valor de prueba a tales diligencias son los siguientes:

1) Los policías han de haber intervenido por razones de urgencia o necesidad.

2) La actuación debe ser irrepetible. La irrepetibilidad debe haber sido sobrevenida o ya conocida, pero irremediable en cuanto a la vigencia de la inmediación y contradicción dada la urgencia de la actuación, ya que si no se hubiera constatado la irreproducibilidad y la diligencia permitiera la presencia

---

[88] Exp. N° 4468-2000, Lima (*Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 8, Trujillo, 2001, pp. 145-148).

[89] Exp. N° 1429-72, La Libertad (TARAMONA, José R.: *Compendio de Ejecutorias Supremas*, Jamse Editores, Lima, 1983, T. III, pp. 44-46).

judicial y el ejercicio del derecho de defensa, y empero esta circunstancia se obvió, habría que concluir por su inutilizabilidad.

3) La intervención debe haberse realizado observando las garantías necesarias. Básicamente, sin perjuicio de cumplir los requisitos específicos exigidos por cada derecho individual afectado, es imperativo el respeto al derecho del defensa del afectado y, de ser posible, que se realice mediando contradictorio del afectado. Por ello es que la Corte Suprema ha declarado que si de la actuación policial se advierte alguna vulneración grave al practicar un registro e incautación, tal diligencia carece de efectos legales[90].

En una ocasión la Corte Suprema exigió la presencia del Ministerio Público para otorgar eficacia probatoria a un acta de registro e incautación[91]. Sin embargo, esa doctrina debe matizarse, entendiéndose que la ilegalidad se producirá sólo cuando la investigación preliminar está intervenida directamente por la Fiscalía o cuando la Policía ha podido contar con la participación de un Fiscal. Exigir en abstracto la presencia del Fiscal y su firma en el acta respectiva, para dotarla de eficacia probatoria, significa desconocer la naturaleza muchas veces urgente, imprevista e irrepetible de tales actos.

4) El acta debe reproducir fiel y objetivamente la realidad externa. No deben incorporarse elementos narrativos que no resulten de la percepción inmediata del policía, esto es, que conlleven valoraciones subjetivas expuestas a su propia apreciación personal.

5) El autor del Atestado o de la diligencia en cuestión debe declarar en el juicio oral, a fin de preservar los principios de oralidad y contradicción por la parte acusada, que permitan un adecuado ejercicio del derecho de defensa con las garantías procesales debidas. Es obvio que esta declaración no puede subsanar diligencias viciadas o inconstitucionales.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Asunto Tineo Silva y otros[92], en los párrafos 157 al 159, respecto del Atestado policial, ha sentado la siguiente doctrina: 1) Que el Atestado policial no tiene, ni ha teni-

---

(90) Ejecutoria Suprema de 18 de enero de 1990, Exp. N° 16-90, Lima (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 173). Ha dicho, igualmente, el Supremo Tribunal que un acta de incautación levantada en un Establecimiento Penal a un interno, sin presencia del Fiscal, carece de mérito probatorio (Ejecutoria Suprema de 14 de febrero de 1994, Exp. N° 3101-93, Lima [*Normas Legales*, T. 233, octubre, Trujillo, 1995, pp. J42-J44]).

(91) Exp. N° 5049-97, Ejecutoria Suprema de 3 de abril de 1998 (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 175).

(92) STC Asunto Tineo Silva y otros sobre legislación de terrorismo, Exp. N° 010-2002-AI-TC, de 3 de enero de 2003 (*El Peruano*, Lima, 4 de enero de 2003, p. 236545).

do en el pasado, carácter de prueba plena (que en sí mismo permite dictar una condena); y, si bien excepcionalmente el art. 62° CPP le confiere la calidad de elemento probatorio (a un concreto acto de investigación) si interviene el Fiscal, tal condición –que es un mero juicio de valorabilidad positiva– se sujeta a la apreciación en conciencia del juzgador, con arreglo al art. 283° del CPP 1940. 2) Que una sentencia condenatoria no puede sustentarse en la versión del Atestado policial, sino que debe ser corroborada con otros tipos o medios de prueba –ello significa que el Atestado no tiene entidad para enervar la presunción de inocencia y que se requiere fuentes de prueba válidamente obtenidas y actos de prueba válidamente realizados–. 3) Que el Atestado no tiene calidad de prueba plena, debe ser valorado conjuntamente con los demás medios probatorios conforme al criterio de conciencia. Todo esto no dice, desde luego, de la virtualidad probatoria propia que tiene el Atestado cuando incorpora datos objetivos, verificables e irrepetibles, así como pericias técnicas; amén de que el atestado con independencia de su consideración material de documento, no tiene, como regla general, el carácter de prueba documental, pues incluso en aquellos supuestos en que los policías prestan declaración sus manifestaciones tienen la consideración de prueba testifical[93].

D. Medidas limitativas de derechos

1. El CPP de 1940 no previó la posibilidad de que durante la fase preprocesal de investigación preliminar fuera posible que el Juez Penal intervenga para dictar medidas instrumentales restrictivas de derechos o medidas provisionales, básicamente cautelares, no obstante que configuró un Fiscal sin facultades coercitivas. La posibilidad legal de hacerlo partió de cuatro normas con rango de ley, que están vigentes.

La primera norma es el Decreto Ley N° 22095, de 2 de marzo de 1978, reglamentada por los Decretos Supremos N° 34-94-JUS, de 23 de julio de 1994, y N° 43-94-JUS, de 4 de noviembre de 1994. Dicha legislación está referida al delito de tráfico de drogas y circunscrita a las diversas formas de embargo y, extensivamente, a la incautación.

La segunda norma es la Ley N° 27379, de 21 de diciembre de 2000, con antecedentes en el art. 107° *in fine* del CPP de 1991. Su ámbito de aplicación se limita –expuesto genéricamente, claro está– a determinados delitos graves y a la intervención delictiva de una pluralidad de personas o de una organización criminal, y desde una perspectiva más extensa e inten-

---

(93) ALONSO PÉREZ: "El atestado policial. Innovaciones introducidas por la Ley 38/2002, de 24 de octubre", cit., p. 7.

sa, incorpora un total de doce medidas limitativas de derechos: detención preliminar, comparecencia restrictiva, arraigo, embargo, orden de inhibición de disposición de bienes, levantamiento del secreto bancario, levantamiento de la reserva tributaria, exhibición y remisión de información reservada, allanamiento de inmuebles o lugares cerrados, inmovilización de muebles, y clausura temporal de locales. La interceptación telefónica fue eliminada para dar paso a otras medidas más amplias en otra ley posterior.

La tercera norma es la Ley N° 27697, de 12 de abril de 2002, que desarrolla el control y la intervención de comunicaciones y documentos privados, que sólo puede aplicarse en once modalidades delictivas, y que el art. 3° *in fine* autoriza expresamente que se dicten en sede de investigación preliminar.

La cuarta norma es la Ley N° 27934, de 12 de febrero de 2003, que consolida la potestad coercitiva en sede de investigación preliminar para toda clase de delitos, pero delimita las medidas que pueden ordenarse a las de detención y comparecencia restrictiva.

2. Un problema que debe dilucidarse es la legitimidad constitucional de la limitación de derechos fundamentales en la fase preprocesal. Es claro que la Ley Fundamental no niega esa posibilidad. Así tenemos que la Constitución se refiere en muchas de sus normas a la limitación o restricción de derechos con fines de justicia penal. Menciona: a) que el secreto bancario y la reserva tributaria (art. 2°.5) se pueden levantar a pedido del juez; b) que el allanamiento domiciliario, fuera de la flagrancia o de autorización del titular del derecho de exclusión, requiere "mandamiento motivado" del Juez (art. 2°.9); c) que la intervención de comunicaciones y documentos privados exige "mandato motivado del juez", al igual que la incautación de libros, comprobantes y documentos contables y administrativos (art. 2°.10); d) que la libertad domiciliaria necesita "mandato judicial" (art. 2°.11); y, e) que nadie puede ser detenido sino por "mandamiento escrito y motivado del juez [...]", y que el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las 24 horas o en el término de la distancia, el mismo que puede asumir jurisdicción antes de vencido el plazo de 15 días en delitos exceptuados (art. 2°.24.f).

Como se observa, lo que –en principio– es imprescindible para limitar derechos con fines de Derecho Penal es la existencia de una orden judicial, que debe ser escrita y motivada. Obviamente, la ley que regule estos poderes al Juez, y solo al Juez, debe establecer un procedimiento que establezca la competencia y ritos puntuales, así como requisitos, garantías, recursos, etc., en resguardo del valor justicia y del derecho a la tutela jurisdiccional.

La Constitución no impone que exista un proceso judicial abierto, un auto de procesamiento o que el Fiscal haya promovido la acción penal y el Juez la hubiera aceptado mediante una resolución de imputación judicial (que en nuestro sistema vigente se denomina *"auto de apertura de instrucción"*). De ser así no se explicaría la existencia de una etapa preparatoria propia de la investigación dirigida por el Ministerio Público y, esencialmente, no se tendrían en cuenta, en aras de la eficacia, los peligros que han de superarse en los supuestos de urgencia (*periculum in mora*).

Es de anotar, en esta misma perspectiva, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en una línea más amplia: a) prohíbe la detención o prisión arbitraria (aquella impuesta fuera de los marcos o causas legales preestablecidas y con infracción de los procedimientos que la ley estatuye), y exige que el detenido o preso sea puesto sin demora ante un juez, quien tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad; b) permite la detención para asegurar el procedimiento y afirma el derecho que el detenido tiene de recurrir ante un juez para que decida sobre la legalidad de su detención (arts. 91.1-4, PIDCP); y, c) prohíbe las injerencias arbitrarias o ilegales en la vida privada de las personas, y las limitaciones a la libertad de tránsito. Obviamente, en estos casos, lo que el Pacto exige es una norma con rango de ley que desarrolle cumplidamente esas posibilidades de limitación de derechos y garantice la puntual y efectiva intervención judicial. El PIDCP en ningún momento impone la necesidad de un proceso previo, solo obliga a instituir un procedimiento razonable en sede judicial que permita controlar la legitimidad de las medidas restrictivas.

3. Las concretas medidas limitativas de derechos, esto es, siguiendo a SCHLÜCHTER, los actos procesales que suponen injerencias –de una intensidad razonable, *intensitätsschwelle*– en los derechos fundamentales del inculpado o de terceros, realizados contra su voluntad y por causa de la persecución penal[94], serán analizadas en otros capítulos.

En todo caso, el presupuesto inicial para conseguir del juez una medida limitativa de derechos es la urgencia y el peligro en la demora. Ambos conceptos traducen, primero, la idea de necesidad imperiosa y, segundo, la convicción –dada las circunstancias de la investigación preliminar– de que si no se dicta una coerción específica, siempre proporcional y basada en el principio de intervención indiciaria, el objetivo perseguido se perdería con grave riesgo para la efectividad del procedimiento.

---

[94] SCHLÜCHTER, Ellen: *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 64.

El sujeto activo de la medida es siempre el Fiscal, titular de la investigación, y quien debe concederla o denegarla es el Juez. En ambos casos, se requiere que la petición y la resolución se fundamenten debidamente en los recaudos acompañados y en la ley. Es importante tener presente que la necesidad de una detención preliminar se justifica por una realidad legal inconfundible: solo se puede detener a una persona, sin orden judicial, en flagrante delito, por lo que en los demás supuestos precedidos de la nota de urgencia, siempre necesaria, es menester acudir al Juez.

E. Control jurídico de la detención policial

La potestad de detención, en cuanto excepcional y provisional, no constituye –como sabemos– una potestad autónoma y primaria, sino dependiente en todo caso de una posterior asunción o avocación de esa potestad por el juez[95]. Por ello es que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 108° del Código de 1991, el Fiscal está facultado para disponer la inmediata libertad de la persona cuando considere que no se ajusta a lo dispuesto en el art. 2°.24.'f') de la Constitución de 1993 (la norma citada menciona el art. 2°.20 de la Constitución anterior), o cuando esta medida aparezca claramente desproporcionada o no esté incursa en el art. 132° del Código de 1991.

El primer control se refiere a la exigencia de delito flagrante para dictar detención. El segundo control se relaciona con la entidad del delito cometido por el detenido: aun cuando la detención se ejercite mediando flagrancia, no puede subsistir si el hecho es de poca gravedad y la sanción a esperarse –por su benignidad– no permita estimar fundamente que el reo huya o perturbe la prueba. El tercer control se vincula al principio de necesidad: la detención puede imponerse en la medida en que fuera absolutamente indispensable (solo ella y no otra cumplirá la finalidad asegurativa perseguida) en la medida y por el tiempo estrictamente necesario para asegurar sus fines legales. De ahí que sea posible que el Fiscal pueda articular medidas restrictivas menos intensas, hacer cesar la detención o ratificarla en su caso.

Por otro lado, en vista que la Constitución autoriza a la policía un período de detención especial tratándose de tres delitos específicos: terrorismo, tráfico ilícito de drogas y espionaje, paralelamente refuerza el control jurisdiccional, facultando al juez a intervenir en las indagaciones previas, sin perjuicio de las facultades del Ministerio Público y de sus requerimientos[96].

---

[95] LÓPEZ GARRIDO, Diego, *Terrorismo: Política y derecho*, Alianza Editorial, Madrid, 1987, p. 92.

[96] La Corte Suprema ha establecido que la detención preventiva por término no mayor de 15 días de los presuntos implicados en los delitos exceptuados, está condicionado a

Es así que el art. 109° del Código de 1991, desarrollando el art. 2°.24.'f', *in fine* de la Constitución, faculta al juez a adoptar las tres medidas siguientes:

1. Constituirse al lugar de detención y averiguar las causas o motivos de la privación de libertad. Si advierte que la detención es ilegal o arbitraria (por origen o por su desarrollo) apartará al detenido de la esfera policial y lo trasladará a la esfera del Ministerio Público, sin perjuicio de quejar al Fiscal que avaló las irregularidades.

2. Garantizar la integridad física del detenido, disponiendo su inmediato reconocimiento médico-legal, si el fiscal no lo hubiese ordenado, y autorizar el reconocimiento por un médico particular, a solicitud del detenido o de su abogado.

3. Autorizar el traslado del detenido a otro lugar de la República cuando la medida sea necesaria para la seguridad del detenido o para el mejor éxito de la investigación. La presencia del reo en lugares distintos al de su detención se justifica, por razones probatorias o de seguridad, en los casos de delitos perpetrados por bandas u organizaciones criminales cuya comisión, por lo general, puede trasciende varios territorios. El traslado es una medida judicial, no puede ser dispuesta por la policía o el Fiscal, pues ello afecta el entorno jurídico inderogable del imputado, consecuentemente, solo el juez está legitimado para levantarla. El control es más estricto aún porque requiere cumplir dos requisitos: a) El plazo no superará los 15 días, es decir, debe articularse de tal modo que no exceda, en su conjunto la propia detención más el tiempo de duración del traslado, pues más allá de dicho plazo la detención devendría en arbitraria. b) El Juez y el Fiscal del lugar de destino deben conocer, e intervenir en su caso, para asegurar la eficacia de la investigación y los derechos del detenido, de su presencia; las diligencias probatorias, en suma, no se actuarán a espaldas de la dirección fiscal ni del control judicial.

La policía no sólo realiza actos de investigación regulares, que culminan en un atestado. También –por intermedio de sus unidades especializadas– presta apoyo a la justicia a través de sus laboratorios de criminalística (art. 8°.5 LOPNP), protege testigos y pruebas, realiza notificaciones, centraliza información sobre los grupos criminales organizados y desarrolla investigaciones especiales –a comisión– de carácter ampliatorio, de seguridad o de inteligencia (art. 110° del Código de 1991).

---

la obligación que tienen los miembros de la policía de dar cuenta de dicha detención al representante del Ministerio Público y al Juez Instructor, ya que la autoridad policial no está facultada para sustraer a ninguna persona de la competencia del órgano jurisdiccional (Ejecutoria Suprema de 27 de noviembre de 1990, *Gaceta Jurídica*, T. VI, Lima, 1994, p. 7).

E.1. Procedimiento de investigación formal

El inicio de la investigación formal, en el Código de 1991, tiene lugar cuando el fiscal decide promover la acción penal y el juez resuelve aprobar la resolución que este emita. En el Código de 1940, el inicio de la instrucción se produce con la expedición del auto de apertura de instrucción, de conformidad con el art. 77°, primer párrafo.

Para dar inicio a la investigación formal es necesario que el Fiscal califique tanto la denuncia, a partir de los elementos que ella contiene y de los recaudos con que se anexó, cuanto el Informe Policial o de los actuados preliminares que levantó.

Nuestro sistema procesal asume el principio de oficialidad. El Fiscal es el titular de la acción penal de ejercicio público y, como tal, está obligado a incoar proceso cuando conozca una conducta con apariencia criminal. El carácter acusatorio del proceso, que radica en manos del Fiscal la persecución penal y encarga al juez la función de decisión[97], determina que a dicha autoridad estatal compete, en principio, promover la acción penal en aras del esclarecimiento de un hecho presuntamente delictivo y de la sanción a quien resulta responsable de su comisión (arts. 1° y 94°.2 de la LOMP, y V, 58° y 61° del Código de 1991).

F. Abstención del Fiscal y denegación del procesamiento penal

Culminada la investigación preliminar, o cuando el Fiscal considere que la denuncia está escoltada con suficiente material sustentatorio, debe decidir si promueve la acción penal o no lo hace.

F.1. Resolución fiscal desestimatoria

Los Códigos de 1940 y de 1991 estipulan que no es posible el ejercicio de la acción penal cuando el hecho denunciado no constituye delito o cuando la acción penal ha prescrito. En tal caso, se debe denegar la promoción de la acción penal. Señala al respecto el art. 94°.2 de la LOMP que si el Fiscal estima que no se ha reunido o no cuenta con *prueba suficiente*, así lo declarará; de igual manera, el art. 12° de la LOMP condiciona la interposición de una "*denuncia formalizada*" –expresión de la promoción de la acción penal– a que la estime procedente. La procedencia, desde luego, está en concordancia con el art. 77° CPP 1940, que condiciona la imputación judicial a la delictuosidad del hecho denunciado, a su no prescripción y a la debida individualización del imputado. En el Código de 1991, la pauta es similar; es el Fiscal quien debe dictar resolución fundamentada decla-

---

(97) GÓMEZ COLOMER: *El proceso penal alemán*, cit., p. 47.

rando sin lugar la promoción de la acción penal, en cuyo caso archivará definitivamente la denuncia o actuados (arts. 94°.2 *in fine* y 113°, primer párrafo, CPP 1991). Esta resolución, en ambos ordenamientos jurídicos, como es obvio, se notifica a los denunciantes (dice el art. 12° LOMP que la decisión "(...) se lo hará saber por escrito al denunciante"), pero por un imperativo del principio de bilateralidad, del derecho a la tutela procesal, también debe comunicarse al denunciado, a fin de que pueda tener la oportunidad de conocer la decisión fiscal y, en su caso, defender su legalidad ante el Fiscal Superior.

Contra la resolución fiscal desestimatoria de la inculpación judicial solo cabe un control jerárquico. El denunciante puede interponer recurso de queja (*vid.* art. 12° de la LOMP, modificada por la Ley N° 25037, de 13 de junio de 1989) o de apelación (*vid.* art. 113° CPP 1991) ante el Fiscal Superior. No es posible la intervención judicial precisamente por la vigencia del principio acusatorio, en tanto que la persecución penal está reservada al Ministerio Público (*vid.* art. 159°.5 Const.). Al respecto, la Corte Suprema ha establecido que, en tanto, el Ministerio Público es el titular de la acción penal; si el Fiscal no ampara una denuncia debe recurrirse ante el Fiscal Superior y no al Juez Penal, quien no está legalmente facultado para intervenir en esta etapa[98].

El Fiscal Superior puede, como es evidente, amparar la impugnación del recurrente y ordenar al Fiscal Provincial que promueva la acción penal. También puede anular la decisión inferior y ordenar se realicen actuaciones de investigación ampliatorias en tanto considere que la actividad preliminar es insuficiente y que faltan actos de investigación posibles de ser actuados. Asimismo, como es obvio, puede desestimar el recurso, con lo que definitivamente se clausura la posibilidad de intervención del Derecho Penal en los hechos que dieron lugar a la denuncia. Contra la decisión del Fiscal Superior no procede recurso alguno.

Existen, como se sabe, dos supuestos especiales que impiden igualmente al Fiscal promover la acción penal, aparte del principio de oportunidad: a) si se ha omitido una condición de procedibilidad (delitos semipúblicos, delitos que requieren la autorización de una autoridad política o delitos que exigen un previo informe sobre el objeto del proceso de un órgano técnico de la Administración); y, b) si falta la identificación del autor o partícipe, acreditada la existencia de un delito no prescrito, se ordenará a la policía proceder a su propia identificación.

---

(98) Ejecutoria Suprema de 29 de diciembre de 1987, Exp. N° 1234-87, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXV, Lima, 1987, pp. 163-164).

El Código de 1991 prevé varias clases de procedimientos. Tratándose de procedimientos especiales por razón de delito, es decir, en aquellos casos de delitos graves en que el enjuiciamiento se reserva a la Sala Penal Superior (arts. 373° y 374°), la resolución del Fiscal Provincial que resuelve no haber lugar a la promoción de la acción penal (la ley menciona el vocablo "dictamen", cuando en realidad es una resolución, tal como expresamente señala el art. 114°) es elevada en consulta al Fiscal Superior. Sólo si ésta es aprobada se archivará la denuncia y demás actuados. De ser desaprobada, el Fiscal Provincial está obligado a promover la acción penal. Sin embargo, en el sistema previsto en la vigente Ley Orgánica del Ministerio Público no existe resolución de archivo de actuaciones que sea consultable al Superior, sea cual fuere el delito o la competencia material asignada a esa infracción penal; la única forma para evitar que adquiera firmeza es interponiendo el correspondiente recurso de queja.

La lógica del artículo 111° del Código de 1991 es contundente. Como la acusación, o en su caso, la solicitud de sobreseimiento es de competencia del Fiscal Superior, cabiendo únicamente al Fiscal Provincial la recolección de elementos probatorios, entonces, él decidirá en última instancia si la acción penal debe o no promoverse.

El Fiscal Provincial solo tiene control sobre el ejercicio de la acción penal en delitos leves o de mediana entidad, sometidos al procedimiento ordinario.

Por otro lado, el art. 117° del Código de 1991, cubriendo un sentido vacío en la LOMP, incorpora positivamente la institución de la "*cosa decidida*", tratándose de resoluciones fiscales dictadas al amparo del art. 113° de dicho Código que acuerden no promover la acción penal. Lo actuado en contravención de esa norma adolece de nulidad.

Las excepciones a esa prohibición, que impide nuevas denuncias sobre los mismos hechos, son de dos órdenes: a) que se aporten nuevos elementos probatorios; y, b) que se demuestre que la denuncia anterior no fue debidamente investigada. Por consiguiente, el Fiscal frente a una denuncia tiene que establecer, *primero*, si ha sido o no desestimada por otro órgano del Ministerio Público; *segundo*, si la denuncia fue desestimada, la evaluación se circunscribirá a la exigencia de que se encuentre acompañada de nuevos elementos probatorios o de datos que permitirán contar con ellos al más breve plazo; y, *tercero*, de igual modo, en los supuestos de denuncia repetida, que la investigación realizada anteriormente –por su Fiscalía u otra– sea deficiente, lo que debe advertirse de las razones expuestas por el denunciante y del análisis de los actuados anteriores. Por ende, la *cosa decidida* es muy relativa, no es absoluta, pues puede obviarse si nuevos elementos permiten optar por la promoción de la acción penal. Es positivo que así sea, desde que

una desestimación inicial puede ser causa de una investigación diminuta o deficiente, con lo que peligraría el principio de legalidad procesal y facilitaría la impunidad de los delitos.

F.2. Denuncia formalizada del Fiscal y denegación del procesamiento penal

1. Como ya se ha precisado, si el Fiscal Provincial considera que el hecho denunciado constituye delito, que la acción penal no ha prescrito, que se han cumplido con las condiciones de procedibilidad previstas por la ley, que se ha individualizado al imputado y que existe *causa razonable* (el hecho es efectivo, existen pruebas suficientes o, mejor dicho, suficientes indicios delictivos o de criminalidad), interpondrá ante el Juez penal una "*denuncia formalizada*" (*vid.* art. 94°.2 LOMP).

La denuncia formalizada del Ministerio Público debe estar debidamente fundamentada. El art. 94°.2 LOMP prescribe que el Fiscal debe exponer los hechos correspondientes, la tipificación de los mismos en la ley penal, la conminación penal respectiva, la prueba con que cuenta, la que ofrece actuar y la que espera conseguir y ofrecer oportunamente[99]. En iguales términos, se pronuncia el art. 114° CPP 1991, aunque la decisión tendrá forma de resolución, para su comunicación al Juez Penal, en aras del control de legalidad y, en su caso, la aprobación del procesamiento.

La acción penal, como ya se anotó, requiere del preceptivo pronunciamiento judicial. Ante su promoción, el Juez tiene dos alternativas: aceptarla o denegarla (*vid.* art. 77° CPP).

2. Una de las alternativas que tiene el Juez es expedir una resolución denegando el procesamiento penal o, como dice, el art. 77° CPP 1940, declarando no haber lugar a la apertura de instrucción.

La denegación del procesamiento penal es una resolución del órgano jurisdiccional que pone término a las actuaciones preliminares realizadas por la Policía y/o por el Fiscal y dispone su archivo, rechazando la promoción fiscal de la acción penal (Código de 1991) o la denuncia formalizada del Fiscal (Código de 1940). Se trata, en *primer lugar*, de un acto del órgano jurisdiccional, provocado a su vez por un acto de postulación del Fiscal. En *segundo lugar*, reviste la forma de auto. En *tercer lugar*, que –según considera un fuerte sector de la doctrina– carece de los efectos de cosa juzgada.

---

[99] La Corte Suprema tiene establecido que toda denuncia debe imputar un delito concreto y, además, que no puede basarse en sospechas sino formular un cargo terminante previsto en la ley penal (*Diario Judicial*, Lima, 7 de abril de 1947; y *Anales Judiciales*, 1916, Lima, p. 214).

Al respecto una decisión del Alto Tribunal sostuvo que esta resolución no genera cosa juzgada, porque no se han investigado judicialmente los hechos submateria[100].

Esta resolución desestimatoria es apelable por el Fiscal, no así por el denunciante, según la Ejecutoria Suprema de 30 de octubre de 1996[101]. Esta posición también ha sido asumida por el Acuerdo Plenario N° 2/97 de los Vocales Superiores de la República de 14 de diciembre de 1997.

Los arts. 77° del Código de 1940 y 113° del Código de 1991 establecen solo cuatro motivos de rechazo de la promoción de la acción penal: 1. Atipicidad penal del hecho; 2. Prescripción de la acción penal; 3. Individualización del imputado; 4. Ausencia de algún elemento de procedibilidad expresamente señalado en la ley. Sin embargo, y no obstante la existencia de un criterio jurisprudencial que se sustenta en la tesis del "*numerus clausus*"[102], que fulmina con la nulidad si el juez considera situaciones de otra naturaleza), es del caso asumir una posición de "*numerus apertus*", esbozada en algunas resoluciones del Tribunal Supremo.

Ahora bien, las causas del rechazo de una denuncia formalizada por el Ministerio Público o de la promoción de la acción penal, en ambos Códigos, puede ser por motivos de "*admisibilidad*" –inadmisión– o de "*fundabilidad*" –desestimación–.

F.2.1 Motivos de inadmisión

Constituyen motivos de *inadmisión* la ausencia en la denuncia formalizada del Fiscal Provincial (legislación vigente) o en el auto de aprobación judicial (Código de 1991) de los presupuestos y requisitos que condicionan su validez formal.

Es de considerar tres grandes supuestos de inadmisión:

1. Por *falta manifiesta de legitimación activa*, es decir, de un elemento de procedibilidad. Se presenta cuando la ley penal material reconoce delitos semipúblicos (denuncia previa de la víctima o la intervención anterior de un órgano técnico de la Administración) y delitos privados. En estos casos, la propia ley reconoce supuestos de devolución de la denuncia formalizada.

---

(100) Ejecutoria Suprema de 14 de agosto de 1981.

(101) Exp. N° 2712-96, Callao (ROJJASI PELLA, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, Legrima, Lima, 1997, pp. 405-406).

(102) Ejecutoria Suprema de 12 de julio de 1994, Exp. N° 2147-93-B, Lima (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 324-325).

2. Por *falta de presupuestos procesales*, que es el caso específico de una falta de competencia, circunscrito a delitos que no son de conocimiento de un órgano jurisdiccional concreto (v. gr.: defectos vinculados a la competencia objetiva, *ratione personae,* aforamientos, militares por delitos de función, jueces y fiscales en delitos funcionales, así como a la naturaleza de la infracción –delitos y faltas–). Otro caso sería el de formulación de cargos contra personas jurídicas, respecto del cual la Corte Suprema ha sancionado con la nulidad su procesamiento: "[...] Las denuncias penales no deben ser dirigidas contra personas jurídicas [...] ya que no son susceptibles de sanción penal"[103].

3. Por *falta de determinados requisitos*, respecto de los cuales podemos identificar dos supuestos: a) no individualización del denunciado, en tanto que la ley exige que el sujeto activo del delito denunciado sea identificado con sus nombres y apellidos completos. La Corte Suprema ha sancionado su incumplimiento con la nulidad del procedimiento[104]; y, b) la presencia de una contradenuncia, que origina un juicio penal doble, y que la jurisprudencia ha reconocido como una causal de inadmisión[105]. En todos estos casos, se justifica el rechazo de la denuncia o de la promoción de la acción penal por resultar improcedente.

F.2.2 Motivos de desestimación

La *desestimación* de una denuncia formalizada o de la promoción de la acción penal, expresan los arts. 77° del Código de 1940 y 113° del Código de 1991, solo puede suceder por falta absoluta de tipicidad penal. Sin embargo, los arts. 5° del Código de 1940 y del Código de 1991 hacen mención a los supuestos de no justiciabilidad penal. Esta precisión normativa, en cuanto implica hacer viable la excepción de naturaleza o improcedencia de acción, permite la desestimación en los siguientes casos:

1. Cuando el imputado adolezca de capacidad para ser parte y de actuación procesal, tales como: a) *minoridad*, que materialmente es un supuesto de falta de capacidad penal, art. 20°.2 CP; y, b) *muerte*, que materialmente es un supuesto de extinción de la acción penal, art. 78°.1 CP. En ambos

---

[103] Ejecutoria Suprema de 10 de abril de 1981, Exp. N° 457-81, Lima (*El Magistrado*, Año I, Lima, 1981, pp. 179-180).

[104] Ejecutorias Supremas de 11 de diciembre de 1985 y de 31 de julio de 1992, Exp. N° 509-92.

[105] Ejecutorias Supremas de 6 de enero de 1965, Exp. N° 323-64, Lima (*Anales Judiciales*, T. LIX, Lima, 1964, pp. 257-259); y, de 5 de junio de 1975 y de 3 de mayo de 1948 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 44-46).

casos la desestimación del procesamiento procederá siempre que en autos exista prueba segura: partidas de nacimiento o de defunción, por lo que no cabe desestimar la promoción de la acción penal si resulta necesario realizar investigación en esos extremos.

2. Cuando se presenten causas de extinción de la acción penal, tales como la *prescripción* (expresamente considerada), *amnistía, cosa juzgada*[106], *transacción o desistimiento* en delitos privados. Estos supuestos se encuentran reconocidos en el art. 78° del Código Penal. Es obvio que en los casos de cosa juzgada y de transacción o desistimiento, debe constar en los recaudos el correspondiente documento público o privado no cuestionado.

3. En el tema de la no delictuosidad o relevancia penal del hecho, se pueden presentar diversas situaciones identificadas por la dogmática penal. Estas situaciones se encuentran representadas por la ausencia de un injusto penal, de una conducta antinormativa. Por lo demás, su consideración jurídica está condicionada a la presencia de elementos claros (datos fácticos e información concluyente en los recaudos) en la postulación fiscal, que permitan deducirlo sin mayores esfuerzos. Podemos considerar los siguientes:

a) *Ausencia de acción*. Se incluyen los supuestos conocidos: estado de inconsciencia, movimiento reflejo y fuerza física irresistible (art. 20°.6 CP). Suponen una ausencia de voluntariedad en la conducta humana. También es de comprender aquellos casos vinculados al actuar en nombre de otro (art. 27° CP) cuando se comete el delito a través de una persona jurídica y el imputado –tratándose de un delito especial– no resulta ser quien tiene el nivel de representación necesario.

b) *Ausencia de imputación objetiva del resultado en delitos de resultado.* En los tipos de resultado, a nivel objetivo, se exige determinar que el sujeto ha contribuido con su acción a causar el resultado. En tal virtud, se requiere establecer, en primer termino, si entre una determinada conducta y el resultado existe una relación de causalidad desde una perspectiva natural; y, además, si dicha conducta ha creado un peligro jurídicamente desaprobado que se ha realizado en el resultado típico[107]. En caso no se presente uno u otro, la conducta del autor no será objetivamente imputable y, por tanto, es del caso denegar la apertura de instrucción.

---

(106) La Ejecutoria Suprema de 3 de enero de 1957 expresó que "no cabe una nueva denuncia por los mismos hechos que han sido materia de anterior instrucción, lo que se sanciona con la nulidad".

(107) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Praxis, Barcelona, 1996, pp. 141-142.

c) *Ausencia del tipo objetivo*. Vinculada ya sea a los sujetos –caso de los delitos especiales propios–, al objeto –en una imputación por delito contra la libertad sexual de menor de edad, se establece que no medió violencia y que la víctima es mayor de 14 años de edad–, como a la propia conducta, que es el supuesto de las denominadas *"atipicidades relativas"* –en una incriminación por delito de estafa, el engaño y el error subsiguiente no está seguido de un acto de disposición, o sea de una atribución de bienes, derechos, servicios, etcétera–[108].

d) *Ausencia de dolo o de otros elementos subjetivos*. En un primer nivel, se encuentra el error de tipo, que se presenta cuando el autor desconoce la concurrencia o realización de alguno o de todos los elementos objetivos del tipo de injusto, tanto se trate de elementos descriptivos como normativos (art. 14°, primer párrafo, CP). Si el error es invencible, la consecuencia es la impunidad; en cambio, si es vencible, se castigará a título culposo, siempre que exista una figura culposa para la conducta perpetrada. Por otro lado, a nivel subjetivo, también existen en determinados tipos penales elementos subjetivos distintos del dolo, en los cuales se restringe el ámbito de punición del tipo doloso incorporando expresamente algún elemento subjetivo especial, cuya concurrencia se exige además del dolo[109]. Por ejemplo, ausencia de ánimo de lucro en una imputación por delito de hurto, ausencia de *animus iniuriandi* en las injurias o el ánimo lúbrico en los delitos sexuales.

e) *Otros casos de atipicidad*. VILLAVICENCIO TERREROS [110] incorpora cuatro supuestos generales, aunque la doctrina mayoritaria prefiere ubicarlo en las causas de justificación. Así será del caso abrir instrucción o investigación si la conducta realizada se encuentra amparada en las siguientes causales: 1) Cumplimiento de un deber de función o de profesión (art. 20°.8 CP); 2) Obrar por disposición de la ley (art. 20°.8 CP); 3) Acuerdo (art. 20°.10 CP), vinculado a los delitos que presuponen un obrar contra o sin la voluntad del afectado, como por ejemplo los delitos de secuestro y de violación de domicilio; y, 4) Insignificancia, son conductas que suponen una

---

[108] Tomás VIVES ANTÓN hace mención a la hipótesis del "casamiento engañoso", en que se fingen cualidades o intenciones para mejorar de posición económica tras la boda, en el cual no hay estafa, porque el patrimonio no puede calificarse de acto de disposición (En: 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, p. 911).

[109] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE *et al.*: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 166.

[110] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Cultural Cuzco, Lima, 1990, pp. 157-161.

insignificante afectación al bien jurídico, tales como privaciones de libertad irrelevantes y otras.

f) *Presencia de una causa de justificación.* Como apunta Santiago MIR PUIG, las causas de justificación suponen la concurrencia de ciertas razones que conducen al legislador a valorar globalmente de forma positiva el ataque a un bien jurídico-penal(111). Limitan la prohibición penal del hecho. Si el autor, respetando en su obrar los principios de proporcionalidad y prohibición del exceso, vulnera un bien jurídico-penal, pero lo hace ante una situación de amenaza a bienes jurídicos, que es precisamente lo que impulsa su acción lesiva, se concluirá que su conducta no es antijurídica, es decir, está justificada. El Código Penal identifica los tipos de justificación penal: 1) Legítima defensa (art. 20°.3); 2) Estado de necesidad justificante (art. 20°.4); 3) Obediencia jerárquica (art. 20°.9); 4) Consentimiento (art. 20°.10); y, 5) Ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20°.8).

g) Por lo general, no es posible considerar las causas de exculpación y de no exigibilidad de otra conducta, por estar referidas al juicio de culpabilidad y porque presuponen la comisión de un acto típicamente antijurídico. Si se cuestiona la capacidad penal, se justifica el procesamiento a fin de determinar si corresponde o no imponer una medida de seguridad. Los casos de error de prohibición o de comprensión culturalmente condicionado, o de estado de necesidad exculpante y miedo insuperable, a menos que se encuentren definitivamente establecidas durante el momento preprocesal o de investigación preliminar –lo cual es muy dudoso–, requieren de un procesamiento penal para determinar sobre la base de la comisión de un injusto penal si en realidad esas causales operan o no.

En cambio, sí es posible rechazar una denuncia cuando se da un supuesto de excusa legal absolutoria, en tanto para ese hecho no cabe sanción contra su autor, tal como lo ha reconocido el Supremo Tribunal en varias decisiones(112).

El auto que deniega la apertura de instrucción, o que desaprueba la promoción de la acción penal del Fiscal, es apelable ante la Corte Superior; ha dicho la Corte Suprema que concedida la alzada, el juez carece de facultades

---

(111) MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal. Parte general*, PPU, Barcelona, 1996, p. 143.

(112) Ejecutorias Supremas de 15 de noviembre de 1976, Exp. N° 1508-76, Cusco (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, p. 502); y, de 13 de marzo de 1992, Exp. N° 12-92, Piura (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., p. 320).

para practicar diligencias[113]. Contra lo resuelto por la Corte Superior, no cabe recurso alguno[114].

El Acuerdo Plenario N° 2/97, de 14 de diciembre de 1997, y la Ejecutoria Superior de Lima de 11 de agosto de 1998[115], han establecido que contra el auto que declara no haber lugar a la apertura de instrucción, el agraviado no puede interponer recurso de apelación. Sin embargo, es de cuestionar tales decisiones, pues de ese modo se limita irrazonablemente el derecho a la tutela jurisdiccional de la víctima. Conforme hemos anotado en los capítulos iniciales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido a la víctima un derecho a la verdad y a tener una participación procesal compatible con ese objetivo; siendo así, impedir que pueda cuestionarse una decisión definitiva que cierra la vía penal, tendente al esclarecimiento y definición acerca de la comisión de un delito concreto, no hace sino denegar el acceso a la justicia en un momento oportuno, de suerte que pierde efectividad la posibilidad de reclamar ante un órgano judicial superior la legalidad y justicia de una decisión de primera instancia.

F.3 Efectos del auto que deniega la apertura de instrucción

Un problema anexo es el efecto del auto judicial que desestima la promoción de la acción penal. El Código no contiene norma específica sobre el particular. La Corte Suprema, al pronunciarse sobre los efectos del auto denegatorio de la apertura de instrucción (ex art. 77° del CPP 1940), ha declarado que dicho auto "(...) no puede, por su propia naturaleza, producir los efectos de cosa juzgada frente a la verosimilitud de los hechos o modalidades que aparezcan en una nueva denuncia"[116].GARCÍA RADA, reiterando tal tesitura, enfatiza que cuando con posterioridad se presentan nuevas pruebas que destruyen los fundamentos de la resolución, cabe dictar el auto que manda abrir instrucción[117]. En otra decisión, el Alto Tribunal reiteró esta tesis sosteniendo que "(...) por su mérito ni siquiera se ha investigado

---

(113) Ejecutoria Suprema de 23 de enero de 1991, Exp. N° 1254-90, Ancash (RETAMOZO-PONCE: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, cit., p. 175).

(114) Ejecutorias supremas de 25 de agosto de 1987, Exp. N° 373-87, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXV, Lima, 1987, p. 156); y, de 18 de mayo de 1988, Exp. N° 559-87, Huancavelica (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, p. 253).

(115) *Plenos Jurisdiccionales*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2002, pp. 56-57; *Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 180.

(116) *Anales Judiciales*, 1943, Lima, p. 110.

(117) GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 40.

los hechos materia de la denuncia"[118]. Finalmente, el Tribunal Constitucional (STC, Exp. N° 1077-2002-HC/TC-Lima, Asunto Juan Manuel García Quiroga, de 8 de julio de 2002, párr. 6) considera que tal resolución no genera efectos de cosa juzgada, porque tal decisión no tiene la calidad de una sentencia, esto es, un acto jurisdiccional en virtud del cual se pone fin a la investigación judicial acerca de la imputación de un ilícito penal al recurrente, sino la de un simple auto sin mediar investigación judicial ni la realización de un contradictorio previo[119].

Más allá de acotar que un auto denegatorio de instrucción se expide, en muchos supuestos –y siempre según la jurisprudencia mayoritaria–, en función al análisis de la mera tipicidad o prescriptibilidad de la acción penal, por lo que las pruebas del hecho no son relevantes para su expedición, entonces, es posible considerar que dicha resolución tiene fuerza de cosa juzgada.

En efecto, siguiendo al profesor DE LA OLIVA SANTOS, la cuestión se ha de resolver teniendo en cuenta la *ratio* de la cosa juzgada penal y atendiendo, de un lado, al contenido y fundamento, y, de otro, a la recurribilidad o firmeza de la resolución. Si el fundamento es semejante al que puede basar una sentencia absolutoria o una resolución de otro tipo, pero que, por unos u otros motivos, equivaldría a una absolución y si esa resolución pasa –o puede pasar– por sucesivos tribunales con competencia para dictar sentencia, se darán los requisitos para atribuir a tal resolución fuerza de cosa juzgada. Tal es el caso –acota DE LA OLIVA SANTOS – del auto que decreta el archivo de un proceso, aún en la fase previa, por entender que los hechos carecen de tipicidad, así como del que rechaza una denuncia[120].

4. PROCEDIMIENTO DE INSTRUCCIÓN JUDICIAL

El procedimiento de instrucción judicial, típico de un modelo mixto, se inicia formalmente cuando el Juez Penal expide una resolución de inculpación judicial, que en el CPP 1940 se denomina "*auto de apertura de instrucción*", regido por el art. 77° de ese cuerpo de leyes. El procedimiento de instrucción judicial atraviesa tres momentos típicos: a) la expedición del auto de apertura de instrucción; b) la realización de los actos de instrucción y demás actos de aseguramiento; y, c) la conclusión del sumario judicial.

---

(118) Ejecutoria Suprema de 14 de agosto de 1981, Exp. N° 572-81, Lima (*El Magistrado*, Año I, Lima, 1981, p. 179).

(119) *Jurisprudencia penal*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2003, T. I, pp. 33-36.

(120) DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 2002, cit., pp. 552-553.

En este capítulo solo veremos lo relacionado con el inicio del procedimiento de instrucción judicial o formal.

A. Del auto de apertura de instrucción

La promoción fiscal de la acción penal y, en su caso, el auto de apertura de instrucción (Código de 1940) o de aprobación judicial (Código de 1991), procederá, por el contrario, cuando se advierta la presencia de los siguientes elementos: a) la existencia de un delito; b) la subsistencia de persecución penal al no haber prescrito la acción[121]; c) la satisfacción de los requisitos de procedibilidad; y, d) la identificación del autor o partícipe del delito (arts. 77°, primer párrafo, del Código de 1940 y 114° del Código de 1991)[122].

Es de tener presente que la promoción de la acción penal por el Fiscal, tanto en el Código de 1991 como en la vigente Ley Orgánica del Ministerio Público está condicionada a un presupuesto esencial. Tiene que haber en autos evidencias mínimas que acrediten la presencia de los elementos indicados en el párrafo anterior. Este presupuesto, por cierto, no es exigible al Juez Penal para calificar la denuncia formalizada (Código de 1940) o para resolver sobre la aprobación o desaprobación del auto de apertura de investigación dictado por el Fiscal (Código de 1991).

El art. 77° del Código de 1940 permite una alternativa al Juez Penal cuando se trata de una denuncia por delitos perseguidos por acción privada; para calificar la denuncia puede de oficio practicar diligencias previas dentro de los diez primeros días de recibida la denuncia. Esta posibilidad no puede extenderse a los delitos públicos, bajo sanción de nulidad, tal como lo ha declarado la Corte Suprema en la Ejecutoria de 31 de agosto de 1990[123].

El Juez Penal en el Código de 1940 o el Fiscal Provincial en el Código de 1991 están sometidos a determinadas exigencias al momento de resolver una concreta "noticia criminal". En primer lugar, debe expedirse en un plazo no mayor de 15 días de recibida la denuncia (art. 77° *in fine* CPP 1940). En segundo lugar, la resolución que se emita debe ser motivada y, como tal, debe contener lo siguiente: a) nombre del imputado; b) delito atribuido

---

(121) Ejecutoria Suprema de 18 de febrero de 1988, Exp. N° 568-87, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 155-156).

(122) Ejecutorias Supremas de 18 de junio de 1988, Exp. N° 203-87, Ica (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 252-253); y, de 19 de agosto de 1988, Exp. N° 1249-87, Ayacucho (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 252-253).

(123) Exp. N° 407-90, Lima (RETAMOZO-PONCE: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, cit., p. 219).

y numeral de la ley penal que lo tipifica; c) nombre del agraviado, si fuera posible; y, d) diligencias que deben actuarse de inmediato. El auto, según ha sido establecido por la jurisprudencia suprema, debe contener en forma precisa la motivación y fundamentos, y expresará la calificación de modo específico del delito o de los delitos que se imputan al denunciado y la orden de que deben concurrir a que preste su instructiva[124]. También debe indicar el artículo pertinente de la ley penal sustantiva en que se tipifica el delito y no solo el dispositivo procesal[125].

La denuncia formalizada del Fiscal, a que hace referencia el art. 94°.2 de la LOMP, es un acto de postulación que por su propia naturaleza contiene una petición dirigida al juez para la iniciación del procedimiento penal. Como tal, pone en conocimiento del juez una *"noticia criminal"* y traduce su voluntad de constituirse en parte acusadora, en rigor se trata de una auténtica *"querella penal"*. Mediante ella, el Fiscal ejerce la acción penal.

La identidad del imputado consiste en la necesidad de que se consignen sus nombres y apellidos. No bastará conocer un nombre y apellido o solo el nombre o el apodo[126]. El Supremo Tribunal en Ejecutoria Suprema de 7 de octubre de 1988, ha precisado que el término *"individualizado"* que utiliza el art. 77° del Código de 1940, modificado por la Ley N° 24388, debe interpretarse como *identificado*, por lo que no cabe que se abra instrucción contra una persona de quien solo se conoce el primer nombre y el apellido materno, cuya infracción es sancionada con la nulidad de ese extremo de la resolución[127]; en igual sentido, se ha pronunciado la Ejecutoria Suprema de 20 de mayo de 1991[128].

La determinación del delito es un requisito sustancial, que al igual que el primero, vicia de nulidad lo actuado en caso se omita especificarlo. El derecho de defensa y el principio del contradictorio exigen su inclusión. El auto de apertura de investigación o de apertura de instrucción, en mérito a este requisito, determina el curso de la investigación, tanto en su desarrollo como en su conclusión; las pruebas deben tener relación inmediata con el delito investigado –que por imperativo legal debe ser preciso y no genérico–; la sentencia, y en su momento la acusación, tiene que pronunciarse

---

(124) Ejecutoria Suprema de fecha 19 de agosto de 1988 (*Normas Legales*, T. 208, Trujillo, 1993, p. 387).

(125) Ejecutoria Suprema de 13 de junio de 1990, Exp. N° 530-89-IISP, Lima (*Jurisprudencia Penal [1984-1992]*, cit., pp. 132-134).

(126) HURTADO POZO, José: *El Ministerio Público*, Sesator, Lima, 1981, p. 244.

(127) *Gaceta Jurídica*, T. 13, Lima, 1995, p. 15A.

(128) Exp. N° 163-91-IISP, Puno (*Jurisprudencia Penal [1984-1992]*, cit., pp. 134-135).

por el delito que ha sido materia de la investigación y a su vez esta solo puede indagar el delito a que se refiere el auto apertorio; por último, tanto la investigación como el juicio oral no puede apartarse de los marcos fijados en dicha resolución[129].

La Corte Suprema ha precisado que debe abrirse instrucción en los casos de concurso ideal y real por todos los delitos concurrentes y solo posteriormente, para los efectos de la represión, se determinará el delito más grave[130].

Otros dos requisitos no sustanciales se refieren al nombre del agraviado y a la indicación de las diligencias que deben actuarse. Su omisión no afecta la propia realidad del delito ni impide, en su caso, sancionar la responsable. Es muy diferente la individualización del responsable, por cuanto la investigación formal será factible, en concordancia con el ejercicio del derecho de defensa y una mínima base contradictoria, solo en la medida en que se formalicen cargos contra personas concretas.

En el caso de la resolución fiscal prevista en el nuevo Código de 1991, en cuya virtud el Ministerio Público promueve la acción penal, esta por su propio mérito no autoriza el procesamiento penal de una persona. Esta resolución debe ponerse en conocimiento de la autoridad judicial. El art. 4° del Código de 1991 obliga al Fiscal a comunicar al Juez Penal de Turno el inicio de la investigación para que asuma jurisdicción desde ese momento, expida las resoluciones que correspondan y controle la regularidad del procedimiento. Corresponde al Juez Penal tomar conocimiento de dicha comunicación y, de ser el caso, expedir resolución fundamentada declarando promovida la acción penal y determinando la condición procesal del imputado. Como explica DE LA OLIVA SANTOS, tal exigencia de control judicial constituye un presupuesto de la acción penal, de suerte que la incoación de un proceso supone que el órgano jurisdiccional ya ha apreciado la existencia de un hecho con caracteres o apariencia de infracción, pues únicamente si los hechos parecen delictivos y punibles tiene sentido el proceso y la existencia en él de una parte acusadora[131].

El Juez Penal tiene un control de legalidad sobre el ejercicio de la acción penal, por lo que el procesamiento de quien resulte emplazado por el Fiscal requiere autorización o decisión judicial. Sin embargo, esa autorización o resolución judicial no es automática, el Juez no actúa como simple receptor

---

(129) GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 138.

(130) Ejecutoria suprema de 28 de junio de 1988, Exp. N° 288-88, Arequipa (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 199-204).

(131) DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit., p. 184.

del procesamiento dispuesto por el Ministerio Público. En su misión de garante de los derechos individuales de las personas, especialmente de quienes están sujetas a una persecución penal, el Juez debe evaluar si la promoción de la acción penal se amolda a los requisitos que establece la ley procesal, es decir, le corresponde un papel de defensor del ordenamiento jurídico; es de tener presente que la promoción de la acción penal no es un acto discrecional del Fiscal, sino está sujeta a requisitos legales: que el hecho sea delictivo, que la acción penal no esté prescrita y que estén satisfechos los requisitos de procedibilidad. Además, la Constitución dispone que las resoluciones judiciales deben ser motivadas (art. 139°.5), lo que implica que el juez debe tener un marco de referencia suficiente para decidir de un modo o de otro, esto es, de aceptar o no las pretensiones de las partes.

Por consiguiente, el Juez podrá llanamente, sin solicitar ningún actuado o realizar diligencia alguna, desestimar o desaprobar la apertura de investigación que en buena cuenta solicita el Fiscal si es que no se cumplen estos tres requisitos, tal como ha sido establecido por el supremo Tribunal en la Ejecutoria Suprema de 26 de abril de 1979[132]. No obstante ello, el segundo párrafo del art. 77° del Código de 1940, modificado por la Ley N° 24388, de 3 de diciembre de 1985, ha estatuido que tratándose de delitos perseguibles por acción privada, el Juez al calificar la denuncia podrá de oficio practicar diligencias previas dentro de los diez primeros días de recibida la denuncia.

Por otro lado, dos discusiones recientes merecen un análisis particular. De un lado, si el Juez, al calificar la denuncia formalizada, puede modificar la tipificación propuesta por el Fiscal; y, de otro lado, si el Juez, para calificar la denuncia formalizada del Fiscal Provincial, debe analizar si existen indicios delictivos suficientes para procesar penalmente a una persona.

En el primer caso, acerca del poder del Juez para desvincularse, pregunta que en todo caso surge como consecuencia de una excesiva formalización de la instrucción, la respuesta es positiva. La teoría de la desvinculación está configurada para la etapa de enjuiciamiento y dice de la relación que debe existir entre un acto de parte –acusación fiscal– y un acto del juez –la sentencia–. Los límites que se han construido tiene que ver con el principio acusatorio y el derecho de defensa, que en buena cuenta limitan el denominado principio *iura novit curia*. El hecho objeto de sentencia debe ser el mismo que el delimitado por la acusación fiscal y el tipo penal escogido por el órgano judicial sentenciador debe guardar homogeneidad en cuanto al bien jurídico vulnerado, lo que entraña un definido respeto al principio

---

[132] Exp. N° 56-79, Arequipa (TARAMONA, José R.: *Compendio de ejecutorias supremas*, Jamse Editores, Lima, 1983, T. III, pp. 136-137).

acusatorio; y, además, –en general– se debe evitar la sorpresa anunciando a las partes la posibilidad de un cambio a un tipo determinado, que es lo que se denomina "planteamiento de la tesis".

Estas exigencias, sin embargo, no son trasladables automáticamente al ámbito de la instrucción. No existe problema alguno en cambiar la tipificación libremente y no se requiere un previo anuncio a las partes –en especial al Fiscal– de ese cambio, dado que se está al inicio del proceso formal y existe por delante un conjunto de actuaciones. En todo caso, un límite al Juez será el respeto a la homogeneidad del bien jurídico, vista la naturaleza persecutoria que desde ya tiene el proceso penal. En ese caso, la discrepancia autoriza, sin duda, la impugnación del auto por el Ministerio Público.

En el segundo caso, es decir, si es de exigir la presencia de indicios delictivos suficientes para procesar a una persona, la jurisprudencia de la Corte Suprema se inclina por negarlo[133]. En esa conclusión tal vez ha primado la idea de que como la investigación es precisamente la instancia de recolección de elementos de convicción que permita al Fiscal decidir si formula o no acusación, el Juez no puede interferir en esa finalidad privativa del Ministerio Público, por lo que el control que el Código le asigna debe circunscribirse a revisar si se cumplen jurídicamente los elementos previstos en la ley penal.

Sin embargo, esa doctrina no parece ser unánime. En un caso, la Corte Suprema se inclinó por la exigencia de base probatoria mínima. Sostuvo que "(...) no cabe dar mérito para la incoación de un proceso penal el hecho de haberse basado únicamente en la denuncia presentada por la agraviada, a la misma que acompaña un certificado médico que arroja cinco días de incapacidad, recaudos que no constituyen suficientes elementos probatorios para aperturar instrucción por los delitos contra la libertad individual y por tentativa del delito de homicidio"[134]. A ello se agrega la jurisprudencia

---

[133] Dice la Corte Suprema: "la facultad que el art. 77° CPP concede al Juez para denegar la apertura de instrucción, se limita a la apreciación de si el hecho denunciado constituye delito y si la acción no ha prescrito" (*Anales Judiciales*, 1960, Lima, p. 148). En la Ejecutoria de 12 de julio de 1994, Exp. N° 2147-93-B, Lima, reiterando esa doctrina señala que una vez recibida una denuncia, corresponde al Juez Penal determinar si el hecho denunciado constituye delito, que se haya individualizado a su presunto autor y que la acción penal no haya prescrito, y que fuera de esos requisitos no le es permitido considerar situaciones de otra naturaleza bajo sanción de nulidad (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 324-325).

[134] Ejecutoria Suprema de 14 de junio de 1991, Exp. N° 755-9, Cusco (RETAMOZO-PONCE: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, cit., pp. 101-102).

menor, de la Corte Superior de Lima, coincidente con esa tesitura[135]. Desde este punto de vista, cabe formular las siguientes digresiones:

1. La Constitución (*vid.* art. 159°. 4 y 5) no solo dispone que el Ministerio Público tiene el señorío de la investigación del delito, desde su inicio; también precisa que es titular de la acción penal, entendida como una potestad *cuasi* monopólica de promover la acción penal, pues en materia de delitos públicos la promoción de la acción penal solo a él compete.

La LOMP, de 18 de marzo de 1981, dictada durante el período de vigencia de la Const. 1979, estableció para el inicio de las actuaciones de averiguación del Ministerio Público la necesidad que, previamente, se determine su efectiva procedencia legal. Con esta finalidad, precisó que, ante las actuaciones de la Policía o las suyas propias, así como ante los recaudos de una denuncia de parte o por acción popular, la formalización de la denuncia fiscal está condicionada a que exista "*prueba suficiente*" (art. 94°.2 LOMP). El art. 76° del CPP 1940, para casos de acción popular, prevé que el Fiscal solo denunciará cuando considera que el "hecho es efectivo".

Por otro lado, el art. 77° del CPP 1940, en su texto fijado por la Ley N° 24388, de 6 de diciembre de 1985, impone tres requisitos para el auto de apertura de instrucción: a) tipicidad del hecho; b) individualización del presunto autor; y, c) no prescripción de la acción penal.

Una precisión importante en torno a las expresiones que utiliza nuestra legislación estriba en que, como acota MARTÍN Y MARTÍN, es el indicio y no las pruebas lo que se debe tener en cuenta como base para los denominados "*enjuiciamientos instructorios*"; el concepto *indicio*, en este sentido, permite efectuar juicios intermedios sobre la culpabilidad partiendo de los elementos ya recogidos en la investigación, y a partir de ellos establecer si esos elementos por sí mismos indican en forma subjetiva y racional la culpabilidad, concepto que, por cierto, no cabe confundir con la prueba indiciaria o indirecta[136].

2. ¿Las normas de la LOMP imponen una redefinición de los requisitos para el procesamiento judicial? ¿Tiene el Juez Penal, ante una denuncia formalizada por el Ministerio Público, la posibilidad de apreciar, en alguna medida, la base "probatoria" de la misma?

---

(135) Ejecutorias Superiores de Lima de 21 de mayo de 1998, Exp. N° 55-98; de 15 de julio de 1998, Exp. N° 2049-98; de 13 de julio de 1998, Exp. N° 1639-98; y, de 11 de agosto de 1998, Exp. N° 2020-98 (BACA CABRERA, Denyse; ROJAS VARGAS, Fidel; NEIRA HUAMÁN, Marlene: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, T. III, pp. 652, 656, 658 y 659).

(136) MARTÍN Y MARTÍN: *La instrucción penal*, cit., p. 182.

Es cierto que el art. 77° CPP taxativamente no exige como requisito para el procesamiento judicial que exista algún tipo de evidencia que haga razonable procesar a una persona. Sin embargo, el procesamiento –a nuestro juicio– no está condicionado a esa sola norma, pues debe integrarse no sólo con las normas antes citadas (art. 94°.2 LOMP y 76° CPP), sino también con el principio general de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos, dado que limitar la función judicial a una mera apreciación formal de procedencia, otorgando al Ministerio Público una exclusiva potestad de apreciación de la evidencia obtenida, importaría reducir irrazonablemente el poder de apreciación judicial y, con ello, lesionar a los ciudadanos, al posibilitar procesamientos sin base mínima suficiente para ello. Como está dicho reiteradamente, el solo procesamiento causa un serio perjuicio a los ciudadanos.

3. Es del todo posible que el Juez puede hacer un juicio de verosimilitud del relato fáctico contenido en la denuncia fiscal. Cuando existan actos de investigación del Fiscal o de la Policía en función de Policía Judicial, –siempre debe haberlos, pues es condición de la promoción de la acción penal– el Juez debe ponderar la sospecha, verosimilitud, razonabilidad y fundamentación de los datos que apuntan hacia una determinada persona (v. gr.: la credibilidad de un testigo, el resultado de una diligencia de inspección ocular o de un registro) y decidir si en su criterio son dignos de créditos y suficientes para formular la imputación judicial.

Hoy por hoy, dadas las normas constitucionales vigentes (*vid.* art. 139°.3 Const.) y, esencialmente, las directivas emanadas de las normas orgánicas del Ministerio Público, el auto de apertura de instrucción no solo es un mero auto de admisión o de incoación de las actuaciones de investigación. La Ley procesal penal exige que sea un auto motivado (con precisión de la tipicidad del hecho, de la identificación del imputado y el examen del cumplimiento de los presupuestos procesales correspondientes), al que se agrega la medida cautelar personal (lamentablemente dicha resolución aún no es provisional en toda su dimensión, pues no se permite al juez que pueda "*desprocesar*" a una persona decretando el sobreseimiento), a la vez que le otorga la función de determinar la legitimación pasiva y convertirse en requisito previo de la acusación; tal resolución; asimismo, le confiere un carácter formal de imputación al concretar el derecho de defensa, posibilitar el derecho de recusación, precisar los cargos a los efectos de la instructiva e imponer el derecho de asistencia letrada.

A esas notas características, por lo anotado en el parágrafo anterior, se agrega la exigencia de un presupuesto material: la existencia de "*prueba suficiente*".

4. Sin duda alguna, el término *"prueba suficiente"* es problemático. La ley no da indicaciones ciertas acerca del nivel de suficiencia que resultaría menester para sustentar la emisión del auto de apertura de instrucción. Por ello es del caso avanzar, desde una perspectiva sistemática, en ubicar su exacto contenido.

Es de acotar, al respecto, que son tres los momentos que delimitan el impulso procesal del fiscal: 1) cuando toma conocimiento de un presunto hecho delictivo; 2) cuando formaliza denuncia penal; y, 3) cuando formula acusación. Así las cosas, obviamente el grado de convicción o, mejor dicho, visto externamente, la cuantía de los recaudos o indicios delictivos debe variar en estos tres casos. Cada momento procesal, dada la naturaleza del proceso, presenta sus propias características delimitativas.

4.1. *Decisión inicial de actuaciones de investigación.* Es de entender, dado que se trata del primer "encuentro" del Fiscal con un hecho presuntamente delictivo, a propósito de la "noticia criminal", que a los efectos de decidir iniciar actuaciones de averiguación preliminar, lo que se requiere es la llamada *"sospecha inicial simple"*; esto es, en palabras de ROXIN, datos objetivos o concretos fundados en la experiencia criminalística, no meras presunciones, de que existe un hecho punible perseguible[137]. Desde luego, la tipicidad del hecho, tal como ha sido puesto en conocimiento al Fiscal, es fundamental, pero además se requiere una inicial o mínima coherencia del relato fáctico, de suerte que amerite su investigación a efectos de obtener los elementos de juicio necesarios y posibles en aras de su efectiva persecución y sanción. Esta decisión del fiscal es inimpugnable (la recurribilidad está condicionada a que no inicie actuaciones de investigación, *vid.* art. 12° LOMP).

4.2. *Decisión de formalizar denuncia.* Entre los dos extremos: motivos simples *–sospecha inicial simple–* de persecución penal y motivos suficientes *–sospecha suficiente–* para formular acusación, sin duda debe situarse el requisito material justificatorio del auto de apertura de instrucción. Es posible, entonces, entender que la apertura de instrucción exige motivos bastantes o sospecha razonable, a partir de los elementos aportados en la denuncia formalizada del Fiscal, para estimar la participación del denunciado en la comisión de un delito; por lo que la certeza de que no hubo participación en un hecho típicamente

---

[137] ROXIN: *Derecho procesal penal*, cit., p. 329. Dice al respecto SCHLÜCHTER (*Derecho procesal penal*, pp. 93-94) que esta *"sospecha inicial"* debe basarse en indicios reales suficientes para creer que se ha producido un hecho penal perseguible, no siendo necesario que los indicios concretos contengan o formen propiamente los hechos concluyentes de una acción antijurídica; han de existir indicios que indiquen –por lo menos mediante las reglas de la experiencia– hechos que se presentan como lesión de una o varias normas del Derecho penal.

antijurídico (la denominada *"certeza negativa"*) o cuando esta aparezca como improbable, justifican el rechazo *in limine* del procesamiento solicitado por el Ministerio Público. La improbabilidad en este caso significa que los actos de investigación preliminar anexos a la denuncia formalizada, en rigor, aportan elementos negativos superiores en cantidad y calidad a los que avalan la imputación, no siendo del caso estimar que los posibles actos de instrucción judiciales a llevarse a cabo aportarán nuevos elementos que permitirán una variación estimativamente fundada de lo incorporado en la denuncia.

4.3. *Decisión de acusación.* Según lo dispuesto en el art. 92°.4 LOMP, la acusación está condicionada a que el Fiscal llegue a la convicción de la "imputabilidad" –dirá: responsabilidad– del inculpado o, en todo caso, cuando exista probabilidad positiva de la responsabilidad, aun cuando abrigue ciertas dudas acerca de la participación criminal del imputado.

En puridad de verdad, no se exige certeza positiva para la acusación; es lo que se denomina "certidumbre apodíctica" acerca de la realidad del delito y de la participación del imputado. Desde una perspectiva externa, lo que permite su control o un juicio de razonabilidad, debe existir en autos suficientes elementos de convicción que tornen probable que el imputado ha cometido un delito, es decir, cuando a partir de lo existente se ha de esperar su condena con una fuerte probabilidad. Los criterios de apreciación, por cierto, deben ser distintos de los que corresponden al momento del fallo definitivo, pues no solo la probabilidad se basa preponderantemente en actos de instrucción, sino que existe toda una etapa, la de enjuiciamiento, que permitirá salvar o aclarar dudas y, en su caso, esclarecer la utilidad de las afirmaciones formuladas en la acusación[138].

Corresponde al Fiscal poner en conocimiento del Juez la resolución de apertura de investigación, adjuntándole todos los actuados –originales–, pues para este efecto es necesario que se los tengan a la vista dado que el auto judicial debe pronunciarse respecto a la medida cautelar personal que corresponda al procesado. Recuérdese que para dictar mandato de detención o de comparecencia con restricciones se requiere principio de prueba

---

[138] ROXIN (*Derecho procesal penal*, cit., p. 336) acota que para determinar el nivel de *suficiencia* se deberá considerar decisivo el pronóstico del Fiscal, de modo tal que ello dependerá exclusivamente de si probablemente, al final del juicio oral, él llegará a requerir la condena. Por su parte, más extensamente, SCHLÜCHTER (*Derecho procesal penal*, cit., p. 98) puntualiza que *"sospecha de criminalidad suficiente"* significa probabilidad de la condena, la cual tiene tres presupuestos: a) que se base en una descripción de hechos cuya comisión es, previsiblemente, demostrable a través de los medios de prueba; b) que los hechos sean concluyentes para uno o varios tipos penales; y, c) ausencia de obstáculos o de impedimentos procesales.

(*fumus boni iuris*) tanto sobre el hecho delictivo imputado como sobre la vinculación con el ilícito que se incrimine al encausado (arts.135°.1 y 143° *in fine* del Código de 1991).

La única forma de motivar la resolución y dictar una coerción razonable y fundada, como lo exige el art. 139°.5 de la Constitución, es apreciar el conjunto de elementos probatorios aportados por el Fiscal al momento de promover la acción penal. Y sólo podrá cumplirse este requisito en la medida que se acompañen al auto fiscal el íntegro de los actuados que el Fiscal tuvo a la vista al momento de decidir.

La resolución judicial, en este único caso, no requiere un trámite previo de traslado al imputado, como es la pauta regular impuesta por el primer párrafo del art. 314° del Código de 1991, desde que la norma específica del art. 115° de dicho Código no lo ordena y porque la imposición –en su caso– de la primera medida cautelar torna recomendable no hacerlo, pues de otra forma peligraría el éxito de la investigación y demoraría la definición de la situación jurídica del imputado, quien inclusive podría encontrarse ya privado de la libertad.

Luego de la evaluación correspondiente, el Juez remitirá inmediatamente los originales al Fiscal para que continúe con los actos propiamente de investigación, especialmente con la instructiva o declaración de los imputados.

Es obvio, por lo demás, que el auto del Juez Penal que aprueba la promoción de la acción penal o abre instrucción es *inapelable*, tal como lo estableció el alto Tribunal en la Ejecutoria Suprema de 30 de noviembre de 1993[139]. Solamente son impugnables las medidas coercitivas que contiene dicha resolución. No cabe la impugnación no solo porque la ley no acepta tal recurso, sino también porque contra los extremos o elementos que integran dicha resolución existen medios de defensa específicos[140]. Así tenemos las cuestiones previas y las excepciones –tanto de improcedencia o naturaleza de acción cuanto de prescripción–, que cautelan, de un lado, el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad (arts. 4° del Código de 1940 y 5° del Código de 1991) y, de otro lado, la tipicidad del hecho materia de procesamiento y la subsistencia de la persecución penal (arts. 5° del Código de 1940 y 8°, incs. 2 y 5, del Código de 1991).

---

(139) Exp. N° 312-93-B, Huánuco (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 404-405).

(140) CATACORA GONZÁLES, Manuel: "El auto de apertura de instrucción", en: *El Magistrado*, Año II, N° 1, Lima, 1982, p. 40.

B. Del auto ampliatorio de instrucción

La dinámica de la instrucción no permite que el objeto del proceso sea inalterable. Antes bien, como consecuencia de los actos de investigación puede ser posible que se advierta la intervención de otras personas en el delito, así como que se descubra la comisión de otro delito o se establezcan circunstancias fácticas que tipifiquen otra modalidad delictiva a la inicialmente prevista en el auto de apertura de instrucción.

Siendo así, es claro que corresponde al Juez ampliar el auto apertorio de instrucción para incorporar procesalmente los supuestos arriba enunciados. La jurisprudencia ha establecido –ahora expresamente– que con esa finalidad se requiere la presencia de suficientes indicios incriminatorios que justifiquen la ampliación (Ejecutorias Supremas de 1 de octubre de 1998, Exp. N° 3103-98; y de 9 de julio de 1978)[141]. Asimismo, tiene decidido que no es procesal, cuando se incorporan en la instrucción nuevos elementos que configuran un delito distinto del investigado, variar la tipificación del auto apertorio de instrucción, sino lo que cabe es ampliarlo por la nueva figura penal que se estima pertinente a la luz de los nuevos elementos de convicción incorporados al sumario judicial (Ejecutoria Suprema de 18 de setiembre de 1997, Exp. N° 2140-97, Ucayali)[142]. Por último, la Corte Suprema, en varias decisiones, ha puntualizado que abierta instrucción y encontrándose esta en curso, su ampliación por delitos distintos o contra personas diferentes sólo puede ser ordenada por el Juez Instructor, en su condición de director de la instrucción, o a solicitud del Ministerio Público[143]. Si la parte civil pide la ampliación, en todo caso tal petición debe ser puesta en conocimiento del Ministerio Público[144], quien tiene soberanía para decidir si acepta o no lo expuesto por la parte civil, cuya decisión no es revisable por el Juez.

---

[141] *Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 180; RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 50-51, respectivamente.

[142] *Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 181. En esa misma línea, la Ejecutoria suprema de 23 de setiembre de 1997, Exp. N° 4229-97, Huánuco, señaló que: "(...) el auto de apertura de instrucción, determina el desarrollo de la investigación judicial en su desarrollo como en su conclusión, es por eso que si durante el transcurso del proceso, se hace necesaria la adecuación de la conducta investigada a un tipo penal distinto al que se venía investigando, se requiere necesariamente de la ampliación de la citada resolución" (ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia procesal penal [1996-1998]*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, T. II, pp. 298-299).

[143] *Anales Judiciales*, 1960, Lima, p. 48; *Anales Judiciales*, 1957, Lima, p. 143; *Anales Judiciales*, 1961, Lima, p. 137; y *Anales Judiciales*, 1962, Lima, pp. 171 y 175.

[144] Ejecutoria de 12 de agosto de 1998, Exp. N° 2588-98-A (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 182).

Un tema importante, a partir de la configuración actual de la titularidad de la persecución penal por el Ministerio Público es si el Juez puede ampliar de oficio el auto de apertorio de instrucción. Las ejecutorias que hemos mencionado, desde luego, están referidas a un momento legislativo preconstitucional, por lo que no pueden aplicarse a la situación actual. Si el Fiscal es el titular de la acción penal, tiene a su cargo con carácter de monopolio el *ius persecutionis*, lo que tiene un fundamento directamente constitucional, entonces, la norma que prevé que el Juez es el director de la instrucción (*vid.* art. 99° CPP 1940) –anacronismo que ahora ni siquiera tiene sustento constitucional– tiene un límite en la definición del objeto del proceso, que ahora responde nítidamente al principio acusatorio. Por tanto, el juez carece de potestades de oficio para ampliar el auto de procesamiento.

Capítulo XX
LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN O INVESTIGACIÓN (II)

SUMARIO: V. Los actos de investigación: 1. Aspectos generales. 2. La inspección ocular. 3. La reconstrucción. 4. La revisión de personas. 5. El reconocimiento de personas. 6. El reconocimiento de cosas. 7. Las diligencias especiales. 8. La identidad del imputado y sus circunstancias personales. 9. La declaración del imputado. 10. La declaración del testigo. 11. La confrontación. 12. La pericia. 13. El documento. **VI.** Medidas instrumentales restrictivas de derechos: 1. Aspectos generales. 2. Medidas previstas en la legislación procesal. 3. El allanamiento. 4. El control de comunicaciones. 5. Registro e incautación de documentos privados. 6. La inspección corporal. 7. La intervención corporal. 8. El levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria. 9. El secuestro o incautación y la exhibición forzosa de cosas. **VII.** Clausura de la instrucción: 1. Aspectos generales. 2. El procedimiento de conclusión sumarial en el Código de 1940. 3. El procedimiento de conclusión sumarial en el Código de 1991.

V. LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN

1. ASPECTOS GENERALES

En tanto que el procedimiento instructorio o preparatorio tiene como objetivo fundamental averiguar y comprobar los hechos aparentemente delictivos que conforman la *notitia criminis*, la ley regula un conjunto de actos específicos y heterogéneos de investigación, de común realización aunque no constituyen un *numerus clausus*, en orden a determinar los dos extremos de la imputación: a) la realidad del delito; y, b) la intervención del imputado como autor o partícipe en el delito, así como el aseguramiento de las responsabilidades penales y civiles.

Como es obvio, no es posible establecer una norma general que sirva de pauta al Fiscal –o al Juez en modelo del Código de 1940– en las actuaciones que debe acordar para lograr el fin de la instrucción, dada la gran variedad de supuestos que se pueden presentar. El éxito de la investigación radica en su preparación y buen sentido. La ley procesal regula una gran variedad de

diligencias instructoras, las que utilizará el Fiscal o Juez según las peculiaridades de cada caso[145].

Debemos entender por actos de investigación, enseña IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, los que efectúa el investigador (Policía Judicial, Fiscal y Juez –este último según el modelo del Código de 1940–) para determinar la veracidad de los hechos contenidos en la *notitia criminis* y, confirmándose esta, para concretarla en todos sus elementos subjetivos y objetivos. Para llevarlos a la práctica es necesario emplear unos medios: personas, cosas o actividades que sean hábiles para el fin aclaratorio propuesto o pretendido[146].

Como medios directos de investigación, la Ley rituaria prevé los siguientes: la inspección ocular y sus particularidades, la reconstrucción del hecho, la revisión o registro de personas, el reconocimiento de personas, el reconocimiento de cosas, las diligencias especiales (necropsia, reconocimiento médico legal y preexistencia), la identidad del imputado y sus circunstancias personales (identidad, determinación de edad, justificación de conducta, determinación de anomalía psíquica grave), la declaración del imputado (instructiva), la declaración del testigo, la confrontación, la pericia y los documentos. Paralelamente, durante la instrucción, aunque no de manera exclusiva, se llevan a cabo diversos actos de aseguramiento, tales como las medidas cautelares y las medidas instrumentales restrictivas de derechos, constituyendo estas últimas medios indirectos de investigación.

2. LA INSPECCIÓN OCULAR

Un primer momento en toda investigación, cuya historia parte del régimen inquisitivo, estriba en comprobar el delito (*inquisición general*), para luego pasar a la averiguación del autor (*inquisición especial*). Antes se decía, anota PIETRO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, que una vez recogidos los datos sobre el hecho punible (*iudici ante omnia constare debet de delicto*), que podían ser exhibidos para demostrar la existencia de aquél, se pasaba a la averiguación del autor de estos hechos, porque alguien tenía que haberlos realizado, y a la correspondiente inculpación[147].

La inspección ocular, en cuanto diligencia genérica, está regulada en los arts. 170° del Código de 1940 y 235° y 236° del Código de 1991. Este acto de

---

[145] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 157.

[146] IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO, Miguel: *Curso de Derecho procesal penal*, Universidad de Madrid, Madrid, 1969, p. 146.

[147] PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ / GUTIÉRREZ DE CABIEDES: *Derecho procesal penal*, cit., p. 172.

investigación está íntimamente ligado con la noción de "cuerpo del delito" y, como aclara ARAGONESES MARTÍNEZ, tiene por objeto el reconocimiento por el Juez –o el Fiscal en el supuesto del Código de 1991– de todo aquello que puede tener relación con la existencia y naturaleza del hecho. El Instructor –juez o fiscal– tiene una percepción directa y personal del hecho, utilizando al efecto no solo el sentido de la vista, sino todos los sentidos involucrados en la percepción de lo acontecido(148).

La inspección ocular debe realizarse siempre que el hecho investigado haya dejado vestigios materiales de su perpetración o cuando, sin dejarlos, resulte conveniente para mejor constancia, mediante la descripción de todo lo que puede relacionarse con su existencia y naturaleza(149).

Se pueden inspeccionar lugares y cosas en general. El objeto de la *inspección de lugares* son los ambientes abiertos o cerrados, inmuebles en general o muebles de gran volumen o de amplias dimensiones que permitan contener variedad de cosas y, aun dentro de estos, puede limitarse a una pieza o habitación, a un camarote o compartimiento, siendo del caso que el Instructor debe constituirse a esos locales y comprobar con sus propios sentidos las huellas o rastros que hayan quedado, como también cualquiera otra circunstancia de interés para el proceso. El objeto de la *inspección de cosas*, desde una perspectiva amplia o general comprende todo elemento material que pueda relacionarse con el hecho investigado y al cual pueda acceder directamente el instructor para observarlo. En este caso, se inspecciona la cosa encontrada u obtenida en su integralidad, la cual debe ser descrita totalmente, detallándose además las huellas, rastros, anormalidades u otras circunstancias objetivas que se adviertan en la cosa y se consideren posibles consecuencias del hecho investigado(150).

La ley procesal prescribe que, de existir vestigios o pruebas materiales del delito, deben recogerse y conservarse, sin perjuicio de la descripción de los mismos y de la escena inspeccionada. Es lo que se *denomina diligencia de recogida de armas, instrumentos, efectos y documentos.* En el caso que en la diligencia levantada por el Fiscal, en los términos del art. 236° del Código de 1991, se disponga la incautación o secuestro de los objetos útiles a la investigación, el afectado puede instar la intervención judicial para determinar su legalidad, esto es, si cabe incautarse con fines cautelares (imposición de una probable consecuencia accesoria de decomiso, de conformidad con el art.

---

(148) En: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit., p. 337.

(149) IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO: *Curso de Derecho procesal penal*, cit., p. 148.

(150) CLARIÁ OLMEDO, Jorge: *Tratado de Derecho procesal penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1966, T. V, pp. 51, 52 y 55.

102° de Código Penal) o con fines probatorios, si el bien está relacionado con el hecho o con la investigación y, por ende, merece que sea retenido, claro está respetando siempre el principio de proporcionalidad.

Desde el punto de la formalidad de la diligencia, corresponde levantarse un acta, consignando en ella: a) la descripción del lugar del delito, el sitio y estado en que se hallen los objetos que en él se encuentren; b) el detalle de los accidentes del terreno o situación de las habitaciones y todos lo que puede utilizarse para las partes. Eventualmente, se levantará un plano o croquis del lugar y el retrato de las personas que hubiesen sido objeto del delito, o la copia o diseño de los efectos o instrumentos del mismo que se hubiesen hallado. El art. 238° del Código de 1991 autoriza la intervención de testigos y peritos, como también que se levanten grabaciones o fotografías de las personas o cosas vinculadas al acto procesal.

Una particularidad de inspección ocular es la prevista por el art. 107° del Código de 1991. El Fiscal, al tener conocimiento de un delito de ejercicio público de la acción penal, inmediatamente podrá constituirse al lugar de los hechos con el personal y medios especializados, y efectuar un examen con la finalidad de establecer la realidad de los hechos, levantando las actas correspondientes. Se entiende que la inspección ocular regulada en el art. 236° de dicho Código es la que se realiza en un segundo momento, en el que el dato del contradictorio es muy claro, dado que por lo general es una diligencia que tiende a convertirse, por la fuerza de las circunstancias, en un acto de prueba.

Es de tener presente que la policía, asimismo, según las normas del Derecho policial está autorizada a realizar inspecciones de toda índole (*vid.*, art. 11°.1 Reglamento de la LOPNP), sea de instalaciones como de objetos en general, para cuya ejecución podrá contar con el concurso de personal especializado. Se entiende que si se trata de una investigación en curso por un delito ya cometido, la inspección de lugares cerrados, incluyendo vehículos, naves y aeronaves, requerirá mandato judicial. Llama la atención que el Reglamento exija en todo caso y siempre orden judicial, mientras que la Ley no lo hace (*vid.* art. 9°.1 LOPNP), lo que genera una quiebra en el control del delito, pues la orden judicial solo es exigible para lugares cerrados.

Otra modalidad especial es la diligencia denominada *"levantamiento de cadáver"*, regulada en el art. 239° del Código de 1991, norma ya vigente por imperio del Decreto Ley N° 25825. Esta diligencia, que puede ser delegada en un Fiscal Adjunto o realizada por la propia Policía, importa describir no solo el lugar donde se encuentra el cadáver, cuya muerte se sospecha ha sido causada por un hecho punible, sino fundamentalmente detallar, con ayuda del médico legista (perito médico adscrito al servicio de la Administración

de Justicia) cómo se encuentra el cadáver y su aspecto externo (ropas, postura, lesiones visibles, etc.), a la vez que tratar de identificarlo por la documentación que pueda portar en su vestimenta, de lo contrario se dispondrá que a través de los medios científicos conocidos puede cumplirse ese paso imprescindible en toda investigación de un homicidio (huella dactiloscópica, pelmatoscópica u otras). En este acto, a través de las primeras referencias del médico legista se efectuarán no solo las primeras incautaciones, sino también se decidirá si corresponde se practique la autopsia para determinar la causa de la muerte, lo que se hará "(...) *cuando sea probable que se trata de un caso de criminalidad* (...)".

Al respecto, la Ley N° 26715 fija algunas excepciones cuando se trate de un fallecimiento por accidente en un medio de transporte o como resultado de un desastre natural, en que las causas del deceso sean consecuencia directa de estos hechos. En esos supuestos, producida la identificación del cadáver, se entrega a sus familiares sin necropsia, para lo cual es del caso que conste la opinión del médico legista en el sentido que refiere que el fallecimiento se debió directamente al accidente en cuestión. La necropsia se producirá cuando existan indicios que revelen que la causal del deceso es ajena al accidente o al desastre natural; también se producirá en el caso del conductor del medio de transporte siniestrado o, en los supuestos anteriores, cuando sea expresamente requerido por algún familiar.

3. La reconstrucción

Es una diligencia de naturaleza mixta, e incluso, plural, anota Alberto Cafetzóglus[151]. Consiste sustancialmente en la reproducción artificial del hecho delictivo, de circunstancias o episodios de este, o también de circunstancias y episodios atinentes a ciertos medios de prueba para verificar su exactitud, posibilidad o verosimilitud[152].

La reconstrucción no está regulada en el Código de 1940. Si lo está en cambio en el Código de 1991, en sus arts. 235° *in fine* y 238°. Por medio de dicha diligencia, enseña Gómez Orbaneja, el Instructor se traslada al lugar de la comisión del delito, adoptando las medidas oportunas que su ciencia le sugiera para reproducir el hecho sobre el escenario mismo en que se ejecutó, con asistencia de los testigos y del imputado, con el fin de adquirir conocimiento seguro de la forma, veracidad o inexactitud de las

---

(151) Cafetzóglus: *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 123.

(152) Florián, Eugenio: *De las pruebas penales*, Temis, Bogotá, 1976, T. II, p. 539.

declaraciones que hubieren dado los testigos y el inculpado, extendiéndose de ella la correspondiente acta[153].

El último párrafo del art. 235° del Código de 1991 señala que la reconstrucción del hecho tiene por finalidad verificar si el delito se efectuó, o pudo acontecer, de acuerdo a las declaraciones –del reo o de los testigos– y demás pruebas actuadas. Presupone, como es obvio, determinadas constancias en autos, tales como instructivas, testimoniales y algunas pericias, a efecto de contrastarlas con las versiones que obran en el expediente. Como tal, desempeña una verdadera *función de control* sobre la exactitud, posibilidad o verosimilitud de los elementos de convicción ya incorporados por la investigación; pero también se adquieren con ella, nuevos datos probatorios, que confirmarán o eliminarán los anteriores y se obtendrán verificaciones más precisas, cuando no completamente nuevas[154].

Al igual que en la inspección ocular, su actuación se somete al principio del contradictorio y de interdicción del secreto: su realización debe ser comunicada a las partes, bajo pena de nulidad. La asistencia de las partes es una garantía de eficacia del acto. También concurrirán los testigos y peritos que el caso aconseje, es decir, que tengan conocimiento del hecho que se pretende reproducir (testigos), que hayan aportado algún dato técnico necesario al proceso o que sea del caso contar con su presencia para realizar todas las operaciones científicas convenientes para una mayor eficacia de la reconstrucción. Finalmente, se levantará un acta de dicha diligencia, a la cual pueden agregarse croquis, planos, fotografías, grabaciones y películas relativas al acto procesal en referencia.

4. La revisión de personas

El art. 235° del Código de 1991 regula la revisión de personas. Señala, en su segundo párrafo, que tiene por objetivo comprobar las huellas y otros efectos materiales que el delito haya dejado en las personas. Tal revisión tiene como presupuesto la existencia de motivos suficientes para presumir que en el cuerpo de una persona o en su ámbito personal presenta u oculta cosas relacionadas con el delito. Dispone el art. 237° que antes de procederse a la revisión, puede invitarse al intervenido a exhibir el objeto buscado; la revisión se practica respetando el pudor de la persona, de preferible por persona de su mismo sexo y, en caso necesario, con el concurso necesario de un profesional médico.

---

[153] Gómez Orbaneja / Herce Quemada: *Derecho procesal penal*, cit., p. 159.

[154] Cafferata Nores, José Ignacio: *La prueba en el proceso penal*, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 152.

Una modalidad específica, pues los casos más graves se analizarán cuando se aborde el tema especial de las medidas instrumentales restrictivas de derechos, son los denominados "cacheos", esto es, el registro de una persona para saber si oculta elementos que puedan servir para la prueba de un delito. Diligencia que afecta, *prima facie*, dos derechos fundamentales del sometido: su derecho a la libertad y el de la intimidad corporal. Su objeto mediato es la identificación del delincuente, lo que conlleva el control superficial de los posibles objetos peligrosos que aquel portare[155].

La revisión puede versar sobre el cuerpo de una persona, tanto de sus partes normalmente exhibibles como de las zonas pudendas, lo que trae aparejado el escrupuloso respeto al pudor del examinado y la intervención médica. En todos estos casos, la legitimidad del acto de intervención tiene que ver con las fundadas sospechas de tenencia de bienes vinculados a la comisión de un delito.

El registro de personas, no está expresamente regulado en el CPP de 1940 como una diligencia de la instrucción judicial. En cambio, las normas de Derecho policial sí la contemplan como una actividad típicamente policial y realizable de inmediato (*vid.* art. 9° LOPNP). El art. 13° de la Ley 27934 ratifica esta facultad policial, sin condicionarla a la flagrancia delictiva. En todo caso, en cuanto el registro implica una limitada restricción de la libertad de tránsito y, en determinados casos, una injerencia en el derecho a la intimidad, resultará imprescindible una justificación objetiva, concretada en la presencia de determinados indicios, aunque muy relativos, de algún comportamiento criminal. Las notas de injerencia e impostergabilidad justifican una requisa o registro personal, sobre la base de una conjetura fundada en apariencia o en visos de verdad[156].

5. EL RECONOCIMIENTO DE PERSONAS

Este acto de investigación radica en la necesidad de individualizar a los culpables de un hecho delictivo, cuando no está determinada con toda exactitud la persona del autor o partícipe. CAFFERATA NORES puntualiza al respecto, que el reconocimiento procederá en tres supuestos: a) cuando sea dudosa la identidad física de una persona; b) cuando haya dudas acerca de la identificación normal de una persona; y, c) cuando resulta necesario verificar si el que dice conocer o haber visto a una persona, efectivamente la

---

[155] GIL HERNÁNDEZ, Ángel: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 1995, p. 71.

[156] ÁLVAREZ CANALÉ, Alcindo: *La instrucción procesal penal en la jurisprudencia*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2002, p. 417.

conoce o la ha visto[157]. Persigue identificar al posible delincuente por quien ha presenciado la comisión del delito o por quien ha sido el perjudicado directo del mismo.

Desde una perspectiva técnico-jurídica, explica Eugenio FLORIÁN, el reconocimiento es el acto procesal mediante el cual el Juez –nosotros diríamos "el Fiscal"– procede a determinar la identidad de una persona, valiéndose de una indicación material o del reconocimiento efectivo de otras personas. En el antiguo derecho italiano se admitía la declaración del testigo –podía ser la propia víctima– que no podía comprobarse sino mediante la inspección del reo mismo, por ejemplo cuando el testigo decía que no lo conocía de nombre, sino tan solo de vista, o cuando lo describía por sus señales personales, en cuyo caso se le debía presentar el reo para que lo reconozca[158]. En este caso, el imputado es un mero objeto de percepción visual del observador y la diligencia está sometida a exigentes garantías.

El reconocimiento de personas es una diligencia característica de la etapa de instrucción, inidónea por lo general en la fase del juicio oral, porque su desarrollo y ejecución resultaría ya imposible. Sin embargo, el reconocimiento realizado en la instrucción –con mayor razón si se actuó en sede policial– tiene que ser ratificado de alguna forma en el juicio oral, no considerándose prueba de cargo, si es que el identificador no acude al acto del juicio para declarar como testigo y ratificarse en la identificación. Esta ratificación es necesaria por la importancia del juicio oral, en donde adquieren singular relieve lo que en él acontece, dadas las notas de verosimilitud, veracidad y amparo constitucional que aquella lleva a la luz de los principios básicos del proceso, la publicidad y la inmediación entre ellos[159].

Una interesante decisión de la Corte Superior de La Libertad permite precisar el ámbito del acto de investigación de reconocimiento de personas y su confusión con la confrontación o careo[160]. Fluye de la Ejecutoria superior que el agraviado, ante la Policía, al denunciar el asalto en su agravio, hizo mención a un individuo a quien identificó por su alias y por ser hijo de un conocido, pero que en la confrontación con tal sujeto, que en el curso de la investigación policial fue identificado e intervenido, se retractó de la identificación que formuló, explicando su retractación en motivos que

---

(157) CAFFERATA NORES: *La prueba en el proceso penal*, cit., pp. 131-132.

(158) FLORIÁN: *De las pruebas penales*, cit., T. II, pp. 488-489.

(159) VEGA RUIZ, José Augusto de: *Proceso penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial*, Colex, Madrid, 1994, pp. 59 y 64.

(160) Ejecutoria Superior de La Libertad de 27 de febrero de 2001, Exp. N° 200-557-160101JP06 (*Normas Legales*, T. 325, junio, Trujillo, 2003, pp. 163-165).

vienen al caso. Lo cierto es que cuando se trata de identificar a una persona como partícipe en un hecho delictivo y establecer si el testigo o víctima está seguro que quien lo atacó fue aquel –lo que no tuvo en cuenta la Corte de La Libertad–, la diligencia que corresponde es el reconocimiento y no la confrontación, que sirve básicamente para contrastar y, en su caso, aclarar versiones contrapuestas, no para individualizar personas.

La diligencia de reconocimiento fue regulada inicialmente en el art. 67° del Código de 1863, cuyo desarrollo se efectuaba mediante el procedimiento de la *rueda de presos*. Este procedimiento, sin embargo, no se aceptó en los Códigos de 1920 y 1940, en cuyos arts. 110° y 146°, respectivamente, solamente exigieron que el testigo previamente al acto de reconocimiento debía describirse a la persona objeto de identificación. En el Código de 1991 se ha vuelto al sistema de *rueda de personas*, siendo de destacar que no la limita a los imputados. En efecto, el art. 234° establece, en primer lugar, que el testigo debe describir previamente a la persona aludida *(es el elemento previo y descriptivo del acto)*; en segundo lugar, que, luego, se le pondrá a la vista junto con otras –por lo menos dos, dice CAFFERATA NORES[161]– de aspecto exterior semejante (el Código del siglo pasado exigía las mismas ropas que tenía el presunto delincuente cuando cometió el delito); en tercer lugar, que el reconocimiento se efectuará en presencia de todas ellas y/o desde un punto de donde no pueda ser vista; en cuarto lugar, que acto seguido se preguntará al testigo si se encuentra entre las personas que observa aquella a quien se hubiere referido en sus declaraciones y, en caso afirmativo, cuál de ellas es *(es el elemento determinante e intelectual del acto)*. Esto significa, como aclara CLARIÁ OLMEDO, que el acto se cumpla por el testigo a "viva voz"; y, además, no puede practicarse con reserva para los defensores de las partes[162]. El acta de reconocimiento contendrá la identificación de todos los integrantes de la rueda.

Esta diligencia, sin embargo, también puede realizarse por imágenes, más concretamente por fotografías, lo que se producirá cuando no se tiene a la vista al presunto delincuente. Esta modalidad sustitutiva de reconocimiento, practicada ante la ausencia de la persona objeto de la diligencia y siempre que se tenga fotografía de él, puede considerarse como una técnica habitual y elemental que responde a la necesidad que la investigación impone como punto de partida para una posterior identificación por medio del reconocimiento en rueda posterior. La operación confrontativa se cumplirá presentando al testigo una o más fotografías de quien deba ser identificado, acompañadas

---

(161) CAFFERATA NORES: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 130.

(162) CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 161.

de otras semejantes, pero de distintas personas; ante ellas, expresará si se encuentra la imagen de la primera, y en caso afirmativo indicará cuál es, de manera clara y determinada[163].

La Ley N° 27055, de 24 de enero de 1999, que modificó el art. 146° del Código de 1940, prohibió que en las diligencias de reconstrucción asistan el niño o adolescente agraviado en casos de violencia sexual. Esta excepción se justifica en estrictas razones de proporcionalidad, en orden a la protección de la salud síquica de la víctima.

6. El reconocimiento de cosas

Una diligencia muy similar al reconocimiento de personas es el reconocimiento de cosas, aunque sometida a menores garantías. Nos estamos refiriendo a las cosas muebles o inmuebles, animadas o inanimadas. Para estos efectos, el testigo debe, con carácter previo, describirla antes de serle presentada. A continuación, debe relatar, con la mayor aproximación posible, el lugar, el tiempo, el estado y demás circunstancias en que se hallaba la cosa cuando se realizó el hecho investigado (art. 206° del Código de 1991). El Código de 1940, en su art. 146°, exige solamente la previa descripción de la cosa por el testigo, para luego serle mostrada a fin de que la identifique. Puede reconocerse tanto la cosa en sí misma, como una cualidad de ella, a saber: el tamaño, el color, la materia de que está compuesta, la forma, etc.[164].

Es de aclarar que el art. 206° del Código de 1991, inadvertidamente, comprendió en el reconocimiento tanto a las personas como a las cosas, al igual que el Código de 1940, pese a que cuando se trata de personas la regla específica es la contemplada en el art. 234° de dicho Código. Siendo así, es de tener presente que esa norma solo ratifica la necesidad de la previa descripción de la persona a identificar y que, acto seguido, en armonía con el art. 234°, debe procederse a la rueda respectiva.

Una modalidad especial de este tipo de reconocimiento, realizado en los primeros momentos de la investigación, es el *reconocimiento de cadáveres*, que pueden realizar los testigos en general, incluidos los parientes, o el propio imputado. El art. 239°, tercer párrafo, del Código de 1991 –norma vigente–, obliga a la identificación del cadáver cuando la muerte es sospechosa de haber sido causada por un hecho punible, acto que puede hacerse no sólo por medios técnicos, sino también por personas que se supone conocen a la víctima. En este último caso, la operación comparativa es relativamente

---

(163) Clariá Olmedo: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 166.

(164) Clariá Olmedo: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 166.

simple, pues consiste en poner al testigo frente al cadáver para que exprese si lo conoce, y en su caso diga quién es. También es posible que la víctima sea identificada por su vestimenta y otros objetos encontrados con él.

Como ya se anotó, es una diligencia que se realiza como consecuencia de la primera intervención de la Fiscalía, al serle notificada la existencia de una muerte sospechosa de criminalidad y luego de la diligencia de levantamiento de cadáver. Sin embargo, también es posible que se lleve a cabo luego de su entierro, mediante la diligencia de exhumación. El Código de 1940, en sus arts. 173° al 175° prescribía un procedimiento más detallado en orden a la determinación de las personas que podían identificar al cadáver, normas que a su vez fueron desarrolladas por el Reglamento del Servicio de Necropsias, Decreto Supremo N° 003–69–PCM, de 28 de abril de 1969.

7. LAS DILIGENCIAS ESPECIALES

Bajo este rubro, el Código de 1991 agrupa un conjunto de diligencias vinculadas a la clásica noción de *cuerpo delito* en su sentido estricto, esto es, en palabras de ALMAGRO NOSETE, al "conjunto de elementos materiales y manifestaciones externas producidos directamente por el delito en las personas o en las cosas objeto del mismo"[165]. El Capítulo VII del Título V del Código en mención, que entró en vigencia en mérito a la Ley N° 25825, de 10 de noviembre de 1992 precisa un conjunto de diligencias de *comprobación del delito* circunscribiéndolas a infracciones penales tales como homicidio, lesiones, aborto y contra el patrimonio. Las diligencias que comprende son: a) la autopsia o necropsia; b) el reconocimiento médico-legal en los supuestos de lesiones y aborto; y, c) la preexistencia.

A. La autopsia o necropsia

Esta diligencia, también denominada *pericia anatómica*, es en puridad una pericia especial destinada a determinar la causa de la muerte de una persona, así como también para determinar otras cuestiones accesorias, como la oportunidad y circunstancias del deceso, etc.[166].

La Ley N° 26715, de 27 de diciembre de 1996, limita la realización de necropsias cuando se trata de un fallecimiento producido por accidente en un medio de transporte, o como resultado de un desastre natural, en que las causas del deceso sea consecuencia directa de estos hechos. En tales casos, no será exigible respecto de los pasajeros, salvo pedido de parte, pero

---

[165] ALMAGRO NOSETE, José y TOMÉ PAULE, José: *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, Trivium, Madrid, 1994, p. 203.

[166] CAFFERATA NORES: *La prueba en el proceso penal*, cit., pp. 80-81.

sí respecto del conductor. La necropsia necesariamente se practicará cuando existan indicios de que la causa de la muerte es ajena al accidente o al desastre natural, así como cuando –regla general– existan sospechas que la muerte fue causada por un hecho punible.

El art. 239° de Código de 1991 dispone la necropsia cuando el Fiscal, luego de la diligencia de levantamiento de cadáver, considere probable que se trata de un caso de criminalidad, a fin de determinar la causa de la muerte. El art. 109° de la Ley General de Salud, Ley N° 26842, de 20 de julio de 1997, contiene otros supuestos, fuera del presuntamente delictivo, a cargo del Fiscal, en que también es procedente la necropsia, siendo de destacar el inc. d) de dicha norma que señala que la autoridad judicial también puede ordenar dicha pericia en los supuestos permitidos por la ley y cuando sea del caso disponerla cuando la causa se encuentra bajo su competencia.

La necropsia es realizada por los médicos-legistas del Instituto de Medicina Legal del Perú "Leonidas Avendaño" y en la respectiva Morgue Central, salvo que el Fiscal disponga su realización en otro lugar (arts. 21° y 27° del Reglamento de Necropsias). En esa diligencia pericial, se practicará en presencia del Fiscal o de su Adjunto, así como de los defensores y de un perito de parte, si es que lo acreditan.

El informe pericial que emiten los médicos legistas necropsiadores se denomina "protocolo de necropsia", que es la declaración de ciencia emitida por los peritos médicos como consecuencia del examen interno practicado en el cadáver, para establecer la causa de la muerte[167]. Según el art. 22° del Reglamento, los actos periciales propios de la necropsia comprenderá siempre la apertura de las cavidades craneal, pectoral y abdominal; en caso necesario, a juicio del Fiscal, se extenderá, de ser posible, a la cavidad raquídea y a cualesquiera órganos que deberán examinarse detallada y metódicamente; por otro lado, si se está ante un recién nacido, se examinará si ha vivido después o durante el nacimiento, si había llegado al completo desarrollo y si nació en condiciones de viabilidad.

El protocolo de necropsia, según el art. 26° de dicho Reglamento, es redactado –siguiendo un formulario impreso– por los peritos que lo practicaron y visado por el Director de la Morgue. El informe pericial necesariamente debe constar de tres partes: la descripción externa del cadáver; el examen interno, que consiste en la apertura de las cavidades antes indicadas; y, las conclusiones, que al decir de GARCÍA RADA deben referir la naturaleza de las lesiones que ocasionaron la muerte, el instrumento empleado, la posición del agresor y del agredido y todas las demás particularidades del

---

[167] GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 228.

hecho, especialmente si la lesión fue inferida por mano propia o por mano ajena[168]. El órgano de gobierno del Ministerio Público, mediante Resolución N° 704-98-MP-CEMP, de 4 de noviembre de 1998, aprobó la "Cartilla de Llenado del Protocolo de Necropsia", que es más amplia y rigurosa que las disposiciones del Reglamento de Necropsia. CLARIÁ OLMEDO señala que, además, la pericia anatómica puede tender a determinar otras circunstancias ajenas a la causa de la muerte, como por ejemplo si la víctima del homicidio estaba de pie, sentada o acostada (relajación o tensión de los músculos)[169].

Una particularidad que puede presentarse en la necropsia es cuando existen indicios de envenenamiento, es decir, cuando se sospecha o comprueba que la causa de la muerte es debido a una intoxicación. En este caso, se extraerán del cadáver los líquidos y vísceras que deben guardarse en envases aparentes, cerrados y lacrados a fin de ser sometidos a una investigación toxicológica o examen químico en el Laboratorio del Instituto de Medicina Legal, "a fin de obtener una mayor certeza acerca del veneno empleado o si se trata de un envenenamiento suicida, accidental o criminal, que son los problemas fundamentales que pueden plantearse en esta clase de muerte"[170]. Estos elementos, al igual que las materias sospechosas que se encuentren fuera del cadáver o en sus alrededores, serán objeto de un informe pericial especial y complementario a la necropsia.

Los elementos extraños que se encuentren dentro del cadáver serán conservados para ser presentados en el juicio oral (art. 242° del Código).

B. El reconocimiento médico-legal

Los arts. 243° y 244° del Código de 1991 imponen a los médicos–legistas del Instituto de Medicina Legal "Leonidas Avendaño" dos exigencias, según se trate de exámenes periciales referentes a lesiones corporales y aborto.

En el primer caso –lesiones corporales– el informe pericial médico legal, de conformidad con el art. 243° del Código, debe contener: a) la determinación del arma o instrumentos que hayan ocasionado la lesión (*medio empleado en su comisión*); b) si la lesión dejó o no deformación y señal permanente en el rostro, si la lesión puso en peligro la vida, o si causó enfermedad incurable o la pérdida de un miembro u órgano (*efectos de la lesión*); y, c) en general, todas las circunstancias que conforme al Código Penal influyen en la calificación del delito. Un dato de primer orden estriba en que

---

[168] GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 228.

[169] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 37.

[170] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 164.

los médicos legistas deben indicar si la lesión fue producida por acto propio o por acción ajena. Asimismo, en mérito a una Directiva de la Presidencia de la Corte Suprema de fecha 13 de octubre de 1916, los dictámenes periciales médicos deben precisar la asistencia médica que requiere su curación y la incapacidad para el trabajo como consecuencia de la lesión[171], lo que a tenor de los arts. 121°, 122° y 441° del Código Penal permite definir si se está ante una lesión –grave o simple– o ante una falta contra el cuerpo y la salud. Además, acota GARCÍA RADA, se debe señalar –en el caso de arma de fuego– la distancia del disparo y la clase de arma utilizada[172]. Sobre este punto la Corte Suprema ha señalado que en los delitos de lesiones es imprescindible el certificado médico legal para establecer los días de incapacidad y atención médica que requiere el agraviado[173].

En el segundo caso –aborto– el informe pericial debe determinar: a) la preexistencia del embarazo; b) los signos demostrativos de la interrupción del mismo; c) las causas que lo determinaron; d) los probables autores; y, e) las circunstancias que sirvan para la determinación del carácter y gravedad del hecho (art. 244° del Código). Es de destacar que los peritos deben establecer el procedimiento abortivo utilizado y, de ser el caso, los instrumentos de que se han valido para la comisión delictiva. Ello permitirá concluir si sus autores son expertos en la materia, si tienen conocimientos técnicos o si son empíricos, si tienen o no experiencia.

Cabe agregar que mediante Resolución N° 523-97-SE-TP-CEMP, de 18 de octubre de 1997, el órgano de gobierno del Ministerio Público aprobó 25 protocolos de procedimientos médico-legales, que abordan todos los campos propios de la medicina forense, que es el ámbito funcional del Instituto de Medicina Legal.

Por otro lado, la Ley N° 27055, de 24 de enero de 1999, establece que en materia de delitos contra menores y adolescentes, el examen médico legal no solo puede realizarse por el Instituto de Medicina Legal, también pueden hacerlo los establecimientos de salud del Estado y los centros de salud autorizados, de suerte que los certificados que expidan con relación a la salud física y mental son valorables por el órgano jurisdiccional. De igual manera, la Ley N° 27115, de 17 de mayo de 1999, estipula que el examen médico-legal será practicado, previo consentimiento de la víctima, y realiza-

---

(171) RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., p. 175.

(172) GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 233.

(173) Ejecutoria Suprema de 12 de agosto de 1981, Exp. N° 1017-91, Lima (*Normas Legales*, T. 216, mayo, Trujillo, 1994, p. J11).

do por el médico encargado del servicio con la asistencia de un profesional auxiliar, no pudiendo estar presente otras personas, salvo autorización de la víctima. Dos puntos son de destacar en la última ley (art. 3°.2): en *primer lugar*, que para la validez de la pericia solo se requiere de un perito médico, pues el otro, que simplemente asiste al profesional, es un simple auxiliar; y, en *segundo lugar*, que el examen médico-legal –sujeto a un "protocolo de delitos de violación de la libertad sexual" (*vid.* Res. N° 523-97-SE-TP-CEMP)– será practicado previo consentimiento de la víctima (así: Acuerdo Plenario de los Vocales Superiores de la República N° 3-99, de 20 de noviembre de 1999), situación equívoca, pues el examen médico-legal es imprescindible para la acreditación del delito investigado, tanto más si nos encontramos frente un delito público (*vid.* modificación del art. 178° del CP, por la Ley N° 27115). La doctrina y el derecho comparado (*vid.* art. 81°-C de la OPP alemana) considera que aquí es posible una medida instrumental restrictiva de derechos, como es la intervención corporal, que inclusive puede realizarse contra la voluntad de la víctima, aunque para ello hace falta una ley que así lo consagre[174].

C. *La preexistencia*

El art. 245° del Código prescribe que en los delitos contra el patrimonio deberá acreditarse la preexistencia de la cosa materia del delito. Los delitos contra el patrimonio tienen como objeto delictivo una cosa determinada; por consiguiente, como enseña IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO, interesa concretar su existencia anterior y su posesión previa por el que se declare perjudicado[175]. Así lo ha establecido el Supremo Tribunal en la Ejecutoria Suprema de 6 de febrero de 1974 [176].

Aclara HERCE QUEMADA[177] que la preexistencia de las cosas sustraídas se acredita por la declaración de testigos[178]. Añade HERCE QUEMADA que esta diligencia solo se ordenará cuando no hubiere testigos presenciales del hecho y que puede prescindirse de ella cuando el imputado hubiere confesado espontáneamente su participación en el delito o cuando no hubiere

---

[174] CARO CORIA, Dino Carlos y SAN MARTÍN CASTRO, César: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Grijley, Lima, 2000, pp. 277-281.

[175] IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO: *Curso de Derecho procesal penal*, cit., p. 169.

[176] Exp. N° 1689-73, Huánuco (*Anales Judiciales*, T. LXVI, Lima, 1974, pp. 147-148).

[177] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 162.

[178] GARCÍA RADA (*Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 257) apunta que las testificales se realizan en defecto de las facturas por ser el medio idóneo por excelencia, estimando la práctica como suficiente que sean dos.

motivo para suponer que los efectos sustraídos o apropiados no sean de la pertenencia de la persona que los reclame[179].

La Corte Suprema ha establecido: a) que no hace falta esta diligencia instructora especial "cuando (...) el acusado confiesa la sustracción y entrega las especies robadas (...)" [180]; y, b) que tratándose de dinero, solo basta acreditar la solvencia económica del agraviado sobre la base de elementos probatorios relacionados con su ocupación o su actividad económica[181]. Sin embargo, frente a la negativa constante y uniforme del imputado, resulta indispensable la acreditación de la preexistencia de lo robado, inclusive con prueba testimonial, pues la sola imputación de la víctima es insuficiente[182].

Finalmente, en la investigación de aquellos delitos en que el valor de los objetos delictivos es esencial para determinar la realidad del tipo penal perpetrado y la afectación al agraviado, resulta indispensable la denominada "pericia de valorización", que constituye el eje central de la denominada *diligencia de determinación del daño*. A los peritos nombrados, explica ESCUSOL BARRA, deben facilitársele los casos y elementos directos de apreciación sobre los que hubiere de recaer el informe, y si no estuvieren a su disposición, les suministrará los datos oportunos que se pudiesen recurrir, previniéndoles en tal caso que hagan la tasación y regulación de perjuicios ponderadamente, con arreglo a los datos proporcionados[183]. El Supremo Tribunal tiene establecido que: "En las instrucciones por delito contra el patrimonio se debe ordenar la valorización pericial de las cosas para establecer si se trata de delito o falta"[184].

8. LA IDENTIDAD DEL IMPUTADO Y SUS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES

A. Identidad del imputado

Cuando exista algún tipo de cargo criminal contra una persona, sin perjuicio de determinar la realidad de la imputación que se le formula a través de la diligencia de reconocimiento en rueda, que busca establecer si la persona retenida es la misma que cometió el delito, es del caso identificarla, es decir,

---

(179) GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 162.

(180) *Revista de los Tribunales*, 1943, Lima, p. 453.

(181) Ejecutoria suprema de 17 de mayo de 1972 (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1972, Lima, p. 639).

(182) Ejecutoria suprema de 25 de febrero de 1981, Exp. N° 76-81, Lima (TARAMONA, José R.: *Compendio de Ejecutorias Supremas*, Jamse Editores, Lima, 1983, T. II, p. 35).

(183) ESCUSOL BARRA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 351.

(184) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1970, Lima, p. 258.

precisar sus nombres y apellidos completos. Para este efecto, si el reo se abstiene de proporcionar su identidad o existe duda de la información que ha proporcionado en tal sentido, se debe recurrir con tal fin a los medios científicos necesarios (levantándose las fichas dactiloscópica y antropométrica o acudiendo a las fotografías o vídeos) y a los diferentes archivos en poder de la autoridad, tales como el del Registro de Identificación Policial y el Registro Electoral del RENIEC.

La Ley impone que la primera actividad que debe llevarse a cabo ante un presunto implicado o ante un imputado, es su identificación (arts. 124° del Código de 1940 y 122°.1 del Código de 1991). La policía, con arreglo a los arts. 60° del Código de 1940 y 106°.5 del Código de 1991, está especialmente obligada a identificar al investigado. Puede ser que dicha persona alegue no ser la persona contra quien se adelanta una investigación o un proceso, en cuyo caso –de conformidad con el Decreto Supremo N° 035–93-JUS– cabe iniciar un procedimiento auxiliar denominado "de homonimia". Este procedimiento se realiza cuando una persona detenida o no, tiene los mismos o similares nombres y apellidos de quien se encuentra requisitoriado por autoridad competente. En este caso, sin perjuicio de las diligencias técnicas que es del caso desarrollar, debe recabarse informe de la Dirección de Identificación Policial, de la División de Requisitorias y del Registro Electoral (arts. 3° y 4° del citado Decreto Supremo).

B. Determinación de la edad

Una circunstancia personal especialmente importante es la edad del imputado, desde que la capacidad penal se inicia a los 18 años –en cuyo caso, de conformidad con los arts. 18° del Código de 1940 y 70° del Código de 1991, procedería el corte del procedimiento penal y su remisión al Juzgado de Familia– y que entre los 18 y 21 años y más de 65 años de edad se califica la responsabilidad como restringida y es posible una sanción atenuada, según lo dispuesto en los arts. 20°.2 y 22° del Código Penal.

La edad se acredita, en principio, con las partidas de nacimiento y de bautismo –en este último caso por las disposiciones del Código Civil anterior y bajo determinados supuestos (la fecha límite, como recuerda la Ejecutoria Suprema de 10 de agosto de 1972[185], es el 14 de noviembre de 1936)– y, en su defecto, con la pericia supletoria de edad llevada a cabo por los peritos médicos legistas (Ejecutoria Suprema citada líneas arriba), sin perjuicio de tomar como punto de referencia las Libretas Militar y/o Electoral, así como

(185) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1972, Lima, p. 218.

sus propias declaraciones y demás informaciones que pueden encontrarse en el Registro de Identificación Policial u otros.

Sobre este último punto, la Corte Suprema ha establecido que: "La pericia médica de reconocimiento de edad constituye prueba supletoria, que reemplaza a la partida de nacimiento. Todo reconocimiento que es estimativo, conforme a los principios que informa la medicina legal, puede ser considerado con un margen de dos años más o dos años menos, y bajo las pautas del principio de *in dubio pro reo* debe estarse a lo que más favorezca al imputado"[186]. Además, ha precisado que, ante las dudas acerca de la edad del imputado, si es menor de edad o sujeto de responsabilidad restringida, resulta necesario –bajo sanción de nulidad– obtener la partida de nacimiento u ordenar el reconocimiento médico de edad[187].

C. Justificación de la conducta

Estas diligencias, apunta ARAGONESES MARTÍNEZ, más que aportar datos para la averiguación del delincuente tienden a perfilar la personalidad del inculpado, como criterio corrector, en su caso, de la pena que pudiera imponerse[188].

Constituye práctica uniforme de los órganos jurisdiccionales requerir los antecedentes penales, judiciales, carcelarios y, en algunos casos, los policiales del imputado. Estos antecedentes servirán no solo para medir la pena en su oportunidad, sino también para decidir alguna medida cautelar o contracautelar o para entablar alguna cuestión de competencia (acumulación por conexión, contienda, etc.).

Por otro lado, también pueden solicitarse o realizarse otros actos de instrucción que ayuden a perfilar la personalidad del procesado y, en su momento, para comprender o motivar la génesis de los hechos[189]. El art. 138°.2 del Código de 1940 permite, por ejemplo, el testimonio de testigos de probidad y buena conducta.

D. Determinación de anomalía psíquica grave

La salud mental del imputado es un elemento sustancial para la continuidad o el resultado final del proceso penal. En efecto, si la anomalía psíquica

---

[186] Ejecutoria Suprema de 16 de agosto de 1967 (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1967, Lima, p. 828).

[187] Ejecutoria Suprema de 10 de enero de 1959 (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1959, Lima, pp. 138-141).

[188] En: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit., p. 360.

[189] IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO: *Curso de Derecho procesal penal*, cit., p. 167.

grave es anterior al delito, determina la falta de capacidad mental (art. 20°.1 del Código Penal); en cambio, si la anomalía psíquica grave es sobrevenida, obliga a la suspensión de la acción penal hasta que el imputado recupere su salud mental (art. 72° del Código de 1991).

En ambos casos, resulta imprescindible la realización de una pericia psiquiátrica. Al respecto, el Juez –de oficio o a pedido de alguna de las partes procesales– en tanto advierta indicios de que el imputado adolece de anomalía psíquica grave, dispondrá la realización de una *pericia psiquiátrica* (el art. 189° del Código de 1940 permite, como regla especial, que el defensor y el Fiscal Provincial acrediten un perito de parte, mientras que el art. 222° del Código de 1991 lo permite como regla general aplicable a toda pericia). Se trata de un acto procesal que el Código de 1991, por su importancia, le otorga carácter jurisdiccional y, por tanto, no puede realizar el Fiscal como un acto propio de investigación. En consecuencia, si el Fiscal advierte la posible presencia de una anomalía psíquica grave remitirá al Juez la respectiva solicitud de iniciación de un procedimiento especial propio del sumario judicial para definir el estado mental del imputado y decidir lo que corresponda: internación como medida procesal de seguridad y elevación del proceso al Superior Tribunal para la instauración del correspondiente *"procedimiento de seguridad"*. El Juez, por imperio del art. 314°, primer párrafo, del Código de 1991, previo traslado a las partes, dará inicio al citado procedimiento especial.

Si el informe médico psiquiátrico, ordenado por el Juez Penal, determina la realidad del padecimiento psíquico del imputado, la autoridad judicial, previa diligencia de ratificación o examen pericial practicada con asistencia de las partes (art. 168° del Código de 1940) y respectiva vista fiscal (art. 95°.4 de la LOMP), decidirá lo conveniente. La resolución judicial tendrá un diferente contenido si la anomalía psíquica grave es anterior o posterior al delito objeto del proceso penal.

En el *primer supuesto*, se sobreseerá la causa y, de ser el caso –existencia de peligrosidad criminal en las condiciones fijadas en los arts. 72° y 73° del Código Penal– se impondrá al inculpado la medida de seguridad que corresponda, para lo que se requiere, por imperio del principio de necesariedad del proceso, que se lleve a cabo el juicio oral (*"Procedimiento de Seguridad"*), tanto más si el art. 285° del Código de 1940 estipula que ésta se impone al expedirse sentencia, lo cual requiere juicio oral y, como es obvio, previa acusación fiscal, de ahí que resulte censurable imponer, sin más, una medida de seguridad privativa de libertad en el curso de la etapa intermedia y por un auto[190].

---

[190] Ejecutoria Suprema de 28 de mayo de 1960 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 202-204).

En el *segundo supuesto*, se dispondrá la suspensión del procedimiento hasta que el imputado esté en condiciones de soportar las exigencias de un proceso penal (arts. 189°-191° del Código de 1940 y 71°-74° del Código de 1991).

En ambos casos, el internamiento del enfermo mental debe hacerse en nosocomios nacionales. No cabe que sean internados en centros hospitalarios o clínicas que se encuentren en el extranjero, porque ello "(...) importa la ineficacia de la ley y de las resoluciones de los tribunales nacionales en un caso sometido a su jurisdicción, la que no podría extenderse fuera de las fronteras de la república"[191].

9. LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO

La declaración del imputado cuando se realiza ante el Juez Penal –en el caso del Código de 1940– o ante el Fiscal Provincial –en el caso del Código de 1991– puede definirse como la "*manifestación de conocimiento emitida por el sujeto pasivo del proceso penal en la fase del sumario* [instrucción o investigación]". No obstante que es posible que el imputado sea sometido a interrogatorio en el momento preliminar de la investigación, siempre resulta indispensable dicha declaración luego del auto de apertura de instrucción o de aprobación judicial de la promoción de la acción final por el Fiscal (momento de investigación formal)[192].

Contemporáneamente, la declaración del imputado participa de la doble condición de ser medio de investigación y medio de defensa[193]. En tanto *medio de investigación*, se impone al Juez o al Fiscal su realización frente a quien resulte imputado de la comisión de un delito a fin de indagarlo acerca de los cargos que se le formulan en su contra por su presunta participación en el hecho punible, en cuyo caso procede dictar las medidas coercitivas necesarias para lograr la presencia del procesado ante la autoridad, al punto que no solo cabe su conducción compulsiva sino, en su momento, su detención y ulterior declaración de ausencia (arts. 67°, 144° y 247° del Código de 1991). En tanto *medio de defensa* el imputado debe ser previamente informado de los cargos[194], tiene derecho a designar o a que se le designe de oficio Abogado

---

(191) Ejecutoria Suprema de 22 de marzo de 1960, Exp. N° 672-59, Lambayeque (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 199-201).

(192) ARAGONESES MARTÍNEZ, en: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit., p. 340.

(193) ESCUSOL BARRA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 369.

(194) En tanto la instructiva requiere de la previa información de los cargos que pesan contra el imputado, deviene lógico que con anterioridad a la propia diligencia el imputado y su defensor tengan acceso al expediente, pues de otro modo no podría cumplirse

para que lo asesore y lo asista en el acto de su declaración, a la vez que tiene derecho a guardar silencio (arts. 139°.14 de la Constitución, 8°.2.'g' de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 68° y 118° del Código de 1991). Este momento sirve, además, para dar oportunidad y permitir que el imputado sea oído por el Fiscal. GÓMEZ ORBANEJA refuerza el carácter de medio de defensa, porque su declaración le brinda la oportunidad de aportar elementos que hagan desaparecer la sospecha que sobre el mismo pesa[195].

Giovanni LEONE, que insiste en que el interrogatorio del imputado no es un medio de prueba, toda vez que no está previamente dispuesto para asegurar elementos de prueba, precisa que dicho acto tiene dos funciones: a) visto a *parte iudicis*, tiende a asegurar la identificación del imputado y la atribución de la imputación; y, b) visto a *parte rei*, tiende a garantizarle la defensa[196]. Esto último permite sostener que, a menos que el Instructor no haya declarado formalmente el secreto de la investigación, no es posible negar al imputado el acceso previo al expediente, puesto que tal limitación vulnera el contenido esencial del derecho de defensa y produce indefensión material, pese al expreso mandato contenido en el art. 8°.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Tal lesión se materializa al impedirse un conocimiento previo de los cargos, que incluyen las pruebas que amparan la promoción de la acción penal, y al no concederse al imputado el tiempo suficiente para preparar una respuesta a los mismos. Considerar, como algunos creen, que se satisface la exigencia constitucional al cumplirse con la intimación de cargos en el acto de la instructiva, importa a nuestro juicio negar en los hechos la posibilidad de una contradicción efectiva e impedir una adecuada respuesta a la imputación, que por lo general requiere un tiempo razonable de preparación.

Es de insistir que en la indagatoria o instructiva, el imputado tiene la posibilidad de proponer aquellos elementos o datos probatorios que estime útiles a su defensa[197].

---

la exigencia de la CADH que estipula el derecho de toda persona a tener un tiempo razonable para preparar su defensa. Lamentablemente, el Tribunal Constitucional, sin mayor argumento, señaló que no es aplicable la reserva de la instrucción al inculpado –lo que es correcto–, pero que su defensa, esto es, la revisión de las actuaciones, se ejercerá luego que haya rendido su declaración instructiva, lo que no resiste el menor análisis, al desconocerse que precisamente la instructiva es un acto de defensa, lo que se imposibilita si se le niega el acceso al expediente (STC, Exp. N° 1512-2001-HC/TC, Asunto Jorge Crisol Cajachagua, de 29 de enero de 2002 [*Jurisprudencia constitucional*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2002, T. I, pp. 449-451]).

(195) GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 188.

(196) LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, pp. 250-251.

(197) CAFFERATA NORES, José: *Introducción al Derecho procesal penal*, Marcos Lerner–Editora Córdoba, Córdoba, 1994, pp. 129-130.

En el momento de la declaración sobre el hecho, puede efectuarse una diligencia de reconocimiento de todos o parte de los objetos que constituyen el cuerpo o el instrumento del delito y que al efecto se le presentarán para que los reconozca (art. 128° del Código de 1940), a la vez que interrogarlo sobre la procedencia, destino, razón de haberlos encontrado en su poder y, en general, cualquier otra circunstancia que conduzca al debido esclarecimiento de los hechos.

El reconocimiento de la incoercibilidad del imputado y de su condición de sujeto de derechos se ha visto plasmado en una serie de regulaciones. En *primer lugar*, al proscribir el juramento a los imputados, exigiéndose solamente que digan la verdad y comunicándoles los beneficios que ello puede acarrearle[198]. En *segundo lugar*, al rechazar las preguntas ambiguas, capciosas o sugestivas y prohibir cualquier medio de coacción y amenaza (arts. 132° del Código de 1940, y 121° y 124° del Código de 1991). En *tercer lugar*, al procurar que mantenga la serenidad de juicio, suspendiendo para nueva fecha el interrogatorio (art. 124° *in fine* del Código de 1991). En *cuarto lugar*, al reconocer que la declaración es un derecho del imputado y que si se niega a hacerlo la diligencia no puede continuar (art. 123° *in fine* del Código de 1991), lo que por imperio de lo dispuesto en el art. 8°.2.'g' de la Convención Americana de Derechos Humanos, aplicable por disposición de la Cuarta Disposición Final de la Constitución, permite considerar abrogado el art. 127° del Código de 1940, que ante el silencio del imputado autorizaba al Juez a manifestarle que podía ser tomado como indicio de culpabilidad. Lo cual, posteriormente, ha sido corroborado por la Ley N° 27834, de 21 de setiembre de 2002. La Corte Suprema en una decisión anterior declaró que: "Es derecho del procesado mantener silencio sobre los hechos imputados y aun distorsionarlos si conviene a su defensa, quien no está obligado a prestar juramento de decir la verdad, por lo que no puede ser inculpado de delito contra la función jurisdiccional en razón de sus propias declaraciones"[199].

La asistencia letrada es considerada como un supuesto de defensa necesaria en el Código de 1991 (art. 118°). Sin embargo, en el art. 121° del Código de 1940 se trata de un derecho renunciable, siempre que el imputado sepa leer y escribir y sea mayor de edad. En tanto la instructiva, fundamentalmen-

---

[198] Esta exención del juramento, anota GÓMEZ ORBANEJA, tiende a evitar el peligro que supondría poner al procesado en la alternativa de verse obligado a declarar en contra suya o incurrir en perjurio (GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 189).

[199] Ejecutoria Suprema de 12 de julio de 1996, Exp. N° 791-96, Lima (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 193).

te, es un acto de defensa material del imputado, y frente a una imputación hecha valer por el Ministerio Público resulta forzoso concluir que resulta indispensable la asistencia del defensor en ese acto, pues de lo contrario no puede ser considerado un acto válido para sustentar –entre otros elementos probatorios– una sentencia condenatoria. Es de recordar que el art. 72° del Código de 1940, modificado por la Ley N° 24388, solo otorga determinado valor a la manifestación policial si en ella estuvo presente el Fiscal y, además, el defensor del implicado.

La declaración instructiva se recibe en el local del Juzgado o de la Fiscalía, según se trate del Código de 1940 o del Código de 1991, salvo que pueda realizarse en el Establecimiento Penal si es que se hubiera dictado mandamiento de detención en contra del imputado[200]. Esta diligencia se toma inmediatamente de que el imputado es puesto a disposición del Juzgado o Fiscalía respectiva, antes de las veinticuatro horas (arts. 123° del Código de 1940 y 120° del Código de 1991). La instructiva, a su vez, puede ser tomada cuantas veces resulte necesaria para el éxito de la investigación (art. 135° del Código de 1940); sin embargo, en cuanto medio de defensa, el imputado tiene derecho a solicitar que su declaración sea ampliada, de suerte que el Fiscal está obligado a acordarla solo si el tema de la ampliación guarda relación con el proceso (art. 126° del Código de 1991). En lo que respecta a la forma, las preguntas y sus respuestas han de ser directas y orales. El imputado, no obstante ello, puede valerse para contestar de notas o apuntes cuando el caso lo amerite. Si el imputado desconoce el idioma castellano, en la diligencia intervendrá un intérprete (arts. 137° del Código de 1940 y 131° del Código de 1991. En el caso de los mudos, sordos y sordomudos, el art. 130° del Código de 1991 fija el procedimiento respectivo.

Corresponde al imputado dictar personalmente las respuestas, salvo que el Juez o el Fiscal considere que no tiene capacidad para ello (art. 129° del Código de 1940). El íntegro de la declaración instructiva se documentará en un acta, la cual será firmada por los asistentes previa lectura de su tenor por el imputado o su defensor; si el imputado se niega a firmar, se dejará constancia de esa abstención y se registrará el motivo de esa negativa si es que lo expresare (art. 123° *in fine* del Código de 1991).

---

(200) La presencia del Fiscal es obligatoria en dicha diligencia, bajo sanción de nulidad, según lo ha declarado la Corte Superior de La Libertad, aunque es de estimar que si se notificó al Fiscal y este no asistió al acto, no cabe anular las actuaciones (Ejecutoria superior de 22 de junio de 2000, Exp. N° 98-164-161301JP03 [*Jurisprudencia penal*, ed. 2003, cit., T. I, p. 404]).

10. LA DECLARACIÓN DEL TESTIGO

Testigo es la persona que hace ante la autoridad un relato libre y mediato de hechos relacionados con la investigación del delito o "de hechos antecedentes, coetáneos o subsiguientes a los acontecimientos delictuosos"[201]. Cuatro son los elementos referidos al testigo, anota Eugenio FLORIÁN[202]: a) es una persona física; b) a quien se le ha citado al proceso penal; c) a decir lo que sepa acerca del objeto de aquel; y, d) con el fin de establecer una prueba, esto es, con el fin de suministrar elementos de prueba. El testigo puede haber presenciado los hechos –testigo presencial– o puede haber tenido noticia de ellos por otros medios –testigo referencial–. Lo que la ley exige al testigo es que declare lo percibido; no le está permitido expresar los conceptos u opiniones que personalmente tenga sobre los hechos y responsabilidades (art. 197° *in fine* del Código de 1991).

En principio, todos están obligados a concurrir ante el llamado de la autoridad, previa citación, y a declarar oralmente cuanto supiesen sobre los hechos, en virtud del deber genérico que toda persona tiene de prestar auxilio a la Administración de Justicia. El *deber de concurrir* a la citación del Fiscal se excepciona en dos supuestos: a) en el caso de miembros del Cuerpo Diplomático, que declaran por escrito si es que están llanos a testimoniar (arts. 149° del Código de 1940 y 209° del Código de 1991); y, b) en los casos de Altos Dignatarios, que declaran a su elección en su domicilio o en su despacho (arts. 148° del Código de 1940, modificado por la Ley N° 27264, de 21 de mayo de 2000, y 208° del Código de 1991). El *deber de declarar* se excepciona en dos supuestos: a) de parentesco y convivencia; y, b) de aquellas personas que están sujetas al secreto profesional, tales como eclesiásticos, médicos, abogados, notarios y obstetrices (art. 141° del Código de 1940), que el CPP de 1991 amplía a los periodistas y otros profesionales dispensados por ley expresa (art. 203°.2 CPP 1991). En este último caso, debe advertírseles que tienen el derecho para rehusar a prestar testimonio en todo o en parte.

El incumplimiento al deber de comparecencia puede determinar el procesamiento penal por delito de desobediencia a la autoridad, una vez que la conducción compulsiva no pueda ser efectivizada. En tal virtud, los arts. 140° del Código de 1940 y 200° del Código de 1991 imponen al superior

---

(201) GARCÍA VALENCIA, Jesús Ignacio: *Las pruebas en el proceso penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, p. 135. En igual sentido: Ejecutoria Suprema de 20 de mayo de 1998, Exp. N° 107-98 (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 196).

(202) FLORIÁN: *De las pruebas penales*, cit., T. II, p. 83.

jerárquico y al empleador del testigo a facilitar, bajo responsabilidad, la concurrencia del mismo el día y horas en que es citado. Por otro lado, si el testigo se niega a declarar, pese a no encontrarse en los supuestos de excepción, también incurre en el delito de desobediencia a la autoridad, previsto y sancionado en el art. 368° del Código Penal. La Corte Superior de Lima confirmó lo expuesto precedentemente al dejar sentado que: "La resistencia de un testigo de comparecer ante la autoridad para el esclarecimiento de un hecho, constituye el tipo penal previsto en el art. 368° del Código Penal"[203].

Serán llamados como testigos aquellos que según el Fiscal o el Juez pueden aportar alguna información relevante o útil a la investigación. El número de testigos queda librado a criterio del Juez o Fiscal (arts. 138° *in fine* del Código de 1940 y 198° del Código de 1991). Obviamente, ante una solicitud de declaración testifical de las partes, su negativa solo será razonable en la medida en que sea un testimonio impertinente, excesivo, inútil o inconducente (art. 191° *in fine* del Código de 1991).

El lugar del testimonio es, por lo general, el local del Juzgado o de la Fiscalía, según el caso. Empero, la ley contempla tres casos especiales: 1. El testimonio de los Altos Dignatarios, que como se señaló declaran en su domicilio o en su despacho, a su elección. 2. El testigo que domicilia fuera de la competencia de la Fiscalía, que puede declarar mediante exhorto y, en caso de urgencia, mediante otro medio técnico idóneo al caso [pliego interrogatorio mediante fax, grabación, etc.] (arts. 151° del Código de 1940 y 210° del Código de 1991). 3. El testimonio de urgencia del testigo enfermo o imposibilitado de comparecer, en cuyo caso se tomará en el lugar donde se encuentra (arts. 147° del Código de 1940 y 207° del Código de 1991). La declaración del testigo, mediante exhorto solo se toma excepcionalmente; procede, señala el Supremo Tribunal, cuando la testimonial no sea de importancia para los fines del proceso y el testigo domicilia en otro lugar[204].

El testigo debe deponer a viva voz. En cuanto a la estructura de la testimonial, en primer lugar, el testigo debe responder a las preguntas vinculadas a su identificación y a sus relaciones con el imputado, el agraviado o cualquier otra persona interesada en la causa (*generales de ley*). A continuación, se le hará la advertencia de que debe declarar la verdad, en forma clara y objetiva, a la vez que se le tomará juramento o exigirá promesa de declarar la verdad (*advertencias y juramento*). Seguidamente, se le invitará

---

(203) Ejecutoria Superior de Lima, de 29 de octubre de 1997, Exp. N° 4234-97-B (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario [1997]*, cit., p. 469).

(204) Ejecutoria Suprema de 20 de agosto de 1932, Exp. N° 852-32, Lambayeque (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 115-117).

a que relate ordenadamente los hechos que conozca y la actuación de las personas que le conste tengan relación con el delito investigado (*declaración sobre el hecho*). Finalmente, contestará las preguntas que le formule el Fiscal y los abogados de las partes, quienes están autorizados a presenciar e intervenir en esta diligencia (arts. 145° del Código de 1940 y 202° del Código de 1991). Si el testigo es mudo, sordo o sordomudo declarará por escrito, salvo el sordo que responderá oralmente; empero, si el sordo no sabe leer o el mudo no sabe escribir, intervendrá en la diligencia un intérprete (art. 205° del Código de 1991). Toda la testimonial será documentada en un acta, que transcribirá íntegramente las preguntas y las respuestas, la cual será firmada por los asistentes.

Una modalidad especial de testimonial es la declaración de la víctima o del lesionado o agraviado, que el art. 143° del Código de 1940 denomina "preventiva". El ofendido en el proceso penal permanece especialmente como una persona que suministra informes sobre los hechos que le causaron daño, y por esto se convierte en testigo, del cual no se puede prescindir [205]. En tal virtud, los Códigos le dan el tratamiento procesal de testigos, pues deben ser examinados en la misma forma que ellos (arts. 143° del Código de 1940 y 212° del Código de 1991), aunque por razones obvias no pueden ser objeto de tacha, situación que está reservada a los terceros a quienes se les impone el deber de imparcialidad y respecto de los cuales, presentada la tacha (que no impide el testimonio), es del caso indagar sobre la realidad de los motivos aducidos (arts. 156° del Código de 1940 y 196° del Código de 1991). Sobre este punto la Corte Suprema ha consignado que: "Para que se declare fundada una tacha deben afirmarse hechos que importen un cuestionamiento de la capacidad del testigo o de su imparcialidad, tales como, por ejemplo, atribuirle habitualidad en el consumo de alcohol o tener una enemistad con quien propone la tacha. Que, en todo caso, al proponerse la tacha, los hechos en que se funda deben ser acreditados" [206].

Por otro lado, la Ley N° 27055, de 24 de enero de 1999, al modificar el art. 143° del CPP de 1940, estipuló que, en principio, en "los casos de violencia sexual en agravio de niños o adolescentes la declaración de la víctima será la que rinda ante el Fiscal de Familia, con arreglo a lo dispuesto en el Código de los Niños y Adolescentes, salvo mandato contrario del Juez". Ello significa que, salvo que el Juez Penal insista en una declaración en atención a los nuevos elementos que se obtengan durante la investigación, o porque

---

[205] FLORIÁN: *De las pruebas penales*, cit., T. II, p. 68.

[206] Ejecutoria Suprema de 6 de julio de 1999, Exp. N° 3242-98, Lima (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 197).

la efectuada por el Fiscal de Familia es insuficiente, no cabe que se tome preventiva a la víctima cuando se trate de un niño o un adolescente. La especial protección de la víctima, en función de su edad y del atentado sufrido, justifica esa limitación que en la fase de instrucción –solo en ella– puede considerarse absolutamente razonable. Estas limitaciones se extienden para otros actos de investigación, siendo la más intensa o absoluta la diligencia de reconstrucción, en que la ley prohíbe terminantemente la concurrencia de la víctima si es un niño o un adolescente, y relativa en el caso de la diligencia de confrontación con un menor de catorce años de edad, pues solo procede a solicitud de la víctima, quien tiene el poder de oponerse a confrontaciones a instancias del juez, fiscal o imputado.

El Código de 1940, siguiendo el modelo francés, autoriza al Juez Instructor a permitir que el inculpado por sí mismo, o por medio de su abogado defensor, pueda presenciar la declaración de todos o de algunos de los testigos. El Juez en este caso debe expedir una resolución fundada, la cual es susceptible de apelación ante el Superior Tribunal. La Corte Suprema, bajo una perspectiva restrictiva, sostiene que a esta diligencia no puede concurrir la parte civil, por sí o por medio de sus representantes, al no estar prevista su asistencia en el art. 157° del Código de 1940[207]. Llama la atención que sustente su negativa en el principio de reserva de la instrucción, cuando en rigor tal limitación solo puede entenderse como el reconocimiento que los actos de investigación, a diferencia de los actos de prueba, se configuran bajo una óptica de contradicción limitada[208]. En rigor, esa norma lo que protege es la declaración veraz y sin presiones de un testigo, que se activa cuando la presencia del imputado –que se justifica en razón del ejercicio de su defensa material– puede afectarlo en esa perspectiva. Como tal, el temor del testigo no puede alcanzarse a través de la presencia de los abogados de las partes en la diligencia, por lo que su asistencia, para justificar el contradictorio y el pleno ejercicio de defensa de los interesados, es absolutamente razonable. La norma, pues, solo impide la presencia –y relativamente– del imputado, pero no alcanza a su defensor y al defensor de la parte civil. Desde esta racionalidad, es obvio que no exista una norma similar para el caso del agraviado y, menos, para el caso de los abogados.

Esta excepcionalidad, en los términos expuestos, que sin duda limita el contradictorio, ha sido eliminada del Código de 1991, cuyo art. 211° prescribe que a la declaración de los testigos pueden concurrir los abogados del

---

(207) Ejecutoria Suprema de 10 de setiembre de 1972, Lambayeque (*Anales Judiciales*, T. LXIV, Lima, 1972, pp. 114-115).

(208) Ejecutoria Suprema de 13 de octubre de 1993, Exp. N° 343-93, Lima (*Normas Legales*, T. 232, setiembre, Trujillo, 1995, pp. J23-J25).

imputado, del actor civil y del tercero civil, quienes formularán directamente sus preguntas. Esta fórmula, si bien no permite la presencia del propio imputado, por las perturbaciones que puede ocasionar en un testigo, en cambio impone como regla obligatoria, sin posibilidad de exclusión, la concurrencia de los abogados de las partes, respecto de los cuales no existe motivo razonable que justifique impedir que presencien e interroguen al testigo.

11. LA CONFRONTACIÓN

Los arts. 130° y 155° del CPP 1940, y 125° y 213° del CPP 1991, prevén la posible confrontación entre el imputado y sus coimputados o con los testigos, incluyendo al agraviado, así como entre testigos en el solo caso del Código de 1991. El art. 155° utiliza como sinónimos los términos "confrontación" y "careo", aunque se recurre con más intensidad al primer vocablo. En rigor, ambas figuras no son sinónimas, pues la confrontación se realiza entre las distintas declaraciones vertidas en distintos momentos por una sola persona, sea dentro de una etapa procesal o en etapas distintas; mientras que el careo importa confrontar las manifestaciones realizadas por dos o más personas, que son las que mutuamente tratan de explicar sus diferencias[209].

El presupuesto común para la realización de esta diligencia es que existan contradicciones relevantes entre las declaraciones prestadas por ellos y, por consiguiente, para el debido esclarecimiento de los hechos, por su manifiesta utilidad, resulta necesario oírlos. Esto es, se requiere en cada caso una declaración previa de los sujetos que intervendrían en el careo, así como que la discrepancia verse acerca de algún hecho o de alguna circunstancia de interés para la instrucción, a través de la cual pueda lograrse el fin de esclarecimiento propio de la instrucción; su utilidad está condicionada, de un lado, a la insuficiencia de resultados de la investigación y, de otro lado, como refuerzo del resultado obtenido en alguna de las diligencias practicadas.

La confrontación o, mejor dicho, el careo es un acto procesal en virtud del cual el Instructor "reúne ante sí, unas en presencia de otras, a diversas personas que en los interrogatorios o en las declaraciones rendidas antes se manifestaron en desacuerdo sobre puntos que se consideran importantes". Como tal, precisa Eugenio FLORIÁN, "sirve para disipar o para poner en relieve y concretar dudas y contradicciones en los testimonios de distintas personas"[210].

Si bien no hay límites para la realización de actos de investigación durante la etapa de instrucción, es de considerar que esta diligencia es más

---

[209] PELÁEZ PORTALES, David: *El careo en el proceso penal español*, Editorial El Almendro, Córdoba, 2002, p. 45.

[210] FLORIÁN: *De las pruebas penales*, cit., T. II, p. 529.

adecuada en la etapa del juicio oral, por su lógica de inmediación y posibilidad de controversia. En tal virtud, este acto procesal debe ser excepcional en la instrucción y aplicarse con mucha prudencia y solo en la medida en que no existan otros actos de investigación idóneos para comprobar la existencia del delito o la culpabilidad del imputado. Los presupuestos de su admisibilidad, señala Eduardo DE URBANO CASTRILLO, son: la existencia previa de declaraciones, la discordancia entre éstas, que el hecho sea de interés para el proceso y que no haya otro medio de prueba, dada su excepcionalidad(211). Ello significa que la confrontación, al decir de Francisco RAMOS MÉNDEZ, está regulada como una diligencia residual, que se practica a falta de otro medio de averiguación(212). Es de aclarar, sin embargo, que nuestro Código, a diferencia de la Ley procesal española, que en este extremo siguió al art. 245°.I del Código Procesal Penal italiano de 1865, no consignó como presupuesto del careo su subsidiaridad o excepcionalidad, empero es obvio que una diligencia de las características de la analizada no puede ser dispuesta como regla ni por el prurito de la mera contradicción de dos declaraciones previas; los criterios de utilidad y de no superabundancia deben justificar su realización.

El careo, en estricto sentido, está sujeto a puntuales limitaciones, determinantes para excluir su práctica. Como señala PELÁEZ PORTALES(213), dos son los factores que justifican la exclusión: a) la evitación –cuando existiesen– de los riesgos derivados de la exposición física de los careados (consecuencias negativas de la "victimización y/o amenazas a su seguridad personal"), particularmente si hubiera acordado alguna de las medidas de protección; y, b) el decretamiento del secreto total de la instrucción, por lo que hace –al menos– a los careos entre procesados o entre procesados y testigos. En el resto de casos, insiste el autor, la compatibilidad del careo dependerá del alcance concreto y finalidad de aquella medida. Desde la primera perspectiva, el art. 143° CPP 1940, modificado por la Ley N° 27055, de 24 de enero de 1999, prohíbe la confrontación entre el imputado y la víctima, si esta es menor de 14 años, salvo que lo pida el propio agraviado. Ahora bien, el art. 130° CPP dispone la posibilidad de confrontación entre el imputado y los testigos en general, "(...) *salvo que existiesen fundados motivos para denegarla*"; sin duda, los factores arriba indicados son los idóneos para justificar una denegatoria.

Una condición de la eficacia de la confrontación es que no medie una excesiva distancia temporal entre la fecha de celebración de dicha diligencia

---

(211) DE URBANO CASTRILLO, Eduardo *et al.*: *La prueba ilícita penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 132.

(212) RAMOS MÉNDEZ: *El proceso penal. Tercera lectura constitucional*, cit., p. 217.

(213) PELÁEZ PORTALES: *El careo en el proceso penal español*, cit., pp. 85-86.

y aquella otra en que ocurrieron los hechos. La lógica, como por ejemplo dispone el art. 225° del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de México, es que la diligencia se lleve a cabo "(...) *a la mayor brevedad posible*".

La ley nacional no fija el procedimiento específico que se debe seguir para la diligencia de confrontación. La práctica judicial y el Derecho comparado organizan esta diligencia, bajo la siguiente estructura: en primer lugar, luego de hacer prestar juramento a los que hubieran de ser confrontados, salvo el imputado, el Secretario leerá a los confrontados, en lo pertinente, las declaraciones que se reputen contradictorias, lectura que proporcionará la base para la discusión; en segundo lugar, una vez que se ha precisado las discrepancias, se les llamará la atención a fin de que se reconvengan o traten de ponerse de acuerdo. Estos se preguntarán recíprocamente, harán o pedirán aclaraciones, invocarán detalles para ayudar a la memoria del otro, o, directamente, se tildarán de mentirosos(214).

12. LA PERICIA

Los arts. 160° del Código de 1940 y 215 ° del Código de 1991 disponen el nombramiento de peritos cuando sea necesario para la explicación y mejor comprensión de algún hecho importante que requiera conocimientos especializados de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada. El objeto de la pericia son pues "los hechos para cuya incorporación al proceso o su interpretación se requieran conocimientos especiales de carácter científico, técnico o artístico. Se nombra peritos para (...) coadyuvar al Fiscal en la búsqueda de la verdad"(215).

La Corte Suprema, con relación a la pericia, ha señalado que "es un medio de prueba que consiste en la aportación de ciertos elementos técnicos, científicos o artísticos que la persona versada en la materia de que se trate hace dilucidar la controversia, aporte que requiere de especiales conocimientos; que toda pericia (...) tiene un doble aspecto, uno referido a su contenido técnico y otro a su legalidad, esta última importa designación oficial o de parte, admisión y ratificación en sede judicial"(216).

Un caso típico de necesidad de pericia, a juicio del Tribunal Supremo, se presenta en el delito de peculado, en el que la pericia contable es la que

---

(214) CAFFERATA NORES: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 164.

(215) GARCÍA VALENCIA: *Las pruebas en el proceso penal*, cit., pp. 129 y 131.

(216) Ejecutoria Suprema de 21 de abril de 1999, Exp. N° 2920-98 (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 199).

precisa si existe o no la infracción[217]. De igual manera, en el delito de tráfico ilícito de drogas, es imprescindible contar con la pericia química para determinar la cantidad y grado de pureza de la droga incautada[218] y para saber si lo incautado constituye elemento para la fabricación de drogas[219]; mientras que en el delito de contrabando se requiere las pericias de aforo, avalúo y liquidación para determinar el valor de la mercadería (y el monto de los tributos dejados de percibir por el fisco)[220]. En el delito de violación de menor, asimismo, se requiere determinar la edad cronológica de la víctima, de suerte que a falta de partida de nacimiento, corresponde realizar una pericia médica supletoria de edad[221]. La Corte Superior de Lima ha establecido, en el caso de delitos monetarios, la necesidad de la pericia grafotécnica (*sic*) para determinar la falsedad de los billetes incautados[222].

Dos son los peritos que por lo general son nombrados para la realización del informe o dictamen pericial (arts. 161° del Código de 1940 y 217° del Código de 1991); la Corte Suprema ha señalado que si se expide sentencia condenatoria con un certificado médico legal expedido por un solo perito médico, quien además no ha sido examinado por el Instructor, el fallo debe ser anulado[223].

El nuevo Código precisa que la labor pericial también puede cumplirse por personas jurídicas especializadas en la materia objeto de la pericia; igualmente, prescribe que –en principio– esta tarea corresponde ser realizada por los Cuerpos Especializados en Criminalística de la Policía Nacional, por el Instituto de Medicina Legal, por el Sistema Nacional de Control y por los demás organismos técnicos del Estado. También menciona a las Universidades, Institutos Superiores y Organismos técnicos públicos o privados (en

---

(217) Ejecutoria Suprema de 8 de marzo de 1993, Exp. N° 187-92-A, Cusco (*Normas Legales*, T. 238, marzo, Trujillo, 1996, pp. J30-J31).

(218) Ejecutoria Suprema de 16 de marzo de 1993, Exp. N° 493-92-A, La Libertad (*Normas Legales*, T. 241, junio, Trujillo, 1998, pp. J24-J25).

(219) Exp. N° 1367-79, Junín (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, T. II, pp. 72-73).

(220) Ejecutorias Supremas de 25 de marzo de 1993, Exp. N° 3057-92, Lima (*Normas Legales*, T. 241, junio, Trujillo, 1996, pp. J25-J26); y, de 11 de noviembre de 1993, Exp. N° 146-93-B (*Normas Legales*, T. 234, noviembre, Trujillo, 1995, pp. J42-J43).

(221) Ejecutoria Suprema de 27 de enero de 1994, Exp. N° 3235-93, Junín (*Normas Legales*, T. 242, julio, Trujillo, 1996, pp. J16-J17).

(222) Ejecutoria Superior de Lima de 18 de diciembre de 1997, Exp. N° 2415-97 (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario [1997]*, cit., p. 447).

(223) Ejecutoria Suprema de 28 de agosto de 1995, Exp. N° 1964-94-B, Piura (*Normas Legales*, T. 247, diciembre, Trujillo, 1996, p. A18).

concordancia con los arts. 216° y 91°, segundo párrafo). De igual manera, el art. 275° del TUO de la LOPJ precisa que se puede solicitar de oficio a las instituciones profesionales que emitan informes ilustrativos o peritajes sobre asuntos específicos.

En defecto de dichas entidades, se nombrará dos peritos, pero en caso de urgencia puede nombrarse uno solo; *urgencia* que debe entenderse cuando no hubiese más de uno en el lugar y no fuere posible esperar la llegada de otro sin graves inconvenientes para la secuela de la instrucción. La designación pericial debe ponerse en conocimiento de las partes, a la vez que debe precisarse el punto o problema sobre el que incidirá la pericia (arts. 218° y 219° del Código de 1991). Dicha determinación delimita el elemento probatorio que debe introducirse por la pericia, al cual debe referirse el dictamen, agotándolo si fuere posible[224].

El perito debe ser imparcial e independiente, lo que le da fiabilidad a la pericia que emita. Además, debe cumplir con una garantía de capacidad, aunque la ley procesal penal no precisa requisitos especiales como título profesional o matrícula en un órgano del sistema judicial. Ciertas leyes, sin embargo, circunscriben la labor pericial a determinadas profesiones, tales como la pericia contable para el caso de los Contadores Públicos Colegiados (Ley N° 13253). El art. 268° del Código Procesal Civil encarga al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial o al Consejo Ejecutivo Distrital la formulación anual de la lista de los especialistas que podrán ser nombrados peritos en un proceso, tomando como base la propuesta alcanzada por cada colegio profesional. Solo cuando no haya nóminas, se puede nombrar peritos libremente, siguiendo las disposiciones del Código (art. 277° de la LOPJ).

El perito, a fin de librarlo de toda sospecha de parcialidad, está obligado a excusarse cuando concurren los supuestos de vinculación de parentesco con el imputado y de secreto profesional cuando en el ejercicio de su cargo se le hubiere confiado algún secreto. En caso contrario, podrá ser tachado por las partes, tacha que no impide la presentación del informe pericial (arts. 165° del Código de 1940 y 220° del Código de 1991). Otra forma de apartar a un perito nombrado es por medio de la subrogación, que en el Código de 1991 requiere que demuestre negligencia en el desempeño de la función.

El perito tiene derechos y deberes procesales puntuales. En *primer lugar*, tiene el derecho de acceder al expediente a fin de recabar las informaciones que estime conveniente para el cumplimiento de su cometido. En *segundo lugar*, tiene el deber de aceptar el cargo, lo que presupone el imperativo de comparecer y de quedar eximido del encargo si adolece de alguna causal

---

[224] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 119.

de impedimento. En *tercer lugar,* tiene la obligación de prestar juramento o promesa de honor de desempeñar el cargo con verdad y diligencia (salvo el caso de peritos integrantes de organismos públicos, en que el juramento previo no se exige, porque ya lo hicieron al asumir la función), incurriendo en responsabilidad penal si falta a la verdad o pudiendo ser subrogado si es que actúa con negligencia en el desempeño de su función. En *cuarto lugar,* tiene la obligación de desempeñar fielmente el cargo; en consecuencia: a) actuará con sometimiento a las directivas que le imparte el Instructor; b) observará las disposiciones legales que reglamentan su accionar; c) limitará su actividad a comprobar lo que es indispensable a los fines de la apreciación científica o técnica requerida y se abstendrá de emitir juicio respecto a la responsabilidad o no responsabilidad penal del imputado en relación con el hecho delictuoso materia del proceso (art. 223° del Código de 1991); y, d) presentará oportunamente el informe pericial. En *quinto lugar,* tiene la libertad para evacuar los puntos sometidos a su examen mediante las operaciones que crea convenientes y con los métodos que le parezcan apropiados. En *sexto lugar,* si no es un perito al servicio del Estado, tiene el derecho a cobrar honorarios por su actuación (art. 161° del Código de 1940); al respecto, el art. 229° del Código de 1991 señala que el Fiscal fijará prudencialmente los honorarios de los peritos que no sean servidores públicos, los mismos que serán cubiertos con fondos del Estado.

El informe pericial está sujeto a requisitos legales específicos. El art. 224° del Código de 1991 dispone que el informe debe contener siete requisitos: 1. Identificación de los peritos. 2. Descripción de la situación o estado de hecho, sobre el que se efectuó el peritaje. 3. Exposición de lo comprobado en relación al encargo. 4. Motivación o fundamentación del examen técnico. 5. Indicación de los criterios científicos o técnicos, métodos y reglas utilizadas en el examen pericial. 6. Conclusiones. 7. Fecha, sello y firma. En caso que los peritos discrepen entre sí, cada uno deberá presentar su pericia y el Fiscal promoverá una diligencia de debate pericial, con citación de los abogados de las partes (art. 226° del Código de 1991). Si el informe o dictamen pericial resulta insuficiente, el Fiscal podrá ordenar su ampliación o renovación por los mismos peritos o por otros (art. 227° del Código de 1991).

Una vez presentado el informe pericial, debe el juez examinar a los peritos, en una diligencia especial que el Código de 1940 denomina "*diligencia de entrega y ratificación pericial*" (art. 167°). Es una diligencia obligatoria. Al respecto la jurisprudencia suprema es contundente. Así tenemos: 1. Que la falta de examen de los peritos es causa de nulidad de todo lo que se actúe con posterioridad a esa omisión, puesto que dicha diligencia es de carácter esencial e imprescindible; solo su realización da

autenticidad a la prueba[225]; se trata de un elemento esencial para sustentar una sentencia condenatoria[226]. 2. Que es nula la sentencia condenatoria basada únicamente en un peritaje no ratificado[227].

El interrogatorio de los peritos, precisa el art. 228° del Código de 1991, se orientará a obtener una mejor explicación sobre la comprobación que hayan efectuado respecto al objeto de la pericia, sobre los fundamentos y la conclusión que sostienen. Para esta diligencia, cumpliendo la regla del contradictorio, debe citarse a las partes, cuyos abogados están autorizados a exigir la aclaración de algún punto (art. 168° del Código de 1991). El Supremo Tribunal ha establecido que: "Las conclusiones de los dictámenes periciales están sujetas a las modificaciones en que convengan los mismos peritos durante el debate obligatorio prescrito por el art. 167° del Código de Procedimientos Penales[228].

Las partes pueden nombrar, cada uno por su cuenta o a su costa, un *perito de parte*, una vez producido el nombramiento de peritos oficiales (arts. 165° del Código de 1940 y 222° del Código de 1991). Este perito de parte o contralor, a exigencia de la parte que lo nombró, puede presenciar las pruebas periciales efectuadas por los peritos oficiales y hacer las observaciones y dejar las constancias que su técnica le aconseje. Si el perito de parte discrepa de la pericia oficial presentará su propio informe, el que se ajustará a las prescripciones impuestas para la pericia oficial. En este caso, exige la ley, corresponde al Instructor determinar la realización de un debate pericial entre los peritos y en la que deben aplicarse analógicamente las reglas del examen pericial de peritos oficiales[229].

El Tribunal Supremo tiene establecido los siguientes precedentes: 1. Si en el debate contradictorio que se realiza entre peritos, unos hacen suyas las conclusiones del dictamen de los otros, quedando así rectificada la conclusión a que llegaron aquellos, en el acta respectiva deben constar íntegramente las razones por las cuales se uniformaron las opiniones discrepantes. La omisión de esa formalidad anula el fallo[230]. 2. Frente a unos informes periciales contradictorios, es insubsistente el fallo si no se ha realizado el

---

[225] Ejecutoria Suprema de 27 de abril de 1944 (*Anales Judiciales*, 1944, Lima, p. 169).

[226] Exp. N° 1789-79, Lima (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, T. II, pp. 94-95).

[227] Ejecutoria Suprema de 23 de abril de 1947 (*Anales Judiciales*, 1947, Lima, p. 419).

[228] Ejecutoria Suprema de 10 de octubre de 1942 (*Anales Judiciales*, 1942, Lima, p. 291).

[229] Ejecutoria Suprema de 10 de junio de 1992, Exp. N° 460-92-B, Lambayeque (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., p. 356).

[230] *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1976, p. 328.

debate pericial contradictorio [231]. 3. En el acta respectiva de la diligencia de "debate pericial", deben aparecer los fundamentos y las razones que los peritos han expuesto en dicho debate, dado que su omisión priva a lo actuado de un elemento sustancial para la decisión del caso[232].

El perito de parte, en rigor, es un representante técnico del interés de la parte que lo nombra o un auxiliar de la parte, que interviene en determinados actos procesales por la especificidad técnica de los mismos, actuando como verdadero defensor técnico de ella y, de este modo, garantizando el contradictorio. Por ende, como acota CAFFERATA NORES, "su dictamen convencerá [o no] por la fuerza de sus argumentos, y no por la presunta imparcialidad de su actuación [la cual solo es exigible a los peritos oficiales]"[233]. En todo caso, como dice la Corte Suprema, la apreciación de la pericia queda sujeta a las reglas de la crítica[234].

13. EL DOCUMENTO

Se entiende por documento, según la precisión formulada por GARCÍA VALENCIA, toda expresión de persona conocida o conocible, recogida por escrito o por cualquier medio mecánico o técnicamente impreso como los planos, dibujos, cuadros, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas y fonópticas y archivos electromagnéticos con capacidad probatoria [235].

El Código de Procedimientos Penales de 1940 no contempla ninguna disposición respecto a los documentos. El Código de 1991, sin embargo, trata este acto de investigación en el Capítulo IV del Título V del Libro II. El art. 231° de dicho Código hace una enumeración, siempre bajo un sistema de *numerus apertus*, de lo que debe entenderse por *documento*. Menciona expresamente a los manuscritos, impresos, películas, fotografías, representaciones gráficas, grabaciones magnetofónicas y medios que contienen registro de sucesos, imágenes y voces.

El art. 230° del Código de 1991 identifica al sujeto del documento. El Fiscal, de primera intención, es quien debe incorporarlo al proceso siempre que sea de interés para la investigación, lo que por cierto no obsta a las partes

---

[231] Ejecutoria Suprema de 1° de octubre de 1993, Exp. N° 2295-93, Tacna (*Normas Legales*, T. 222, noviembre, Trujillo, 1994, pp. J50-J51).

[232] Ejecutoria Suprema de 24 de setiembre de 1975 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 150-151).

[233] CAFFERATA NORES: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 65.

[234] Ejecutoria Suprema de 4 de febrero de 1972 (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1972, Lima, p. 218).

[235] GARCÍA VALENCIA: *Las pruebas en el proceso penal*, cit., p. 132.

a solicitar se anexe al proceso o aportarlo directamente en caso lo tenga en su poder, a fin de que sirva como elemento de prueba.

El documento permite introducir elementos de convicción sobre los hechos objeto del proceso y, como tal, puede contener una narración de la comisión del delito, la grabación de la voz del autor de una difamación o de amenazas, un video de la filmación de un robo (aporta datos sobre la identidad del autor del delito); es decir, la calidad del documento está condicionada por su contenido y corresponde a este una declaración o una representación sobre el tema probatorio concreto del proceso[236]. Además, enseña GARCÍA VALENCIA, el documento puede ser objeto de prueba cuando sobre él se ha cometido el hecho punible; por ejemplo, en el caso de la falsedad (también cuando es cuerpo del delito, que es el caso del cheque rechazado por falta de fondos en el delito de libramiento indebido)[237].

Como ya se estableció, el documento se puede agregar al proceso por diversas vías: a) porque es ofrecido o presentado por las partes; b) porque el Fiscal, en el curso de la investigación, ha ordenado, a quien lo tenga, lo presente o lo exhiba voluntariamente; y, c) porque el juez, a solicitud del fiscal, dispone su secuestro (art. 230° del Código de 1991). En este último caso, el Juez es el sujeto del documento, como en el primero lo serán las partes.

La *orden de presentación* puede ser rechazada cuando el poseedor del documento alegue secreto de estado o inmunidad diplomática. En este caso, el Fiscal pedirá al Juez que se dirija al Ministerio correspondiente y solicite informe acerca de la excusa invocada por el emplazado. También están autorizados a no aceptar la orden de presentación el propio imputado y quienes están exentos del deber de declarar, negativa que se justifica en la cláusula de no autoincriminación[238]. En este último caso, no es que el documento no pueda incorporarse al proceso, sino que el Fiscal, cuando pueda prever que tal situación va ocurrir, debe dirigirse inmediatamente al Juez para que ordene el *secuestro*, cuya ejecución corresponde al Ministerio Público. A dichas personas no se les debe requerir que voluntariamente pongan a disposición de la justicia documentos que puedan perjudicarlas, pero como acto coercitivo es posible obtenerlos compulsivamente, sin pasar por el trámite previo de la exhibición o presentación voluntaria de los mismos.

---

(236) Lino PALACIO precisa que deben tener capacidad representativa (citado por GARCÍA VALENCIA: *Las pruebas en el proceso penal*, cit., p. 133).

(237) GARCÍA VALENCIA: *Las pruebas en el proceso penal*, cit., p. 133.

(238) CAFFERATA NORES: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 188.

Es de aclarar que la orden de presentación o el secuestro se circunscriben a documentos que puedan servir como medio de prueba propiamente dicho o que puedan utilizarse para un cotejo, comparación o pericia. Un supuesto totalmente diferente, que tiene ver con el proceso penal cautelar, es el *secuestro cautelar de documentos,* cuya finalidad es garantizar la medida accesoria de decomiso prevista en el art. 102° del Código Penal.

Otro trámite vinculado al procedimiento del documento es la diligencia de reconocimiento. Todo aquel que ha redactado, firmado o intervenido de algún modo en su confección y registro, debe concurrir a la Fiscalía y declarar sobre el particular. Asimismo, cuando se trata de una voz, imagen, huella, señal u otro medio, quien resulte identificado por ellas debe reconocerlo. Es obvio que si el otorgante o autor del documento ha fallecido o no se encuentra, es posible que la diligencia se entienda con una persona cercana, conocida o que sepa acerca del documento (aplicación supletoria del art. 253° del Código Procesal Civil). Por otro lado, reza el art. 232° *in fine* del Código de 1991, la diligencia no puede entenderse con el imputado, puesto que lo protege la cláusula de prohibición de la autoincriminación.

Por otro lado, ante la negativa del imputado a someterse a la diligencia de reconocimiento o cuando los emplazados rechacen haber intervenido de algún modo en la confección o suscripción del documento, nieguen su autenticidad o sostengan su falsedad, o cuando no exista seguridad de la realidad, formalidad o autenticidad del mismo, procede que el Fiscal lleve a cabo diligencias de cotejo con la copia u original que existen de él o que disponga la realización de las correspondientes pericias.

Una modalidad de documento es el *informe.* CAFFERATA NORES nos dice de él que es la respuesta escrita, emanada de una persona jurídica frente a un requerimiento judicial (del Ministerio Público en el caso peruano), sobre datos preexistentes a tal pedido, que estén registrados en dependencias de aquella [239].

En esta misma perspectiva, el art. 233° del Código de 1991 autoriza al Fiscal a requerir informes técnicos o sobre datos que consten en registros oficiales o privados, llevados conforme a ley. Se debe tratar, como apunta GARCÍA VALENCIA, de informes fácilmente verificables que se basen en la existencia de documentos que reposan en poder de la entidad. En consecuencia, es del caso tener presente desde ya que el Informe, Parte o Atestado Policial tienen fuente distinta, pues se refieren a la investigación de hechos y dan fe de lo que el funcionario ha podido apreciar o percibir, por lo que su

---

[239] CAFFERATA NORES: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 193.

naturaleza es testimonial y sus autores pueden ser requeridos como testigos para que los ratifiquen, aclaren, expliquen o complementen[240].

La evidente complejidad que tienen todos los sistemas de registro, tornaría sumamente engorroso y a veces materialmente imposible la transmisión de los datos registrados hacia el proceso por los medios tradicionales, como por ejemplo el testimonio, o su directa aprehensión por la autoridad mediante una inspección. Por ello es que se acude al informe. Corresponde al representante de la entidad requerida firmar y remitir el informe escrito en mención. El incumplimiento de ese requerimiento, el retardo en su producción, la falsedad del informe o el ocultamiento de datos, serán corregidos con multa, sin perjuicio de la responsabilidad penal correspondiente (art. 233° del Código de 1991).

VI. MEDIDAS INSTRUMENTALES RESTRICTIVAS DE DERECHOS

1. ASPECTOS GENERALES

A. Concepto

Señala ARAGONESES MARTÍNEZ que estas medidas, a diferencia de los demás actos de investigación, están orientadas a la obtención de elementos o datos relacionados con el delito que pueden servir como prueba en el proceso y que, por lo general, implican una limitación de ciertos derechos fundamentales de la persona, de ahí que tan solo puedan ser practicadas por orden o autorización judicial[241]. IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO acota que se trata de medios indirectos de investigación, porque no tienden primariamente a los fines averiguativos de la instrucción, sino a obtener otros medios o a facilitar distintos actos de la misma; están previstos para concretar la existencia de otros medios de investigación o determinar la localización de personas u objetos que puedan servir después para la realización de diversos actos de instrucción[242].

B. Clasificación

Las medidas instrumentales restrictivas de derechos pueden clasificarse tomando como referencia el derecho fundamental afectado. Desde esta

---

(240) GARCÍA VALENCIA: *Las pruebas en el proceso penal*, cit., p. 135.

(241) En: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit., p. 362.

(242) IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO: *Curso de Derecho procesal penal*, cit., p. 160.

perspectiva, siguiendo a GÓMEZ COLOMER[243], las medidas en cuestión se clasifican de la siguiente manera:

a) *Allanamiento*, que limita el derecho a la inviolabilidad del domicilio, art. 2°.9 Const.;

b) *Registro e incautación de libros o papeles privados*, que limita el derecho al secreto y a la inviolabilidad de los documentos privados, art. 2°.10 Const.;

c) *Control de las comunicaciones*, que limita el derecho al secreto de las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos (son de destacar: 1. La intercepción de correspondencia. 2. La observación y la intervención telefónica), art. 2°.10 Const.;

d) *Inspección corporal*, que limita el derecho a la intimidad corporal, art. 2°.6 Const.;

e) *Intervención corporal*, que limita el derecho a la integridad física, art. 2°.1 Const.;

f) *Levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria*, que limita el derecho al secreto bancario y a la reserva tributaria, art. 2°.5 Const.

g) *Secuestro, incautación e exhibición instrumental de cosas*, que limita el derecho de propiedad, art. 2°.16 Const.

De las siete medidas restrictivas de derechos que se han identificado, cinco de ellas están vinculadas al derecho fundamental a la intimidad: el allanamiento, el registro e incautación de documentos privados, el control de telecomunicaciones, la inspección corporal y el levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria. En este orden de ideas, es del precisar que los incisos 7, 5, 6 y 9 del art. 2° de la Constitución constituyen un bloque vinculado al derecho a la intimidad. Este derecho, señala Carlos RUIZ MIGUEL, al igual que el derecho a la tutela jurisdiccional, es un derecho complejo o derecho de derechos, uno en su concepción y múltiple en cuanto a sus contenidos[244], de ahí que el art. 11° de la Convención Americana de Derechos Humanos consagra que "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales en su honra o reputación".

La *intimidad personal* en su contenido nuclear, es considerada un derecho de la personalidad, derivado de la idea de dignidad de la persona (art. 1°

---

[243] GÓMEZ COLOMER: *El proceso penal alemán*, cit., pp. 100-101.

[244] RUIZ MIGUEL, Carlos: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 76.

Const.), que –objetivamente considerado– es el ámbito en el que se prohíbe que otros penetren; propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás –desde el punto de vista subjetivo–, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos; uno de sus competentes es la intimidad corporal o pudor. Como apunta RUIZ MIGUEL, de él se derivan otros tantos derechos fundamentales: el derecho a la intimidad familiar (art. 2°.7), el derecho a la inviolabilidad de domicilio (art. 2°.9), el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 2°.10), el derecho a la libertad informática (art. 2°.5 –primer párrafo– y 6, el derecho al secreto profesional (art. 2°.18), el derecho al secreto documental (art. 2°.10) y el derecho a la libertad de conciencia (art. 2°.18)[245].

C. Presupuestos generales

Toda medida que limite un derecho fundamental está sujeta al principio de proporcionalidad, de elaboración inicialmente germana. Este principio, que exige la ponderación de los intereses en conflicto, tiene rango constitucional y es extraído del principio del Estado de Derecho y de la esencia de los derechos fundamentales (arts. 43° y 1° de la Constitución). Por medio de este principio, resulta imprescindible preguntarse si una determinada injerencia estatal constituye en rigor una *medida necesaria* en una sociedad democrática[246].

En tanto todo derecho fundamental tiene una eficacia vinculante, por ser un componente estructural básico del conjunto del ordenamiento jurídico y de cada una de sus ramas, es de tener en consideración que su afectación o limitación debe respetar: a) los límites impuestos en la propia Constitución; y, b) si estos no se encuentran taxativamente impuestos, ante los que de manera mediata o indirecta de la propia Constitución se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos. Estas limitaciones no pueden obstruir el derecho fundamental afectado más allá de lo razonable, es decir, deben ser necesarias para conseguir el fin perseguido[247].

---

[245] RUIZ MIGUEL: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, cit., pp. 76-104.

[246] GONZÁLEZ–CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1995, pp. 21, 51 y 53.

[247] GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., pp. 24-25.

El principio de proporcionalidad, en estas condiciones, se asienta sobre dos presupuestos, uno *formal*, constituido por el principio de legalidad, y otro *material*, el principio de justificación teleológica.

En *primer lugar*, es de acotar que el postulado básico de la legitimidad de la medida es el de *legalidad* o principio de *tipicidad procesal*. Este principio expresa la primacía de las leyes en el sistema democrático, y exige que toda ley especifique tanto las condiciones de aplicación, como el contenido de las intromisiones de los poderes públicos en el ámbito de los derechos fundamentales de los ciudadanos. En consecuencia, es de reclamar que las leyes deban ser *escritas, estrictas* –o suficientemente determinadas– y *previas*. Esta clase de normas no puede aplicarse a situaciones producidas con anterioridad a su vigencia, salvo en lo favorable como es lógico. La accesibilidad y la previsibilidad son dos exigencias sustantivas de la legalidad procesal[248].

En *segundo lugar*, es del caso tener presente un dato material. Los valores que se tratan de salvaguardar al limitarse el derecho fundamental, deben gozar de fuerza constitucional suficiente para enfrentarse a los valores que representan los derechos restringidos. La limitación de derechos debe tender a la consecución de fines legítimos. Evidentemente, las medidas instrumentales restrictivas de derechos, en sí mismas, buscan obtener la verdad y de este modo consolidar la justicia como fuente de toda decisión de la jurisdicción, lo que tiene un amparo constitucional muy claro en los arts. 44° –promoción del valor justicia– y 139°.3 –observancia del debido proceso–. En este orden de ideas, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH, Asuntos Handysi de 7 de diciembre de 1976; Olsson, de 24 de marzo de 1988; y, Berrehab, de 21 de junio de 1988), ha establecido que toda medida limitativa de derechos fundamentales está vinculada a la satisfacción de una necesidad social imperiosa y proporcionada a la finalidad legítima perseguida, dentro de la que se encuentra la prevención de las infracciones penales.

D. Requisitos generales

Son tres los requisitos que deben cumplirse para la legitimidad de toda limitación de un derecho fundamental: a) requisitos derivados del principio de intervención indiciaria; b) requisitos derivados del principio de proporcionalidad; y, c) garantía de ejecución de la restricción.

---

[248] GONZÁLEZ–CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pp. 69, 78 y 79.

D.1 Principio de intervención indiciaria

Este principio exige que toda limitación de un derecho fundamental requiere de "*indicios de criminalidad*" o "*indicios delictivos*", cuyo nivel de exigencia variará según el derecho limitado, el estado y circunstancias de la causa, y el carácter o naturaleza de la medida; por tanto, será necesario, según los casos, desde *sospechas simples* a *sospechas vehementes*. En rigor, deben existir elementos, hechos o datos plausibles que permitan al juez estimar la posible o probable –según los casos– existencia de una conducta delictiva, y la participación en ella del imputado o de la persona contra quien se dicta la medida, así como algún tipo de información, en función al individuo, en orden a los fines procesales que persiguen mantenerse incólumes.

Este principio –considerado una garantía constitucional, de carácter implícito y transversal, inherente a la noción de Estado de Derecho y que está en la propia esencia de los derechos fundamentales– es, desde luego, independiente del principio de *proporcionalidad* al que se le suele integrar, puesto que está delimitado por exigencias fácticas, independientemente de otra consideración, que permitan entender que existe fundamento para limitar un derecho fundamental, a partir del cual puede razonarse el nivel, intensidad y extensión de una concreta coerción[249].

La necesidad de indicios delictivos ha sido enfatizada, por ejemplo, por el TEDH (STEDH, Asunto Klass, de 6 de setiembre de 1978). Señala al respecto ASENCIO MELLADO, dando cuenta de ese fallo: "(...) La restricción de derechos en el ámbito de una investigación penal, solo resulta justificada frente a personas sobre las que recaigan indicios delictivos, esto es, se trate, en términos procesales, de imputados. Se persigue con ello, se afirma en esta misma sentencia, garantizar que las medidas restrictivas se adopten únicamente '*a posteriori*' de la comisión de un delito, y se dirijan a su investigación. En este sentido, se prohíben, pues –y esta es la principal repercusión de la exigencia–, las medidas adoptadas para verificar un fin de vigilancia exploratoria o personal"[250].

---

[249] MARTÍN MORALES, Ricardo (coord.): *El principio constitucional de intervención indiciaria. Parte Primera: Teoría general*, Grupo Editorial Universitario, Madrid, 2000, pp. 10-23.

[250] ASENCIO MELLADO, José María: "Los derechos contemplados en el art. 8° del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales", en: *Seminario sobre la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Generalitat Valenciana, Valencia, 1998, p. 153.

D.2. Principio de proporcionalidad

Puntualiza al respecto PEDRAZ PENALVA, que en este ámbito, el principio de proporcionalidad exige que los derechos fundamentales solo han de ser limitados en la estricta medida en que fuere inevitable para amparar intereses generales; la intromisión ha de ser adecuada y necesaria para alcanzar el fin de aseguramiento del procedimiento de conocimiento o de ejecución, de la administración de justicia penal; objetivo que debe ser alcanzado a través de un medio idóneo y menos gravoso, reconociendo que la carga impuesta ha de estar en razonable relación con las ventajas que derivarán tanto para el investigado como para la generalidad(251).

Ahora bien, como enseña GONZÁLEZ-CUÉLLAR, el principio de proporcionalidad importa el cumplimiento de requisitos extrínsecos al contenido de la medida (judicialidad y motivación), y requisitos intrínsecos, relativos al contenido de la actuación estatal en concreto (idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta).

1. El requisito de *judicialidad* es de carácter subjetivo. En principio, solo los jueces pueden limitar derechos fundamentales. En estos casos, la intervención de la autoridad judicial es previa a la propia limitación, salvo que expresamente y por excepción se habilite a la autoridad administrativa –señaladamente a la policial– para llevarla a cabo, como es el caso del allanamiento y de la detención en flagrante delito –que es una medida provisional penal de carácter fundamentalmente cautelar– (*vid.* arts. 2°.9 y 2°.24.f Const.). Ante un pedido de limitación de un derecho fundamental, corresponde al juez decidir si la medida requerida respeta este principio, lo que puede obligarle a interferir legítimamente en las tareas investigadoras, a efectos de autorizar o no las medidas solicitadas, es decir, a juzgar si son arbitrarias o excesivas.(252)

2. El requisito de *motivación* es de carácter formal. La Constitución impone especialmente la motivación de las resoluciones judiciales en el art. 139°.5, salvo los decretos de mero trámite, que no es del caso tratándose de limitación de derechos fundamentales, al no poder calificarse de "actos procesales de simple trámite" (art. 121° CPC). La motivación, para nuestra Constitución, es siempre escrita y, además, requiere que la resolución judicial

(251) PEDRAZ PENALVA, Ernesto: *Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2000, T. I, p. 154.

(252) GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., p. 136.

mencione la ley aplicable y los fundamentos de hecho en que se sustenta, es decir, que deben abarcar no solo la interpretación jurídica de las normas implicadas, sino también los criterios decisivos para la subsunción de los hechos concretos enjuiciados, sin que a ello obste que pueda ser escueta o concisa. Al respecto, los incs. 3 y 4 del art. 122° del Código Procesal Civil precisa que estas resoluciones deben contener tanto "la relación correlativamente enumerada de los fundamentos de hecho y los respectivos de derecho que sustentan la decisión, *la que se sujeta al mérito de lo actuado y al derecho*", cuanto "la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos".

Cuanto más grave es la limitación más exigente o estricto es el deber de motivación, así tenemos que, por ejemplo, para el control de comunicaciones se pide específicamente un mandato motivado del juez, con las garantías previstas en la Ley. En todos los casos, la falta de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos provoca su inconstitucionalidad, desde que una resolución no motivada induce a pensar que el órgano actuante no ha realizado el necesario contrapeso de los intereses enfrentados en el caso concreto, por lo que, ante su falta de fundamentación, la medida puede tacharse de desproporcionada[253].

3. El requisito de *idoneidad* exige que la medida que debe imponerse en un caso concreto debe ser cualitativamente apta para alcanzar los fines previstos (obtención y aseguramiento de determinada fuente de prueba, de bienes delictivos o libres –según el caso–, o de la persona del imputado). Ello significa que este requisito hace referencia, objetiva y subjetivamente, a la causalidad de las medidas en relación con sus fines, tanto cualitativamente (concreción de la medida en función al objetivo perseguido, v. gr., allanamiento para conseguir pruebas), como cuantitativamente (duración de la intervención)[254].

4. El requisito de *necesidad* es complejo. Exige tomar en consideración al momento de decretar la medida limitativa: a) La esencialidad de la propia medida para evitar, de no adoptarse, la frustración de la investigación; y, b) si el resultado perseguido con la medida puede obtenerse por otra vía limitativa menos intensa, en cuyo caso debe optarse por esta última. Esto último da cuenta, que toda injerencia es siempre *subsidiaria*: no podrá autorizarse cuando el mismo fin pueda alcanzarse por medios menos gravosos[255].

---

(253) GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., p. 147.

(254) ARMENTA DEU: *Lecciones de Derecho procesal penal*, cit., p. 172.

(255) CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO: *Derecho procesal penal*, cit., p. 214.

5. El requisito de *proporcionalidad en sentido estricto* exige que la esfera de actuación de los derechos fundamentales no puede ceder ante la persecución de un ilícito de escasa entidad y relevancia social. Es del caso ponderar la intensidad de la limitación del derecho fundamental y el interés socialmente protegible tanto con la gravedad de la infracción, medida en función de la pena conminada, como con la conducta propia del sujeto que se pretende reprimir[256].

En el plano concreto de las medidas instrumentales restrictivas de derechos, su adopción requiere, en *primer lugar*, la existencia de motivos perentorios para decretarlas (necesidad e indispensabilidad de la medida, esto es, que de otro modo no será posible obtener la información que se requiere para acreditar el hecho o la vinculación delictiva del investigado); en *segundo lugar*, que se presente un supuesto de peligro de desaparición de la fuente de prueba que pretende recabarse; y, en *tercer lugar*, que haya una relación de pertinencia y de utilidad entre el objeto de investigación, la información que se pretende obtener y la limitación del derecho fundamental[257].

D.3. Garantía de ejecución de la restricción

La medida ha de ser ejecutada con respeto a unas mínimas garantías que tienden tanto a asegurar la fiabilidad del medio utilizado, como la integridad de la persona investigada[258] (v. gr.: presencia y dirección del Fiscal en su ejecución inicial, conocimiento de cargos, respeto del derecho de defensa y control judicial ulterior y permanente). En esta misma perspectiva, en tanto elemento que integra esta garantía, la ley debe prever los recursos impugnatorios correspondientes y la posibilidad de instar reclamos o solicitudes efectivas para garantizar la provisionalidad, racionalidad y temporalidad de la medida, es decir, su permanente revisión.

La Corte Suprema, aceptando parcialmente estos conceptos, en una interesante decisión, a propósito del allanamiento de domicilio, estipuló lo siguiente en cuanto a los requisitos necesarios para autorizar una medida instrumental restrictiva de derechos: "La entrada y registro domiciliario, al conllevar una injerencia en los derechos fundamentales individuales constitucionalmente reconocidos, solo puede encontrar justificación cuando se dan tres supuestos: a) *proporcionalidad* (es lo que se llama estricta

---

(256) ASENCIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, p. 98.

(257) SAN MARTÍN CASTRO, César: "Las medidas limitativas de derechos en la investigación preliminar del delito", en: *Actualidad Jurídica*, T. 86, enero, Lima, 2001, p. 17.

(258) ASENCIO MELLADO, José María: *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 127.

proporcionalidad), procediendo esta pretensión cuando se persiga un delito grave, no pudiendo concederse en infracciones de escasa consideración; b) *subsidiaridad* (es lo que se llama necesidad), solo debe otorgarse cuando no exista otro medio de investigación menos dañoso, en atención a que se está afectando derechos individuales fundamentales; y, c) *razonabilidad* (que es lo que se llama idoneidad), vale decir que deben existir motivos suficientes para concluir que dicha medida va a ser útil y cumplir con su finalidad de descubrir o comprobar que el hecho o circunstancia es importante para el fin del proceso" [259].

2. MEDIDAS PREVISTAS EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL

A. Enumeración

El Código de 1940, con relación a la instrucción judicial, previó muy pocas medidas limitativas y, básicamente, sin el rigor necesario, pues no se consignaron expresamente los principios y requisitos generales anteriormente esbozados. Una atenta lectura del citado Código permite identificar –en el Título VII "*Diligencias Especiales*"– las siguientes medidas: a) la retención y conservación (en puridad, incautación) de instrumentos, armas y efectos del delito, así como de vestigios y pruebas materiales (ex arts. 170° y 171°); b) la exhibición o entrega (en rigor, orden de presentación y, en su caso, incautación instrumental) de legajos o escritos conservados en un archivo oficial (ex art. 184°); c) interceptación de correspondencia postal o telegráfica (ex arts. 184 y 185°); d) ingreso y registro de oficinas públicas, cuarteles militares, dependencias policiales, clubes sociales, conventos, colegios, y lugares a cargo de una autoridad (que en puridad importan una modalidad de allanamiento y un mecanismo de pesquisa) (ex art. 186°); y, e) incautación de papeles privados (ex art. 187°).

Posteriormente, siempre en sede de instrucción judicial, el art. 142° de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702, de 9 de diciembre de 1996, previó el levantamiento del secreto bancario. A su vez, el art. 85° del Código Tributario, aprobado por el Decreto Legislativo N° 816, de 15 de abril de 1996 (el inciso 'd' de dicha norma fue modificada por el art. 5° de la Ley N° 27296, de 6 de julio de 2000), instituyó el levantamiento de la reserva tributaria.

---

[259] Ejecutoria Suprema de 14 de agosto de 1998, Exp. N° 4776-98-A (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 292).

La Ley N° 27379, de 21 de diciembre de 2000, básicamente en la investigación preliminar del delito (ex art. 1°), pero también en el curso del proceso penal (ex art. 7°), previó: a) la incautación, apertura e interceptación de documentos privados, libros contables, bienes y correspondencia (art. 2°.3); b) el levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria (art. 2°.5); c) la exhibición y remisión de información (art. 2°.6); d) el allanamiento de inmuebles o lugares cerrados (art. 2°.7); e) la inmovilización de bienes muebles (art. 2°.8); y, f) la clausura temporal de locales (art. 2°.8).

La Ley N° 27697, de 12 de abril de 2002, incorporó tanto en sede preliminar como judicial, la intervención y control de comunicaciones. Se circunscribe a todo tipo de comunicaciones: postales, telegráficas, telefónicas, fax, electrónicas y personales (en este último ámbito, se conoce el denominado "espionaje acústico" o "grandes escuchas"). El art. 4° extendió la cobertura de la ley a los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos, así como a todo otro documento privado (este extremo importará una lógica interpretativa matizada respecto de lo anterior).

La Ley N° 27934, de 12 de febrero de 2003, de regulación de la intervención de la Policía en la investigación preliminar del delito, como ya se anotó, incorporó: a) el registro de personas; b) la recogida y conservación de objetos e instrumentos relacionados con el delito; c) la inmovilización de documentos, libros contables, fotografías y todo elemento material que pueda servir a la investigación; d) incautación de bienes en general mediando flagrante delito o peligro inminente de su perpetración; y, e) el allanamiento o ingreso en locales de uso público o abierto al público, en caso de delito flagrante.

B. Ubicación sistemática

De modo general, siguiendo a MANZINI [260], podemos decir que estas medidas, que denomina de *coerción real*, se ordenan en tres principales actos: las *perquisiciones*, el *secuestro penal* (*secuestro o incautación instrumental*) y la *disponibilidad de teléfonos públicos* (control de comunicaciones en general o interceptaciones). CLARIÁ OLMEDO las denomina, más ampliamente, medios accesorios de coerción real y reconoce que su tratamiento también se incluye entre las medidas de investigación instructora, las cuales responden no sólo a la obtención e individualización de objetos materiales, sino también a la detención del sospechoso de criminalidad, al impedimento de alejamiento

---

[260] MANZINI, Vincenzo: *Tratado de Derecho procesal penal*, EJEA, Buenos Aires, 1952, T. III, pp. 697-734.

del lugar de determinadas personas o a la cesación de la continuación de la actividad delictiva[261].

Las *perquisiciones* son indagaciones materiales, coercitivamente ejecutables, consentidas como excepción a las normales garantías de la libertad individual (personal o domiciliaria), dirigidas al objeto de asegurar para el proceso cosas que puedan servir a la prueba, o de arrestar al imputado o a otra persona indiciada de delito o evadida. Podemos distinguirlas a su vez en *perquisiciones personales* y *perquisiciones domiciliarias*. Las primeras –personales– consisten en la búsqueda material hecha en el cuerpo o en el ámbito de custodia adherente al cuerpo de una determinada persona para apoderarse de cosas que se sospecha están ocultas en ella. Aquí se toma en cuenta no el cuerpo de la persona como tal, como objeto de expresión por sí mismo, sino la persona (cuerpo y vestido) en cuanto se la considera como escondite probable de objetos atinentes a la prueba[262]. En cambio, las segundas –domiciliarias– estriban en la búsqueda material que se hace en el ámbito domiciliario ajeno a fin de apoderarse de cosas que interesan a la justicia penal y que se sospecha se custodian allí, o de la persona del imputado, o de otra persona indiciada o evadida, que se crea está allí refugiada. Se entiende el domicilio como habitación o lugares cerrados adyacentes a ella, o en otros lugares cerrados en que se despliegue la vida o la actividad de una o varias personas. El registro –voz más técnica que búsqueda–, como aclara CLARIÁ OLMEDO, no está captado con su significado gramatical de inscripción, sino de búsqueda con el alcance de minuciosidad, escudriñamiento en los ambientes y rincones del lugar elegido para el hallazgo de lo que se quiere encontrar[263].

El *secuestro instrumental* es un acto de coerción real que consiste en un límite impuesto por la voluntad del Estado al derecho de propiedad, límite por el que, a los fines de la prueba, se inhibe temporalmente la disponibilidad de una cosa mueble o inmueble de otro sometiéndola a custodia especial. Se entiende que un secuestro puede ser específico –vinculado a un objeto determinado– o genérico –vinculado a objetos en general y relacionados con la ejecución de otro acto como sería la perquisición–. Desde su objeto, enfatiza CORDERO [264], el secuestro puede circunscribirse a los efectos del delito o nuevos delitos, o a las fuentes de prueba. Se concreta a cosas materiales (objetos, animales, documentos, conductores eléctricos, etc.),

---

[261] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, pp. 401-402.

[262] ÁLVAREZ CANALÉ: *La instrucción procesal penal en la jurisprudencia*, cit., p. 418.

[263] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 403.

[264] CORDERO, Franco: *Procedimiento penal*, Temis, Bogotá, 2000, T. II, p. 162.

que pueden ser objeto de *posesionamiento* (cosas muebles o movilizables) o de *aseguración local* –inmovilización– (cosas no transportables o que se considera oportuno no transportar). Bajo reglas especiales también se reconoce en este ámbito el secuestro de cartas, pliegos, valores, telegramas u otros objetos de correspondencia que se tenga razón para creer expedidos por el imputado o dirigidos a él, aun bajo nombre distinto o por medio de distinta persona, o en cualquier forma perteneciente al delito. Asimismo, también los bancos quedan sometidos a coerción real, siendo secuestrable –como enfatiza CORDERO– todo lo que se refiera al delito: títulos, valores, documentos, dinero depositado, inclusive en las cajillas de seguridad, con cualquier nombre(265).

Una medida accesoria de la inspección ocular y del secuestro es la *clausura de locales*, que tiene una finalidad preventiva(266). Dice CAFFERATA NORES que "consiste en el cerramiento y custodia del acceso a un local, para evitar el ingreso de personas a su interior. Previo a ello, si hubiese ocupantes, habrá de desalojarlos"(267).

Finalmente, tenemos la *disponibilidad de los teléfonos públicos*, que pertenece a la coerción real *in re*, no porque la trasmisión, interceptación, etc., sean cosas, sino porque la autoridad está investida del poder de someter un medio material, mecánico, del que no puede disponer de ese modo, a la propia voluntad dirigida a la consecución de un fin procesal penal. Modernamente CORDERO hace mención a las *interceptaciones*, en cuya virtud se utilizan medios insidiosos captando ocultamente una o más voces, a los efectos de su grabación, a las que se pueden agregar las captaciones visuales: fotografías o películas(268). Su propósito, dice CAFFERATA NORES, será enterarse, mediante el control de las comunicaciones, de datos útiles para orientar la investigación(269).

3. EL ALLANAMIENTO

El art. 2°.9 de la Constitución garantiza la inviolabilidad del domicilio, que es una garantía de la vida privada del individuo. Este derecho fundamental, como recuerda Francisco RAMOS MÉNDEZ, tiene un carácter instrumental, pues tiende a defender los ámbitos en que se desarrolla la vida

(265) CORDERO: *Procedimiento penal*, cit., T. II, p. 168.

(266) CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 411.

(267) CAFFERATA NORES, José: *Medidas de coerción en el proceso penal*, Marcos Lerner–Editora Córdoba, Córdoba, 1983, p. 154.

(268) CORDERO: *Procedimiento penal*, cit., T. II, pp. 169-170.

(269) CAFFERATA NORES: *Medidas de coerción en el proceso penal*, cit., p. 159.

privada de las personas, de ahí que exista un nexo indisoluble entre la citada norma y la del art. 2°.6 de la Constitución, que impone la defensa y garantía del ámbito de privacidad[270].

Dicha norma constitucional precisa que nadie puede ingresar en un domicilio ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración.

El domicilio, en sentido estricto, en cuanto objeto material del allanamiento, lo constituye cualquier lugar cerrado en el que se ejercita o puede resultar afectado el derecho a la *intimidad* del ciudadano. Constituyendo la "inviolabilidad del domicilio", señala GIMENO SENDRA, la principal garantía para proteger el derecho a la intimidad personal y social del individuo, es evidente que el allanamiento ha de estar orientado a garantizar este derecho, sin perjuicio de que el ordenamiento jurídico proteja también otros bienes constitucionales o incluso ordinarios (v. gr.: el secreto profesional, industrial, etc.) fundamentalmente a través de las oportunas entradas especiales[271].

El art. 163° del Código de 1991, repetido por el Proyecto de 1997, hace mención a un concepto amplio de domicilio, incluyendo en él los lugares cerrados donde discurre la actividad industrial, comercial o laboral de una persona, bajo el rótulo de "casa de negocio"; también incluye a los lugares habitados temporalmente (v. gr.: cuartos de hotel habitados por un huésped) o a cualquier otro lugar cerrado (v. gr.: tiendas de campaña), lo que excluye los automóviles, la entrada en un solar, un portal en edificios públicos, locales comerciales o fabriles abiertos al público, salvo las piezas destinadas a vivienda o desarrollo de actividades reservadas, propias del secreto profesional, industrial, etc.

Ahora bien, por *allanamiento* –siguiendo a TOMÉ PAULE– ha de entenderse la actividad ordenada por el Juez, para la que puede utilizarse incluso la fuerza física, de que los agentes de la Policía o funcionarios de la Fiscalía puedan acceder al interior de un domicilio pese a la oposición de sus ocupantes. El *registro* es la actividad subsiguiente mediante la cual las personas autorizadas por el juez pueden proceder a la busca, localización y ocupación (secuestro o incautación) de los efectos o instrumentos del delito que pudieran ser hallados o a la persecución y detención del presunto delincuente[272].

---

(270) RAMOS MÉNDEZ: *El proceso penal. Tercera lectura constitucional*, cit., p. 225.

(271) GIMENO SENDRA, *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 438.

(272) ALMAGRO NOSETE / TOMÉ PAULE: *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso penal*, cit., p. 242.

El allanamiento se dictará, siempre que existan *motivos razonables* para ello, lo que nos remite a lo expuesto al desarrollar el principio intervención indiciaria. La autorización judicial se producirá, siempre que no sea previsible el consentimiento de ingreso por el interesado y fuera de los casos de flagrancia delictiva o peligro inminente de su perpetración. En estos casos la orden de allanamiento debe determinar las causas e identificar su objeto, por ello, es que se exige que la petición consigne la finalidad específica del allanamiento (detención del imputado o búsqueda y posible incautación de bienes vinculados al delito objeto de investigación) y se dispone que la resolución autoritativa señale al fiscal autorizado para la ejecución de la diligencia, precise el inmueble objeto de entrada y registro, enuncie el tiempo máximo de duración de la diligencia e identifique el apercibimiento de ley para el caso de resistencia al mandato (art. 164° del Código de 1991, art. 178° del Proyecto de Código de 1997).

La *flagrancia delictiva*, como se sabe, consiste en una situación de hecho en virtud de la cual el delito se está cometiendo a ojos vista, lo que hace necesaria la urgente intervención de la policía para que cese el delito y se detenga al delincuente. El art. 4° de la Ley N° 27934, que sigue el art. 106°.8 del CPP de 1991, asume una definición de flagrancia parecida al modelo italiano, comprendiendo en su texto a la denominada *cuasi–flagrancia*, donde no hay percepción visual de la ejecución del delito, pero de las circunstancias del hecho observado por la Policía se infiere que el delito viene de ejecutarse momentos antes.

La diligencia, habilitada la orden judicial o en los casos de flagrancia delictiva, se entenderá con quien more o habite el lugar cerrado, bastando simplemente que se ostente la posesión, aun cuando sea de mero hecho. El allanamiento comprende lo expresamente autorizado o lo causalmente vinculado con el motivo que la determinó en el caso de entrada en flagrancia. En tanto se trata de una diligencia a efectos del proceso penal, al practicar los registros deberán evitarse las inspecciones inútiles y se tomarán las precauciones para preservar la reputación y el pudor de las personas que se encuentren en el local allanado. De todo lo realizado, se levantará el acta correspondiente.

Ahora bien, atendiendo a que una finalidad esencial del registro es secuestrar o incautar los efectos e instrumentos del delito, lo que es lo mismo, *preconstituir prueba*, es de afirmar, como apunta GIMENO SENDRA, que dicho acto ha de revestir las notas esenciales de la prueba: intervención de la autoridad judicial (nosotros precisamos, de cara a nuestro sistema procesal, intervención de la autoridad judicial mediante su autorización y del Fiscal en su ejecución) de un lado, y la posibilidad de contradictorio (lo que exige

la intervención efectiva del residente del inmueble objeto de la diligencia y la confección del acta correspondiente donde constará las incidencias de la diligencia y el dicho del morador y demás personas que se encuentran en el inmueble) de otro[273].

El allanamiento puede ir acompañado, cuando lo pide el Fiscal, del secuestro de cosas vinculadas al delito. En este caso, el acta de incluir un inventario en varios ejemplares de los bienes ubicados y secuestrados.

El art. 189° del Código de 1940 contempla un caso especial de entrada y registro: las pesquisas en oficinas públicas, cuarteles militares y policiales, clubes sociales, conventos, colegios y lugares a cargo de una autoridad. La ley exige orden judicial y que el acceso sea brindado por el superior inmediato de esa dependencia ante el simple requerimiento judicial. La negativa tipifica el delito contra la función jurisdiccional.

El vocablo "*pesquisa*" asumido por el Código viejo es tomado por algún sector doctrinal en un sentido amplio, como sinónimo de medidas instrumentales. Al respecto, señala Ricardo VÁSCONES VEGA que *pesquisa* es la información o indagación que se efectúa para averiguar algún hecho o circunstancia, las que pueden recaer con el cuerpo de la persona, su intimidad y con su libertad (v. gr.: inspección e intervención corporal, inviolabilidad del domicilio[274]); también puede recaer, y de modo fundamental como ya se anotó, sobre los ámbitos domiciliarios.

El inc. 7) del art. 2° de la Ley N° 27379 exige orden judicial para el allanamiento de inmuebles o lugares cerrados, se entiende fuera de los casos de flagrante delito o de peligro inminente de su perpetración. Para estos casos la norma fija como presupuesto material lo siguiente: "siempre que existan motivos razonables para ello", sin perjuicio que en sede fiscal se requiera el cumplimiento de las notas de necesidad y urgencia. La *necesidad* exige que la medida solo debe imponerse cuando resulta indispensable limitar un derecho para evitar el peligro de fuga, de ocultación patrimonial o para obtener una fuente de prueba, sin cuya ejecución el objetivo de aseguramiento se puede frustrar. La *urgencia* –en cierto sentido un sinónimo de la necesidad– denota la obligación apremiante, en atención a las circunstancias de la causa, de limitar un derecho para conseguir una evidencia o asegurar una persona o bienes.

---

(273) GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 447.

(274) 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, pp. 56-57.

Los denominados "*motivos razonables*" que sustentan la legitimidad de la orden de allanamiento significan, al decir de RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, la presencia de una "*sospecha objetivada*", con datos concretos que conduzcan a ella, para que en general el juez se encuentre legitimado a otorgarlas, limitándose a expresar las razones de investigación que hacen sospechar la existencia de actividades delictivas(275). Se requiere, amén de las sospechas subjetivas del investigador, que el pedido esté acompañado de algún otro dato, y que dé cuenta de cómo se ha llegado al conocimiento de los datos de hecho que aporta como base de la petición, que es lo que MONTERO AROCA denomina "razón de ciencia"(276).

4. EL CONTROL DE COMUNICACIONES

A. Aspectos generales

El art. 2°.10 de la Constitución se refiere: a) a las comunicaciones; b) a los documentos privados; y, c) a los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos. En cuanto a las comunicaciones, garantiza su secreto y su inviolabilidad. En este caso, precisa que las comunicaciones –que extiende a las telecomunicaciones o sus instrumentos– solo pueden ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley.

La protección constitucional que se da es el secreto y la inviolabilidad. Siguiendo a RUBIO CORREA, por *secreto* se debe entender que el contenido de las comunicaciones o de los papeles privados (en cuanto integran las primeras) de una persona solo puede ser conocido por ella, y aquella o aquellas otras con las cuales deseó comunicarse (de ahí –como anota FERNÁNDEZ SEGADO– su *carácter formal*, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado(277)). Por *inviolabilidad* se debe entender que las comunicaciones no pueden ser intervenidas, esto es, las cartas interceptadas, las ondas electromagnéticas estorbadas con transmisiones que las hagan inútiles para la comunicación; los teléfonos intervenidos, etc.(278)

---

(275) RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo: *Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal*, Comares, Granada, 2000, p. 164.

(276) MONTERO AROCA, Juan: *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 150-152.

(277) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 228.

(278) RUBIO CORREA, Marcial: *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, T. I, p. 281.

La vulneración del secreto y de la inviolabilidad de las comunicaciones, apunta GARCÍA TOMA [279], se puede producir a través de una pluralidad de acciones. Entre ellas son citables las cuatro siguientes: a) *incautación*: toma de posesión oficial y forzosa de una comunicación; b) *sustracción*: toma de posesión subrepticia y oculta de una comunicación; c) *interferencia:* conocimiento de una comunicación a través del acceso a imágenes, o de intromisión oculta en las emisiones radiofónicas; y, d) *interceptación:* toma de posesión una comunicación a través de su apoderamiento físico durante el proceso de enlace entre el emisor y el receptor. Estos medios (postales, telegráficos, radiales, televisivos, a los que hay que agregar el uso de la informática), dice el mencionado autor, solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos –según sea el caso– por personas distintas a su destinatario –o por aquellas a las que se tenga a bien participar–, únicamente cuando exista un mandamiento motivado por autoridad competente.

Sobre esa base se dictó la Ley N° 27697, de 12 de abril de 2002, circunscrita a la investigación preliminar y a la instrucción judicial. Esta medida solo puede dictarse en delitos concretos: secuestro agravado, tráfico de menores, robo agravado, extorsión agravada, tráfico ilícito de drogas, asociación ilícita, delitos contra la humanidad, atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria, peculado, corrupción de funcionarios, terrorismo, y delitos tributarios y aduaneros.

La Ley, en primer lugar, define lo que se entiende por comunicación. Se trata de "cualquier forma de transmisión del contenido del pensamiento, o de una forma objetivada de este, por cualquier medio [...] no interesa que el proceso de transmisión de la comunicación se haya iniciado o no"; el *medio* es cualquier "soporte material o energético en el cual se porta o se transmite la comunicación".

La resolución judicial y el procedimiento de intervención son secretos. La efectividad de este acto depende esencialmente del desconocimiento del mismo por los sujetos pasivos. No es razonable, en consecuencia, ni que el auto que acuerde el acto sea notificado al imputado o procesado, ni tan siquiera que, aun prescindiendo de tal notificación, esa persona puede tomar conocimiento de las actuaciones. Su intervención tendrá lugar *ex post ipso*, en la última parte de la fase de control[280].

---

[279] GARCÍA TOMA, Víctor: *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*, Universidad de Lima, Lima, 1998, p. 95.

[280] ORTELLS RAMOS, Manuel, en: MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho Jurisdiccional*, T. III (*Proceso penal*), Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 166-167.

B. De las comunicaciones telefónicas, radiales, electrónicas y similares

La intervención de comunicaciones, tratándose en lo específico de comunicaciones telefónicas, radiales, electrónicas y similares, desde la perspectiva de su procedimiento, se desenvuelve en dos fases: la recolección y el control, a cargo del Ministerio Público, y previa orden judicial –siempre fundamentada, con los datos necesarios de identificación de la modalidad de la medida requerida y con los recaudos indiciarios respectivos– dictada a solicitud del Fiscal o del Procurador Público cuando corresponda. La modulación de la intervención está en función a la naturaleza de las comunicaciones intervenidas o intervenibles, siendo de tomar en cuenta –entre otros factores– si la comunicación es determinada o indeterminada, si ya se dio o se dará en el futuro, si es accesible a toda persona o si se encuentra cerrada o encriptada. La medida está sujeta a un plazo: seis meses, prorrogables –según las necesidades de la investigación– a solicitud del requirente.

El Fiscal, en la fase de recolección, podrá contar con el auxilio del personal del Ministerio Público, de la Policía y de personas naturales o jurídicas expertas en esa actividad, que quedan obligados a guardar reserva sobre la información a la que acceden. La Ley no indica cómo es la recolección y las reglas de documentación y registro. Empero, como es obvio, ello implica el procedimiento de supervisión y registro de la comunicación, esto es, la grabación de las comunicaciones y su trascripción en un acta, conservándose las fuentes originales de grabación, asegurando su inalterabilidad y su posterior identificación.

La fase de control, que inclusive puede ser periódica, es decir, antes que culmine la fase de recolección propiamente dicha, corresponde al Fiscal. Igualmente, la ley no precisa los mecanismos de control y de ulterior intervención del afectado. Sin embargo, por la naturaleza de la medida, esta fase atraviesa dos momentos: 1) Revisión de todas las grabaciones y actas, a fin de discernir lo que es útil a la investigación, las cuales deben registrarse. También es evidente que deben registrarse las grabaciones que contuvieran informaciones relevantes para otros procedimientos en tanto pudieren constituir un hecho punible, en tanto que el numeral 11) del art. 2° de la Ley ordena la comunicación de este descubrimiento al Juez competente para que disponga lo pertinente a los efectos de su utilización donde corresponda. Las comunicaciones impertinentes serán entregadas, en su oportunidad a los afectados, destruyéndose toda la trascripción o copias de ellas. 2) Cumplido ese momento del control, se notificará al afectado, quien puede recurrir de la autorización judicial, así como solicitar una audiencia para examinar sus resultados y hacer valer sus derechos, y en su caso impugnar las decisiones dictadas en ese acto.

C. De las comunicaciones postales

La Ley, pese a lo que se advierte en el Derecho comparado, no ha sabido diferenciar esta clásica forma de comunicación, pues su característica esencial estriba en que está referida a la correspondencia epistolar. Por comunicación postal, ha de entenderse, según CALDERÓN y CHOCLÁN, no solo las cartas –correspondencia epistolar–, sino todo género de correspondencia postal –paquetes postales–, en tanto que se trata de envíos que permiten remitir mensajes o efectos personales de carácter confidencial –tienen connotación personal o íntima que no puede ser investigada, si no es con la previa autorización judicial–. Estos envíos pueden facturarse utilizando la vía del servicio postal de correos y por extensión de entidades privadas que ofrezcan análogos servicios.

Es de entender que si se trata de objetos abiertos y de paquetes cursados bajo la modalidad de "*etiqueta verde*" –que pueden ser abiertos para inspección– (Convenio sobre paquetes postales suscrito en Washington el 14 de diciembre de 1989) no se requiere formalidades especiales ni orden judicial[281]. Por otro lado, como refiere ORTELLS RAMOS, cuando la comunicación postal se encuentra en poder del destinatario o cuando el remitente aún no la ha puesto en circulación, no se está ante un caso de control de las comunicaciones, porque para este fin la comunicación debe estarse desarrollando[282], en cuyo caso se inmoviliza el documento y se pide orden judicial para su incautación y ulterior apertura. En igual sentido, si se trata de comunicaciones telegráficas ya verificadas, la orden judicial consistirá en la entrega de copias de telegramas transmitidos.

En este caso, la "recolección" adquiere la modalidad de interceptación o detención. Ello significa una interrupción (y desviación hacia el Fiscal) del curso que habitualmente sigue una correspondencia desde el momento que es enviada por el remitente hasta el momento en que es recibida por el destinatario [283]. Como anota GIMENO SENDRA, esta modalidad importa la aprehensión física del soporte que se remite, bien mediante transporte del objeto a través del cual se produce (carta, paquete, encomienda, etc.), bien mediante la transmisión por vía telegráfica o por fax de un mensaje[284].

La fase de "control" en este caso importa la realización de dos diligencias: la *diligencia de apertura* y la *diligencia de examen*. La primera diligencia

---

[281] CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 228-229.

[282] ORTELLS RAMOS, en: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III, 1991, p. 190.

[283] CAFFERATA NORES: *Medidas de coerción en el proceso penal*, cit., pp. 155-156.

[284] GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 458.

consiste en abrir la correspondencia y leerla, levantando el acta respectiva y asegurando el documento. La segunda diligencia requiere, en primer lugar, la comunicación al afectado y el examen de sus resultados, a partir de lo cual podrá impugnar la orden de interceptación y, en su caso, las decisiones adoptadas durante el examen de los resultados de la lectura y registro.

5. REGISTRO E INCAUTACIÓN DE DOCUMENTOS PRIVADOS

El citado art. 2°.10 de la Constitución también hace referencia, de un lado, a los documentos privados y, de otro lado, a los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos.

Si se considera que dentro del concepto de *comunicación*[285] se encuentran las cartas y los paquetes postales, en rigor, la correspondencia epistolar que se *intercepta* (según la Casación argentina –Cas. de 23 de diciembre de 1999–, por ejemplo, *interceptar* significa apoderarse de una cosa antes de que llegue al lugar o a las personas destinatarias[286]) y, luego, se procede a su *apertura* para su ulterior lectura e incorporación vía *incautación* a la causa, el *documento privado* por obvias razones debe delimitarse no comprendiendo dichos supuestos.

GARCÍA TOMA considera que la noción "*documento privado*" incluye a los escritos, impresos, fotocopias, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, reproducciones de audio y demás objetos que *contengan o representen algún hecho, alguna actividad humana*, etc.[287]. RUBIO CORREA entiende por documento privado todo tipo de material que tiene *contenido que puede ser intelegido por las personas* (documentos escritos, discos de computadora, grabaciones de sonido, magnetofónicas o digitales, entre otros)[288]. Ambas descripciones son, por lo demás, las que acoge el Código Procesal Civil, pues nos dice, de un lado, que documento es todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho (ex art. 233°) y, de otro lado, que son documentos los escritos, impresos, fotocopias, facsímil o fax, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, microformas, y otras reproducciones de audio o video, la telemática en general (ex art. 234°).

---

(285) Un concepto amplio de comunicación la expresa RUBIO CORREA (*Estudio de la Constitución Política de 1993*, cit., T. I, p. 281), que esta por definición es el intercambio de ideas entre un humano emitente y un humano receptor.

(286) D'ALBORA, Francisco J.: *Código Procesal Penal de la Nación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 507.

(287) GARCÍA TOMA: *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*, cit., p. 95.

(288) RUBIO CORREA: *Estudio de la Constitución Política de 1993*, cit., T. I, p. 282.

Es claro, como recuerda RAMOS MÉNDEZ, en ciertas infracciones penales el documento puede ser el mismo cuerpo del delito o un instrumento necesario[289], o como –decimos nosotros– puede constituir un elemento de prueba para acreditar una conducta punible o la vinculación del poseedor del mismo o de otros allí mencionados en un delito. En estos casos, la incorporación del documento a la causa parece obvia.

La Constitución garantiza el secreto documental, es decir, la facultad de mantenerlos con sigilo y con reserva del conocimiento y atención de terceros[290]. El documento, anota RUIZ MIGUEL, puede ser algo propiamente íntimo de la persona: diario personal, documentos que contienen recuerdos, meditaciones, reflexiones, o puede contener secretos dirigidos a otros para su conocimiento particular sin constituir correspondencia[291]. Ahora bien, desde la perspectiva de la restricción de ese derecho con fines de investigación penal, la norma suprema formula tres previsiones: a) la incautación solo procede por orden judicial, con las garantías previstas en la ley; b) en caso se proceda a su incautación, debe guardarse secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen; y, c) si se obtienen con violación de dicha norma (ex art. 2°.10 Const.) no tienen efecto legal.

En tanto está de por medio un derecho fundamental diferente al derecho de propiedad (ex art. 2°.16 Const.), como es el secreto documental (ex art. 2°.10 Const.), la propia norma suprema no homologa su tratamiento. Por ello, exige taxativamente –a diferencia del derecho de propiedad– una previa decisión judicial para el secuestro o incautación, que sin duda puede estar precedida de una medida menos intensa, que inclusive puede ser suficiente a los efectos perseguidos, como es la orden de exhibición o presentación (ex arts. 153° CPP 1991 y art. 164° Proyecto CPP 1997), calificada por CLARIÁ OLMEDO, como una medida de coerción real subsidiaria o complementaria[292].

El problema operativo se presenta cuando se descubre un documento privado en el curso de un registro personal, requisa o perquisición personal, que generalmente es una diligencia propia de la Policía, ya sea en funciones de policía judicial o incluso prevencional. Es claro, en atención a lo dispuesto por la norma constitucional, que el documento no puede incautarse, pero asimismo es evidente que no puede dejarse en poder del afectado en tanto guarda relación con una infracción penal. La incautación o secuestro consiste

---

(289) RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El proceso penal. Sexta lectura constitucional*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 148.

(290) GARCÍA TOMA: *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*, cit., p. 94.

(291) RUIZ MIGUEL: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, cit., p. 102.

(292) CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 413.

en la aprehensión y retención de bienes relacionados con el hecho que se investiga, e implica que se priva al poseedor de su tenencia y que quedan en custodia a disposición del tribunal [293]. Esta medida, por tanto, no puede ser ejecutada sin orden judicial previa, para lo cual es de configurar una medida coercitiva provisionalísima que asegure que el documento no sea desaparecido o alterado y, a su vez, que el juez pueda decidir –a la luz de los recaudos que se le envíen– si dicta o no la orden de secuestro o incautación. En rigor, se trata de instituir una medida anticipada similar a la relación existente entre la detención preliminar y detención judicial o prisión preventiva.

Una medida que ya ha ensayado nuestro ordenamiento jurídico cuando no es posible la incautación es la que tiene por objeto los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos de una persona jurídica. El art. 62°.7 del Código Tributario dispone que cuando la Administración presuma la existencia de un delito tributario podrá *inmovilizarlos* por un tiempo determinado y solicitará a la autoridad judicial la incautación correspondiente. La medida instrumental de *inmovilización documental*, asimismo, ha sido prevista a los efectos de la investigación penal como anticipatoria a la *incautación documental* –necesariamente judicial– en el art. 1°.9 de la Ley N° 27934, cuyos antecedentes se encuentran en los arts. 106°.9 del CPP 1991 y 109°.9 del Proyecto CPP 1997.

La *inmovilización documental* puede definirse como una medida instrumental, menos intensa que la incautación, de carácter provisionalísima, en cuya virtud la autoridad policial o fiscal retiene un documento privado y lo pone inmediatamente a disposición judicial para que decida su incautación o su cesación y devolución a su poseedor. Inmovilizar es, pues, retener un bien a efectos que el juez decida su incautación o secuestro; no necesariamente implica que un documento se retenga en el lugar en que se encuentra, puesto que si el volumen de los mismos lo permite deberá ser trasladado al Despacho Judicial para su examen y decisión. Otro supuesto de inmovilización es la denominada *inmovilización de cosas muebles*, a que hace referencia, por ejemplo, el art. 167° CPP 1991, que constituye una forma de incautación aplicable cuando la cosa mueble –por su naturaleza o dimensión– no puede ser trasladada para su depósito.

Un caso distinto a los documentos privados y, por tanto, fuera del ámbito de protección constitucional directa, se presenta cuando se trata de documentos o archivos públicos, de documentos secretos o de documentos diplomáticos. El art. 184° CPP resuelve los dos problemas iniciales. El Jefe de la dependencia concernida es quien debe exhibir o entregar un documento

---

[293] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 377.

que se encuentra en un archivo oficial. Existe implícitamente una obligación de exhibición y entrega de documentos públicos que se encuentren en una dependencia estatal u oficial; el Juez decidirá, a tenor su examen *in situ*, si los secuestra o incauta. Ahora bien, si se alega por el funcionario titular de la dependencia objeto de la perquisición que los documentos exigidos contienen secretos oficiales, el Juez debe recabar la autorización del Ministro del ramo, quien puede negarse a proporcionar los documentos implicados o limitarse a dar copia de la parte del documento que pueda interesar a la justicia. El art. 153° del CPP 1991 se limita a decir que en esos casos el Juez se dirigirá al Ministerio correspondiente solicitando información sobre la excusa invocada, aunque pareciera que finalmente la decisión del secreto corresponde al Juez, quien debe realizar un juicio de proporcionalidad sobre el particular, empero la tendencia más consolidada, v. gr.: el modelo italiano, es que se trata de documentos no secuestrables –salvo que estén vinculados a una alteración del orden constitucional–, y que la decisión política no es controlable judicialmente(294).

Los documentos diplomáticos, esto es, correspondientes a Estados extranjeros que se encuentran en poder de legaciones diplomáticas no pueden ser revisados y, menos, objeto de presentación e incautación. Así lo dispone la Convención de Viena sobre inmunidades diplomáticas. Igualmente, no son secuestrables los documentos relacionados con el secreto profesional (ex art. 2°.18 Const.), por ejemplo en una relación de cliente a abogado, salvo que se trate de documentos pertinentes al delito o relacionados con él, porque su envío o entrega al defensor no atiende al desempeño de su cargo, sino a la ocultación del delito o de su prueba(295).

6. LA INSPECCIÓN CORPORAL

Es desde todo punto de vista evidente que, en determinados casos y delitos, resulta indispensable realizar medidas de investigación que pueden incidir en el cuerpo humano. Una de las medidas menos intensas es la *inspección corporal*, en el que el derecho afectado es el derecho a la intimidad personal, reconocido en el art. 2°.7 de la Constitución. Otra medida es la *intervención corporal*, en que el derecho afectado, apunta GIMENO SENDRA, es el derecho a la integridad corporal del art. 2°.1 de la Constitución(296).

---

(294) Cfr.: CORDERO: *Procedimiento penal*, cit., T. II, p. 167.

(295) LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: *Proceso penal comentado*, Editorial Jurídica Continental, Costa Rica, 1998, p. 475.

(296) GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 466.

Implican una inspección corporal, en cuanto importa un género de reconocimiento sobre el cuerpo humano, los exámenes dactiloscópicos o antropomórficos e, inclusive, el reconocimiento en rueda del imputado, sin embargo, no afectan su intimidad. Otra cuestión es la de los denominados "cacheos" y, en rigor, si estos importan registros anales y vaginales, donde la intimidad, "en cuanto derecho de la personalidad en cuyo ejercicio el sujeto aspira a tomar decisiones dirigidas a su autorrealización personal", se ve afectada pues estos registros inciden en las partes íntimas del cuerpo.

El *cacheo,* según Ángel GIL HERNÁNDEZ, es el acto de palpar superficialmente, al tacto manual, el perfil corporal del sospechoso de haber cometido un delito, con la finalidad de detectar armas u otros instrumentos peligrosos, de detectar piezas de convicción o efectos de la sospechada infracción penal, y caracterizado por realizárse por agentes de la autoridad y en un momento, por lo general, previo a la apertura del proceso penal [297]. Este registro personal, previsto en el art. 237° del Código de 1991, es claro que no afecta ostensiblemente la intimidad personal o alcanza profundamente un elemento subjetivamente íntimo (su objeto mediato es la identificación del delincuente), empero como de todas maneras se interviene a una persona afectándose levemente su espacio de libertad ambulatoria y se genera molestias en su ámbito personal, su realización exige "(...) motivos suficientes para presumir que en su cuerpo o ámbito personal presenta u oculta cosas relacionadas con el delito y, antes, la invitación de exhibición del objeto buscado" (art. 237°). Esto último traduce, al decir de GIL HERNÁNDEZ, el respeto a los principios de proporcionalidad y racionalidad (actuación racionalmente justificada en el caso concreto) y que no se rompa el equilibrio entre el derecho y su limitación[298].

Sobre el particular, Eduardo DE URBANO CASTRILLO[299] da cuenta de la vigente jurisprudencia española que declara la legitimidad del *cacheo*, cuando se sustenta: a) en racionales motivos para creer en la existencia de un hecho con perfiles delictivos y la participación en ella del detenido dadas las circunstancias del lugar de detención, confidencias sobre su presunta dedicación al tráfico de drogas y que al dirigirse los agentes policiales hacia él, se introdujo algo en la boca; y, b) en simples sospechas, siempre que estas no sean ilógicas, irracionales o arbitrarias, tales como haberse sometido a *cacheo* a un sospechoso en lugar también sospechoso, encontrándose una cantidad relativamente importante de droga.

---

[297] GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., p. 69.

[298] GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., p. 76.

[299] DE URBANO CASTRILLO *et al.*: *La prueba ilícita penal*, cit., p. 131.

La *inspección anal y vaginal*, sin duda, compromete la dignidad personal. En este caso, el art. 237° del Código de 1991 y, en lo pertinente, el art. 268° del Proyecto de 1995, señala: a) que la revisión se hará respetando en lo posible el pudor de la persona; y, b) que el encargado de realizarla será otra persona del mismo sexo, salvo que ello importe demora en perjuicio del proceso. Según el art. 106°.3 del Código de 1991 este registro también puede ser realizado por la policía, a la que no debe escapar el cumplimiento de un requisito esencial, la *urgencia* y *necesidad* de la medida, es decir, indispensabilidad que el *"cacheo"* se realice inmediatamente, antes de la llegada del Ministerio Público, sin perjuicio del cumplimiento del requisito de *proporcionalidad* y *racionalidad* de la medida, así como de la instauración de un procedimiento de ejecución respetuoso con el pudor del intervenido, lo que requiere, en primer lugar, que el acto se realice en condiciones mínimas de privacidad y, en segundo lugar, que lo lleve a cabo personal cualificado –preferentemente sanitario– del mismo sexo que el destinatario de la medida.

Si como consecuencia del *cacheo* o, a continuación de este, se procede a la inspección vaginal o anal, el procedimiento de ejecución de la medida debe incluir, reza el art. 268° del Proyecto de 1995, el levantamiento de un acta, donde se anotarán las incidencias de la medida y, en su caso, el secuestro de las cosas relacionadas con el delito. Un requisito obvio de esta medida, si es que circunstancias de urgencia lo impidan, es la presencia del abogado defensor del intervenido.

7. LA INTERVENCIÓN CORPORAL

RIVES SEVA define las intervenciones corporales como una medida de investigación que se realiza sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento, y por medio de la coacción directa si es preciso, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él[300]. Esta medida, que importa la realización de actos de investigación en el propio cuerpo, se justifica, señala GIL HERNÁNDEZ, en los constantes avances técnicos y científicos en la investigación y averiguación de los delitos, provenientes del campo de la medicina legal o de la Policía Científica –análisis de ADN, pruebas psicométricas, heredobiológicas, Rayos X, narcoanálisis– que aportan datos decisivos para fijar los elementos de los delitos y su posible autor[301].

---

[300] RIVES SEVA, Alfonso Pablo: *La prueba en el proceso penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 223.

[301] GIL HERNÁNDEZ: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, cit., p. 37.

Sin embargo, su utilización será posible, rezan las "Reglas de Mallorca", solo cuando no exista otro medio para descubrir el presunto delito y, siempre, atendida la gravedad del delito y la falta de peligro para la salud del afectado.

El art. 76° del Proyecto de 1995 regula específicamente la intervención corporal. En cuanto acto de investigación corporal, que afecta el derecho fundamental a la integridad física (art. 2°.1 de la Constitución), la somete al principio de legalidad, pero siguiendo el modelo germano la divide en *leves* o banales y *graves*. Es de identificar como posibles actos de intervención corporal la realización de exámenes de identificación técnico-policial, que requieren la toma de huellas y de fotografías; la realización de exámenes médicos, radiológicos y/o ecográficos, que requieren cortes de pelo, barba, etc.; la realización de exámenes químicos, que requieren extracción de sangre, orina u otros fluidos corporales, así como punciones lumbares o extracción del líquido encéfalo-raquídeo.

Las medidas de intervención corporal leves importan, enfatiza GIMENO SENDRA, la extracción de elementos externos de cuerpo humano, siempre que por las características del destinatario no corra peligro su salud[302]. En este caso la medida puede ser realizada por el Fiscal o la Policía con conocimiento del primero. Su ejecución requiere intervención de un experto o profesional sanitario, cuya opinión, acerca de lo riesgoso de la medida, será determinante para recabar o prescindir la orden judicial.

Las medidas de intervención corporal graves son las que pueden poner en peligro el derecho a la salud u ocasionar sufrimientos a su destinatario, por ejemplo: una punción lumbar o extracción de líquido encéfalo-raquídeo. En estos casos, y cuando *prima facie* se reputa riesgosa tal intervención, es necesaria la correspondiente autorización judicial. El Juez decidirá, previa pericia médica, con absoluto respecto al principio de proporcionalidad.

En ambos casos, sea que la intervención fuera leve o grave (el límite de esta última es que la medida no entrañe riesgos a la salud del examinado y se realice por personal sanitario), es posible realizarla coactivamente, aun contra la voluntad del intervenido. Sobre el particular es de acotar que una intervención en tales condiciones no vulnera el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, puesto que en estos casos no se obliga al examinado a que emita una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, verdadera esencia de dicho derecho fundamental, sino simplemente a tolerar que se le haga objeto de una modalidad de intervención, exigiéndole una colaboración no equiparada a la cláusula de no autoincriminación.

---

(302) GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 468.

Cuando se trate de intervenciones corporales, siempre que no exista fundado peligro que la prueba se perjudique si no se realiza inmediatamente, lo que no se puede decir de las intervenciones corporales graves, la presencia de abogado defensor no resulta indispensable. En todos los demás casos, en tanto no exista urgencia y siempre que la medida sea grave, resulta imprescindible, bajo sanción de ineficacia procesal (prueba ilícitamente obtenida) la intervención del abogado defensor del imputado, a quien se le citará previamente. Su inconcurrencia, pese a la notificación correspondiente, autoriza a llevar a cabo la diligencia sin su presencia.

8. EL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO BANCARIO Y DE LA RESERVA TRIBUTARIA

El art. 2°.5 de la Constitución reconoce como derecho fundamental el derecho de toda persona a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Este derecho –predicable para cualquier persona–, sin embargo, no es absoluto, puesto que la Ley Fundamental excluye que se proporcione información en tres supuestos: a) afectación de la intimidad personal; b) compromiso a la seguridad nacional; y, c) en los casos en que la ley expresamente así lo considere (se entiende en este supuesto que el legislador ordinario solo puede limitar el derecho, sin dejarlo vacío de contenido, en aquellos casos en que la entrega de la información lesione –en principio– otro bien jurídico constitucionalmente protegido, incorporando a su vez los necesarios controles para permitir la debida ponderación en sede judicial con arreglo al principio de proporcionalidad).

Dentro de esa misma línea, el segundo párrafo del citado art. 2°.5 de la Constitución reconoce como excepciones al derecho a recibir información de entidades públicas, las referentes a la actividad bancaria y tributaria de las personas, que por cierto se reconducen dentro del complejo de derechos vinculados a la intimidad personal. El secreto bancario y la reserva tributaria, cuya definición de su ámbito queda librada al legislador ordinario, sin embargo, tienen un carácter relativo, puesto que pueden levantarse a instancia judicial, del Fiscal de la Nación y a una Comisión Investigadora del Congreso *"...con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado"*.

A. Del levantamiento del secreto bancario

El art. 142° de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, de 9 de diciembre de 1996, determina la información no comprendida dentro del secreto bancario, que es la información de carácter global. Entre ellas, precisa: a) la proporcionada por la Superintendencia al Banco Central

de Reserva y a las empresas del sistema financiero para usos estadísticos y la formulación de la política monetaria y su seguimiento; b) la suministrada a bancos del exterior con los que se mantenga corresponsalía o que estén interesados en establecer una relación de esa naturaleza; y, c) la divulgación de información sobre las sumas recibidas de los distintos clientes para fines de liquidación de la empresa.

A su vez, el art. 143° de la citada ley incorpora cinco supuestos en los que se puede levantar el secreto bancario. Dicha norma no solo hace mención –como es tradicional y lo reconoce el principio de proporcionalidad– al levantamiento del secreto bancario por orden judicial; también incorpora como órganos habilitados para levantarlo, con expresa mención constitucional, al Fiscal de la Nación y al Presidente de una Comisión Investigadora del Congreso. Asimismo, aunque sin cobertura constitucional específica, señala que el secreto bancario puede levantarse por disposición del Superintendente en el ejercicio de sus funciones de supervisión (¿justifica el levantamiento del secreto bancario de las personas, en cuanto derecho constitucional, la potestad de la SBS de ejercer el control de las empresas bancarias a que hace referencia el art. 87° del Código político?).

En esa perspectiva polémica el art. 140°, luego de precisar que *el secreto bancario comprende las operaciones pasivas que las empresas del sistema financiero tienen con sus clientes*, excluye del mismo a "(...) los movimientos sospechosos de lavado de dinero o de activos a que se refiere la Sección Quinta de esta Ley, en cuyo caso la empresa está obligada a comunicar acerca de tales movimientos al Fiscal de la Nación". En realidad, en este caso, la ley impone a los funcionarios y a las propias empresas del sistema financiero un deber de denuncia, bajo un principio muy claro, en rigor un *deber de garante de la indemnidad del propio sistema financiero*, vinculado a lo que se denomina en el ámbito internacional "conocer a su cliente", que por lo demás predetermina en los casos de omisión de denuncia un supuesto de dolo eventual para la comisión del delito de blanqueo o lavado de activos, previsto y sancionado por la Ley N° 27765, de 27 de junio de 2002.

El levantamiento judicial del secreto bancario está sujeto a dos condiciones: a) que el juez lo solicite "en el ejercicio regular de sus funciones", es decir, en el curso de un proceso judicial iniciado o por iniciarse (supuestos de investigación preliminar); y, b) que la información sea requerida a un proceso o acto de investigación determinado y que en él sea parte el cliente de la empresa a quien se contrae la solicitud (ello significa que el pedido judicial se cursa a una empresa en particular y no a la SBS). Este último requisito, sin embargo, constituye una limitación a la prescripción constitucional,

desde que ella solo se refiere al caso investigado y no necesariamente que en el "caso investigado" sea parte el cliente del banco.

El art. 172° del Proyecto de 1995, de fuente italiana, luego de permitir el levantamiento del secreto bancario "(...) cuando sea necesario para el esclarecimiento de los hechos (...) y que tengan (...) relación con el hecho punible y que resulte indispensable y pertinente para los fines del proceso" y de circunscribir la potestad judicial no solo a las informaciones –en rigor, pedido de informes (art. 264° del mismo Proyecto de 1995)–, sino también al secuestro de documentos, títulos valores, sumas depositadas y cualquier otro bien (esto último se vincula al secreto documental que integra la noción de intimidad personal) precisa que el ámbito de la facultad judicial se extiende a los bienes que no pertenezcan al imputado o que no se encuentren registrados a su nombre.

En tanto se trata de una orden judicial, las empresas del sistema financiero están obligadas a proporcionar inmediatamente la información correspondiente y, en su momento, las actas y documentos, incluso su original, si así se ordena, y todo otro objeto vinculado al proceso que detenten por razón de su actividad.

Como existen operaciones no comprendidas en el secreto bancario, los requerimientos de información pueden provenir del Fiscal Provincial, en cuya virtud las empresas del sistema financiero están obligadas a proporcionar.

Si la orden judicial implica secuestro de "(...) documentos, títulos valores, sumas depositadas y cualquier otro bien (...)", corresponde al Fiscal, decretada la orden judicial (la potestad de requerimiento directo del Fiscal sólo alcanza al pedido de informes), levantar el acta correspondiente en la forma prescrita para el secuestro de correspondencia y documentos privados.

La Ley N° 27379, de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos, en su art. 2°.5, permite al Juez levantar el secreto bancario a solicitud del Fiscal Provincial. El objeto de la medida son las cuentas vinculadas con el investigado, así no figuren o estén registradas a su nombre (sin duda una noción más amplia que la prevista en la Ley de Banca ya analizada). Asimismo, la medida de levantamiento, que permite descubrir fondos probablemente delictivos, es una medida anterior o presupuesto de otra de carácter real, que es el *bloqueo e inmovilización* de las cuentas, que se dicta en la medida en que se descubran fondos que es del caso retener ya sea con fines probatorios (inmovilización instrumental) o con fines de decomiso (inmovilización cautelar), y que pueden durar, en el caso de la investigación preliminar, hasta quince días y, en sede judicial, ilimitadamente hasta las resultas del proceso.

B. Del levantamiento de la reserva tributaria

El art. 85° del Código Tributario, en su texto aprobado por el Decreto Legislativo N° 816, de 15 de abril de 1996, modificado en su inc. d) por el art. 5° de la Ley N° 27296, de 6 de julio de 2000, dicho mes y año, sanciona que tienen carácter reservado la cuantía, la fuente de las rentas, los gastos, la base imponible o, cualesquiera otros datos relativos a ellos, cuando estén contenidos en las declaraciones e informaciones que obtengan por cualquier medio de los contribuyentes, responsables o terceros. Dicha norma, en cuatro incisos, exceptúa la reserva tributaria, las tres últimas vinculadas al accionar propio de la Administración Tributaria (expedientes de procedimientos tributarios, publicación de datos estadísticos de carácter global y publicación de los contribuyentes y/o responsables, de sus tributos y de su deuda exigible).

El inc. a) del citado art. 85° del Código Tributario reconoce explícitamente la medida instrumental del levantamiento de la reserva tributaria. Esta medida comprende la orden judicial de exhibición de documentos y declaraciones tributarias, circunscrita a los procesos penales que se instauren (también se extiende a los procesos contencioso-administrativos tributarios, y a los civiles de alimentos y disolución de la sociedad conyugal), siempre que se refieran al caso investigado. La exhibición se tiene por cumplida, reza el segundo párrafo del art. 260° del Código Procesal Civil, cuando se acompañan copias completas debidamente certificadas de los documentos ordenados. Es obvio que la persona cuyo derecho a la reserva tributaria se limite por orden judicial debe estar procesada o, cuando menos, debe haber indicios vehementes de vinculación delictiva, que haga tolerable la afectación de tal derecho constitucional.

El art. 173° del Proyecto de Código de 1995, en la misma línea del art. 85° del Código Tributario, condiciona el levantamiento de la reserva tributaria a que "(...) resulte necesario para el esclarecimiento del hecho punible". Sobre esa base, la potestad judicial importa requerir a la Administración Tributaria la exhibición o remisión de información, documentos y declaraciones de carácter tributario que tenga en su poder, en cuyo caso esta deberá exhibir o remitir en su caso la información, documentos o declarados ordenados.

El art. 85° del Código Tributario, en armonía a lo dispuesto en la Constitución, permite que el Fiscal de la Nación, en los casos de presunción de delito, ordene el levantamiento de la reserva tributaria; de igual manera, autoriza a la Comisión de Fiscalización o a una Comisión Investigadora del Congreso a hacer lo propio, siempre que la medida esté causalmente vinculada al caso investigado. En cuanto al Fiscal de la Nación, tal medida sólo

será posible en los casos en que el órgano máximo del Ministerio Público esté adelantando una investigación especial que legalmente le esté asignada, siendo un supuesto taxativo el de enriquecimiento ilícito de funcionarios o servidores públicos (art. 41° Const.), puesto que si la investigación ya está intervenida judicialmente, la orden sólo puede provenir del juez competente, toda vez que de lo contrario se produciría un claro caso de interferencia en las funciones judiciales, proscrita por el art. 139°.2 de la Constitución.

La Ley N° 27379, de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos, en su art. 2°.5, también permite al Juez levantar la reserva tributaria a solicitud del Fiscal Provincial. La orden puede comprender, no sólo al individuo imputado, sino también a las empresas o personas jurídicas que por cualquier razón están vinculadas al investigado. El objeto de la medida es la remisión al Fiscal de todo tipo de información, documentos o declaraciones de carácter tributario.

9. EL SECUESTRO O INCAUTACIÓN Y LA EXHIBICIÓN FORZOSA DE COSAS

El derecho de propiedad (art. 2°.16 de la Constitución) también puede ser limitado cuando resulte necesario para el esclarecimiento del hecho punible objeto de investigación. Debe tratarse de un bien o una cosa "(...) relacionada con la investigación (...)", cuya ocupación sea indispensable para el éxito del fin de averiguación impuesto a la autoridad titular de la instrucción. Es la medida coercitiva de mayor trascendencia para la adquisición de la prueba material en el proceso, que permite el aseguramiento oficial de objetos a través de la fuerza estatal, el mismo que puede efectivizarse a través de una entrega voluntaria, de un hallazgo y consiguiente ocupación por la autoridad, y de un forzamiento de la entrega, al no ser los bienes presentados o entregados por el obligado a hacerlo[303].

El secuestro o incautación –términos sinónimos– consiste en la aprehensión de una cosa, en su ocupación, por orden judicial, con el objeto de asegurar el cumplimiento de su función específica: la investigación de la verdad y la actuación de la ley penal[304]. En tal virtud, el secuestro o incautación puede tener un carácter instrumental o un carácter cautelar, según esté destinado a adquirir y conservar material probatorio útil a la investigación o a la imposición de una medida penal: el decomiso, previsto en el art. 102° del Código Penal.

---

[303] ROXIN: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 298-300.

[304] CAFFERATA NORES: *Medidas de coerción en el proceso penal*, cit., p. 125.

El secuestro cautelar –que se abordará cuando se estudien las medidas cautelares reales– procede contra "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". El secuestro instrumental, en cambio, se circunscribe a las cosas que pueden servir de medios de prueba. Su objeto, por consiguiente, se extiende a las *cosas materiales* (comprendiéndose los cuerpos sólidos, líquidos y gaseosos) o *documentos*, aunque se encuentren fuera del comercio (como el cadáver humano); también se acepta la posibilidad de secuestrar *muebles y semovientes*, pero respecto de los inmuebles y muebles de grandes dimensiones, lo mejor será, con arreglo al art. 167° del Código de 1991, disponer su clausura o su inmovilización(305).

El *secuestro instrumental*, objeto del presente análisis, se circunscribe a las cosas que tengan relación con la prueba del delito, ya sea que se trate de cosas sobre las que ha recaído la infracción penal o cosas que, sin haber sufrido sus consecuencias, contengan sus huellas o las del autor o suministren referencias sobre la filiación, hábitos o antecedentes del autor. También es posible secuestrar escrituras de comparación para los análisis periciales correspondientes, aunque no cabe hacerlo respecto a cosas materiales vinculados a la institución del secreto: oficial y profesional(306).

El Código de 1991, en el Capítulo VII del Título III, prescribe –como regla general para el secuestro instrumental– la orden judicial, dictada a pedido fundamentado del Fiscal y debidamente escoltado con la evidencia mínima correspondiente. Apreciados sus fundamentos y en orden al principio de proporcionalidad el juez dictará o no la medida solicitada; de aceptar la petición del fiscal, el juez dictará una resolución autoritativa, que contendrá, según el art. 157°, la designación concreta de la cosa cuyo secuestro o exhibición se ordene y, de ser necesaria, autorización para obtener copia o fotografía o la filmación o grabación, así como la indicación del ámbito o lugar en el que tendrá lugar el apercibimiento en caso de desobediencia del obligado a facilitar la diligencia. La ejecución de la medida corresponde al Fiscal, que la realizará previa citación de las partes personadas y con el auxilio personal correspondiente.

De lo acontecido en la diligencia de secuestro se levantará acta, describiéndose fielmente lo constatado. CLARIÁ OLMEDO señala que el acta tiene un contenido subjetivo y otro objetivo; desde el punto de vista subjetivo el acta debe contener la mención de los intervinientes en el acto de aprehen-

---

(305) CAFFERATA NORES: *Medidas de coerción en el proceso penal*, cit., p. 126.

(306) LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, pp. 228-230.

sión y posesionamiento de lo secuestrado (el fiscal, el secretario, el auxilio policial y el titular de los objetos secuestrados); desde el ángulo objetivo, el acta debe mencionar el o los objetos secuestrados, describiéndolos uno por uno, indicando en su caso las cautelas que se adopten para su aseguramiento y el depósito de los mismos conforme se disponga(307).

Por otro lado, el citado Código permite por razones de urgencia el secuestro por el Fiscal sin orden judicial. La urgencia se traduce en dos supuestos: a) *peligro por la demora*, es decir, riesgo razonable y fundado que de no actuarse inmediatamente el bien relacionado con el delito se puede perder; y, b) *delito flagrante*, vale decir, que el delito se esté cometiendo en presencia fiscal y sea necesario hacer cesar ese estado antijurídico ocupando la cosa material relacionada con la infracción que se está perpetrando. Una vez efectivizada la medida, el Fiscal solicitará inmediatamente la resolución confirmatoria judicial, la cual se expedirá previo traslado a las partes (art. 314° del Código de 1991). La confirmación judicial procederá siempre que el secuestro se encuentre en los supuestos de urgencia antes glosados y en la medida en que cumpla con los demás presupuestos fijados por la ley: objeto vinculado al delito y necesidad para la instrucción.

El concepto de "peligro por la demora", muy crítico en el Derecho procesal ha sufrido una reducción muy importante, por ejemplo, en el Derecho alemán. El Tribunal Constitucional Federal alemán, en el año 2001, según da cuenta AMBOS, insistió en que la regla en materia de limitación de derechos fundamentales es la ordenación por parte judicial, de suerte que cuando lo haga la policía o la fiscalía, el "peligro por la demora" debe estar fundamentado en hechos referidos al caso concreto, por lo que meras especulaciones, estimaciones hipotéticas o presunciones independientes del caso o basadas únicamente en la experiencia criminalística no son suficientes(308).

El secuestro también puede ser dispuesto por la policía judicial. El art. 106°.11 autoriza a la policía a efectuar, bajo inventario, los secuestros e incautaciones necesarias en los casos de delito flagrante o de peligro inminente de su perpetración. Por consiguiente, en caso de peligro por la demora la policía dará cuenta del hecho a la Fiscalía para que esta disponga el secuestro y, luego, requiera la respectiva confirmación judicial. El Código de 1940 tiene un texto más amplio; el art. 59° reconoce implícitamente el secuestro o incautación cuando dispone que debe poner a disposición del juez "(...) los efectos que se hubiesen incautado". Empero, tratándose de una medida

---

(307) CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 383.

(308) AMBOS, Kai: "Control de la policía por el fiscal *versus* dominio policial de la instrucción", en: *Tribunales de Justicia*, N° 3, marzo, Madrid, 2002, p. 27.

limitativa de derechos fundamentales, sea en el Código de 1940 e incluso en el Código de 1991, necesariamente está sujeta a la ulterior confirmación o revocación judicial. El juez, en estos casos, y más aún en aquellos supuestos en que la ley extiende los poderes de incautación policial –v. gr.: tráfico ilícito de drogas y terrorismo–, de oficio debe pronunciarse acerca de la legalidad y, en su caso, continuación de dicha medida que, como tal, resulta provisionalísima y urgente en aras de la inmediata decisión judicial.

Los objetos secuestrados deben ser asegurados y custodiados o conservados, previo inventario, evitándose con ello su destrucción o alteración hasta tanto presten su eficacia probatoria. El Código no trae mayores normas al respecto, por lo que queda a la decisión judicial adoptar las medidas más apropiadas. Por tanto, según su volumen, pueden ser conservados en una caja de seguridad judicial, en un ambiente del propio Poder Judicial (depósito judicial); si se trata de semovientes o bienes de dimensiones apreciables, por ejemplo, puede ordenarse su depósito y entregarse a un depositario, que inclusive puede ser el propio titular del bien; en este caso, debe estarse a lo que dicen las leyes especiales (si se trata de vehículos, ingresará a un depósito oficial; si son bienes de contrabando, el depósito corresponde a Aduanas; y si se trata de bienes vinculados al delito de tráfico ilícito de drogas el depósito estará a cargo de la Oficina Ejecutiva de Control de Drogas).

En cuanto a la duración del secuestro, este se encuentra condicionado a las necesidades del proceso, por lo que puede cesar antes de la resolución que dé por concluido el proceso. Si no son necesarios para la investigación o actividad probatoria, pueden ser devueltos a su titular, esto es, a la persona de cuyo poder se secuestró. Si se trata de bienes sustraídos y secuestrados, serán entregados al agraviado. Igualmente, serán devueltos si se produce una controversia sobre la restitución o la forma de ella y se declare que los bienes incautados no tienen ninguna relación con el delito. En todos estos casos, precisa el art. 161° del Código de 1991, la devolución procede a título provisional y en calidad de depósito. Una vez culminado el proceso, la resolución definitiva trae aparejada la cesación definitiva del secuestro y la consiguiente devolución de los bienes a su titular.

El art. 162° se pone en un supuesto especial: si se secuestra un bien y no es posible iniciar un procedimiento judicial por no poderse identificar a su autor ni tampoco al perjudicado, transcurridos seis meses dicho bien puede ser rematado ante la Fiscalía que efectuó la incautación y el valor obtenido destinado al Tesoro Público.

El secuestro, sin embargo, no es la única opción para asegurar bienes vinculados al delito. El Código de 1991 también permite la *exhibición forzosa*, que es una medida menos intensa, aplicable cuando el secuestro no es

necesario para los fines del proceso penal. En tal virtud, la persona a quien se ordene la exhibición de una cosa material debe presentarla al Fiscal, quien a su vez debe describir fielmente en el acta lo constatado, sin perjuicio de reproducirlo, empleando el medio técnico disponible (art. 159° *in fine*).

VII. CLAUSURA DE LA INSTRUCCIÓN

1. ASPECTOS GENERALES

La instrucción, como ya se precisó está sometida a un plazo predeterminado. El plazo varía según los códigos. Así tenemos:

1) El art. 202° del Código de 1940, modificado por el Decreto Legislativo N° 126, establecía que el plazo es de cuatro meses, pero excepcionalmente, cuando lo pida el Fiscal (en este caso, el pedido es vinculante al ser el Ministerio Público el responsable de la persecución penal) o el Juez lo decida, el plazo puede ampliarse hasta en un máximo de sesenta días adicionales, mediante decisión debidamente motivada y puesta en conocimiento del Superior Tribunal. Esta norma fue objeto de una última modificación mediante la Ley N° 27553, de 13 de noviembre de 2001, en virtud de la cual, en determinados supuestos asociados a la complejidad de los hechos objeto de investigación, el plazo de prórroga será de ocho meses, el mismo que es expresamente recurrible.

2) El Código de 1991 fija el plazo, en su art. 98°, de ciento veinte días naturales y solo por causas de naturaleza extraordinaria se prorrogará por única vez hasta un máximo de quince días naturales.

Lo común en ambos Códigos es que la prórroga tiene un carácter excepcional. Ello obliga al Instructor a realizar con la celeridad necesaria los actos de investigación indispensables para fijar los hechos y la posible vinculación de los imputados. Solo en supuestos de suma necesidad, cuando el acto de investigación resulta indispensable para establecer la base misma de la imputación, se debe optar por el plazo complementario. En el modelo del Código de 1940, corregido por la Ley Orgánica del Ministerio Público, se reconoce al Fiscal un poder vinculatorio de su requerimiento de ampliación, situación plenamente explicable por el hecho de que el Ministerio Público es el titular de la acusación. En el Código de 1991, la decisión acerca del vencimiento de la investigación es de competencia exclusiva del Fiscal, salvo que el plazo no se cumpla, en cuya virtud el Juez, a instancia de las partes o de oficio, puede intervenir poniendo en su conocimiento esa irregularidad y disponiendo su subsanación; de no efectuarse las correcciones o subsanaciones anotadas, el Juez acudirá al Fiscal Superior para que proceda de

acuerdo a sus atribuciones, es decir, para que ordene lo que corresponda, si es que está de acuerdo con la decisión judicial y, en su caso, imponga la medida disciplinaria que corresponda o inste el procedimiento disciplinario a que hubiere lugar.

Obviamente, la conclusión de la investigación no ha de esperar el vencimiento del término respectivo. En principio, se dará por concluida cuando se hayan acumulado los elementos suficientes para lograr la finalidad de esclarecimiento impuesto por la ley: averiguación de los hechos, identificación del imputado, aseguramiento de las fuentes de prueba y demás evidencias o elementos de convicción, así como aseguramiento de las posibles sanciones penales y responsabilidades civiles. En estos términos, se pronuncian los arts. 196° del Código de 1940, modificado por la Ley N° 24388, y 251° del Código de 1991. La indicada ley modificatoria, Ley N° 24388, introduce otro supuesto de conclusión de la investigación: la confesión del inculpado corroborada con prueba. El art. 136° de dicho Código nos dice que esta situación releva al Juez de practicar las diligencias que no sean indispensables, pudiendo dar por concluida la investigación, siempre que ello no perjudique a otros inculpados o que no pretenda la impunidad para otro, respecto del cual existen sospechas de culpabilidad. Este supuesto, sin embargo, muy bien puede reconducirse al supuesto anterior: acumulación de los actos necesarios para dar por cumplidos los fines de la investigación, lo que explica que en el Código de 1991 no se haya considerado como supuesto independiente.

2. El procedimiento de conclusión sumarial en el Código de 1940

A. Ámbito específico

Corresponde al Juez, en el Código de 1940, decidir la terminación de la etapa de instrucción. Presentados los supuestos antes señalados, por decreto dispone la remisión de la causa al Fiscal Provincial para que dictamine sobre su mérito (arts. 197° del Código de 1940 y 95°.7 de la LOMP). El dictamen, de conformidad con lo dispuesto en el art. 198° del CPP 1940, modificado por la Ley N° 27994, de 6 de junio de 2003, presenta dos particularidades según el estado de la instrucción: en *primer lugar*, si considera que se han omitido diligencias *sustanciales* (indispensables o decisivas para un debido agotamiento de la instrucción), y siempre que anteriormente no se haya ampliado el plazo de la instrucción, devolverá los autos al Juez, indicando las que sean necesarias actuar y pidiendo la ampliación del plazo instructorio; en este caso, es obvio que el Juez acordará el plazo de complemento irremediablemente, en tanto se trata de un pedido vinculante en la medida en que en el Ministerio Público recae la carga de la prueba. En *segundo lugar*, si considera que se han cumplido las diligencias sustanciales, o vencida la

ampliación del plazo de instrucción, emitirá un dictamen, cuyo contenido es: 1) Enumeración de las diligencias solicitadas y de las que se hubiera practicado (indicación de ellas, no la glosa o crítica de su contenido). 2) Indicación de las diligencias que no se hayan actuado. 3) Precisión de los incidentes promovidos y de los resueltos. 4) Opinión sobre el cumplimiento de los plazos. Como se ve, a diferencia de la norma originaria, que exigía un razonamiento acerca del mérito de lo actuado y una conclusión acerca de la responsabilidad o no del imputado, el Fiscal se limita a realizar un informe de control acerca del plazo instructorio y de lo efectivamente realizado, sin valorar su contenido. El objetivo de la norma de simplificar el proceso, en tanto que un informe de mérito es más complejo y demora más, y el entendimiento de que un informe de esas características no tiene mayor significación procesal, explican el cambio legislativo.

Emitido el dictamen fiscal, estipula el nuevo art. 199° (modificado por la Ley N° 27994), corresponde al Juez hacer lo propio en los mismos términos, precisando adicionalmente la situación jurídica de cada imputado. En igual sentido, se pronuncia el art. 53° CPP, modificado por la citada Ley N° 27994, exigiéndole una estricta sujeción a los plazos procesales y un deber de comunicación a la Sala de todas las diligencias que la ley impone.

Anteriormente el art. 200° del CPP 1940 estipulaba que el informe del Juez tenía dos efectos importantes: a) otorgar libertad incondicional al imputado si concordaba con el fiscal acerca de su inocencia; y b) poner en conocimiento del Superior Tribunal y del Establecimiento Penal donde se encuentre el imputado detenido, o notificarlo, bajo apercibimiento de detención, si está con libertad provisional o con comparecencia, siempre que considere que están suficientemente acreditados el delito y su responsabilidad penal. Esa norma ha sido derogada por la Ley N° 27994, lo que es lógico, *primero*, porque ya no existe conclusión acerca de la responsabilidad o inocencia del imputado; y, *segundo*, porque la notificación de la opinión judicial está contemplada en lo dispuesto en el nuevo texto del art. 204° del CPP 1940, establecido por la Ley N° 27994, en cuya virtud los informes del Fiscal y del Juez se ponen de manifiesto en Secretaría por tres días, lo que se notifica a las partes en su domicilio procesal.

El momento final del procedimiento de conclusión sumarial es la elevación de la instrucción a la Sala Penal, acto procesal final del procedimiento de conclusión sumarial. Antes, deben ponerse los autos a disposición de los interesados en el despacho judicial. El art. 203° del CPP 1940, modificado por la Ley N° 27994, fija los plazos para los informes finales: tres días si hay reo en cárcel y ocho si no lo hay, salvo que se trate de un proceso complejo,

declarado conforme al art. 202° CPP, modificado por la Ley N° 27553, en cuyo caso los plazos antes citados se duplican automáticamente.

Finalmente, es de dejar sentado que la conclusión de la instrucción no es dispuesta definitivamente por el Juez. La Sala, durante la etapa intermedia, a solicitud del Fiscal Superior, puede acordar un plazo de complemento, de conformidad con el art. 220°, primer párrafo, del CPP 1940, modificado por la Ley N° 24388. En cuyo caso, una vez actuadas las diligencias ordenadas o vencido el plazo complementario, el Fiscal o Juez deben emitir otros informes finales que comprenderán los extremos fijados en los nuevos arts. 198° y 199° CPP.

Este procedimiento de culminación de la instrucción en el CPP 1940 está determinado para el denominado procedimiento ordinario común, radicado en los delitos graves. Para el denominado procedimiento ordinario abreviado o sumario (Decreto Legislativo N° 124 y Leyes N°s 26689 y 27833), cuyo ámbito competencial alcanza a los delitos menos graves, el Fiscal Provincial no emite informe final, sino que al dictamen se pronuncia por el sobreseimiento de la causa o formula acusación, mientras que el Juez Penal asume el control de la etapa intermedia, a la vez que, en caso de acusación, emite sentencia con el solo mérito de los actuados de la instrucción.

B. La reforma del art. 202° CPP

Según hemos advertido, la regla básica del modelo normativo vigente es que existe un *plazo único*, que se extiende al conjunto de procesos por delitos graves que no revisten complejidad excepcional. La Ley N° 27553, en este caso, no introduce modificación alguna. El plazo básico sigue siendo de cuatro meses.

La modificación está radicada en el *plazo de prórroga*. Según la Ley, a pedido del Fiscal o de oficio, siempre que sea necesario actuar pruebas sustanciales (se entenderá, actos de investigación) para el mejor esclarecimiento de los hechos, puede ser prorrogado hasta en un máximo de 60 días adicionales. Para que esta prórroga sea legal, se requiere una decisión fundada, en forma de auto, y comunicación al Tribunal Superior.

Es claro: a) que pese a que se fija el tiempo en meses y luego en días, el cómputo está referido a días naturales, pues todos los días son hábiles especialmente en la instrucción; y b) que la legitimación para requerir la prórroga solo recae en el fiscal. Respecto de las pautas del procedimiento de conclusión sumarial, c) cabe entender que la prórroga fijada en ese numeral 202° CPP solo tiene su razón de ser si previamente ha vencido el plazo ordinario general. El art. 198° CPP permite al Fiscal requerir la ampliación

de la instrucción, reconociendo implícitamente como presupuesto que el plazo ha vencido con arreglo al primer extremo del art. 196° CPP.

La nueva ley ha desdoblado el plazo de prórroga. Existe un *plazo de prórroga ordinario*, según las pautas ya señaladas, y un *plazo de prórroga especial*. Este último plazo es "(...) *hasta por ocho meses adicionales improrrogables bajo su responsabilidad penal (del juez) y la de los magistrados que integran la Sala Superior*". Las reglas de esta prórroga especial son las siguientes:

a) Que si bien el segundo párrafo incorporado estipula que la prórroga la dicta el Juez de oficio, ello no niega que el fiscal, de conformidad con el art. 198° CPP, la pida formalmente (la norma, como es obvio, debe interpretarse en el ámbito de todo el estatuto procesal).

b) Que son siete los supuestos normativos que permiten prorrogar el plazo del sumario mediante un auto fundado: (1) Procesos complejos por la materia; (2) Procesos que requieren numerosos medios de prueba por actuar o recabar; (3) Procesos de investigación que comprenden varios hechos; (4) Procesos que importen pluralidad de procesados o agraviados; (5) Procesos que impliquen a bandas u organizaciones criminales; (5) Procesos que necesiten de pericias documentales exhaustivas en revisión de documentos; (6) Procesos que requieren actuaciones en el exterior; y, (7) Procesos que importen la revisión de la gestión de personas jurídicas o entidades estatales.

Llama la atención la poca rigurosidad para definir un espacio excepcional vinculado al tiempo del proceso. Los motivos de prórroga especial no respetan en esencial el concepto de "*complejidad*", que en todo caso es la *ratio* de la norma, ni desarrollan supuestos claros e idóneos que expliquen su utilización procesal. Muchos supuestos, inclusive, son reiterativos y mezclan supuestos genéricos y específicos sin mayor concierto. Lo complejo, es aquello que se compone de elementos diversos o a aquello que es complicado, enmarañado, difícil[309]. Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos (SCIDH, Asunto Genie Lacayo, de 29 de enero de 1997) el núcleo de lo que debe entenderse por "complejidad de la causa" se focaliza en la extensión de las investigaciones y en la amplitud de las pruebas que es menester obtener y practicar.

La norma se inicia con un supuesto amplio y sin concreción: *proceso complejo por la materia*, lo que obliga a pensar que se trata de un objeto procesal que exige varios y complicados actos de investigación, así como de difícil obtención (supuesto no vinculado, por cierto, a la pluralidad de

---

[309] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la Lengua Española*, 22° edición, RAE, Madrid, 2002, p. 409.

delitos o víctimas, dado que existen al respecto dos pautas definidas). Otros supuestos genéricos similares son los referidos, primero, al concurso de hechos (¿cuántos?); y, segundo, a la pluralidad de procesados y agraviados (¿cuántos?, ¿habrá que acudir, en ambos casos o sólo en uno, a la regla del artículo 137° CPP?). De otro lado, existen supuestos específicos que hacen mención a la cantidad de medios de investigación, a las bandas (¿requieren una calificación en ese sentido en el auto de apertura de instrucción?), etc.

En todo caso, la norma deja al juez un gran poder de definición de los supuestos de prórroga y de análisis particular del caso, en función a determinar si el tiempo que se requiere para agotar actos de investigación –sobre la gaseosa noción de "*complejidad*"– es o no suficiente para su extensión hasta un límite de ocho meses.

Cabe señalar, eso sí, una pauta hermenéutica definida. El plazo de la instrucción debe ser objeto de un solo auto motivado, y en esa única ocasión posible, el juez debe definir el plazo respectivo. No es posible dictar varios autos de prórroga bajo la argumentación formal de que sumados estos no superan los ocho meses. De igual manera, desde la perspectiva del "*derecho transitorio*", y en aras de garantizar una efectiva investigación y proteger mejor el derecho a la tutela jurisdiccional, es posible dictar una prórroga adicional, si antes se concedió hasta por sesenta días, siempre que sumadas no superen los ocho meses.

3. El procedimiento de conclusión sumarial en el Código de 1991

El procedimiento de conclusión de la investigación es diferente en el Código de 1991. Para los delitos menos graves está previsto el "proceso ordinario" y para los delitos graves, mientras que el proceso especial por razón de delito alcanza a los delitos graves. En el primer caso, culminada la investigación el Fiscal debe decidir si formula acusación o solicita el sobreseimiento de la causa, correspondiendo al Juez Penal dictar el auto de sobreseimiento, emitir el auto de apertura de juicio oral y realizar la audiencia. En el segundo caso, señala el art. 257° de dicho Código, el Fiscal Provincial debe emitir un dictamen final, en el término de ocho días, acerca de las investigaciones realizadas y de las medidas jurisdiccionales que solicitó, indicando cuáles fueron los resultados de su aplicación de estas. Acto seguido, elevará directamente los actuados al Fiscal Superior, quien se encargará de requerir al Superior Tribunal el sobreseimiento de la causa o la apertura del juicio oral formulando la correspondiente acusación escrita.

El contenido del dictamen final del Fiscal Provincial, sin duda alguna, se irá definiendo progresivamente por el propio Ministerio Público. El art.

257° del Código de 1991 no menciona expresamente, por ejemplo, que el Fiscal Provincial deba pronunciarse sobre el delito y la responsabilidad o inocencia del imputado. Dicho numeral preceptúa que el Fiscal debe pronunciarse "acerca de las investigaciones realizadas", lo que a nuestro juicio significa que debe realizar un relato de los cargos y de los actos de investigación realizados, mencionando su contenido y analizándolos críticamente para concluir, como dato necesario de una función crítica, sobre la existencia del delito y de la responsabilidad o no del imputado. Integrará el contenido del dictamen final, lo ocurrido con las medidas solicitadas al juez y su resultado procesal.

El Fiscal Superior, al recibir los actuados, sin duda alguna, visto el principio de dependencia jerárquica y en tanto que le corresponde determinar si formula acusación, podrá analizar la realidad de la investigación efectuada por el Fiscal Provincial y si la estima incompleta ordenarle que en un plazo complementario, que no puede exceder de quince días naturales lleve a cabo los actos de investigación que expresamente le señale. Es de advertir que no hay otra opción respecto del plazo, pues lo único que cabe es aplicar supletoriamente las normas vinculadas al plazo complementario antes que la instrucción se eleve a los Superiores (art. 98°). Evidentemente, si el Fiscal Provincial al vencerse el plazo ordinario no agotó las diligencias necesarias para que la instrucción cumpla su objeto, puede solicitar en su dictamen final que elevará al Fiscal Superior la concesión de un plazo ampliatorio.

Capítulo XXI
LA ETAPA INTERMEDIA

SUMARIO: I. Concepto y funciones: 1. Concepto. 2. Funciones. **II.** Procedimiento. **III.** El auto de sobreseimiento: 1. Concepto y notas esenciales. 2. Clases. 3. Presupuestos. 4. Recursos. 5. Sobreseimientos especiales. **IV.** La acusación fiscal: 1. Fundamento, concepto y elementos. 2. Requisitos formales. 3. Clasificación. **V.** El auto de enjuiciamiento. **VI.** Interposición de medios de defensa y actos de prueba: 1. Aspectos generales. 2. El Código de 1940. 3. El Código de 1991. 4. El Proyecto de Código de 1995.

I. CONCEPTO Y FUNCIONES

1. Concepto

Esta etapa, apunta TOMÉ GARCÍA, se denomina *intermedia* porque se sitúa entre las dos etapas que la Ley rituaria distingue en el proceso ordinario: etapa de investigación o preliminar y etapa del juicio oral o audiencia[310]. Tal denominación es más descriptiva que conceptual, pues hace referencia a una etapa procesal que se sitúa luego de la instrucción y antes del procedimiento principal[311].

La etapa intermedia, al decir de Alberto BINDER, sirve "(...) para determinar si es posible someter a una persona determinada –en este caso al inculpado– a un juicio"[312]. En otras palabras, tiene por objeto saber si el tribunal ordinario debe abrir el juicio oral y, por ende, llevar el asunto al tribunal cognitivo; y, responde a una finalidad de economía procesal, de despachar rápidamente en sentido negativo sin juicio oral asuntos que no merecen un debate, y de ahorrar al inculpado molestias procesales inútiles[313].

Para este efecto, corresponderá al órgano jurisdiccional competente: 1) examinar si la instrucción está bien concluida y, en su caso, si es necesario

---

(310) En: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit., p. 413.

(311) CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 104.

(312) BINDER: *Introducción al Derecho procesal penal*, cit., p. 223.

(313) BELING, Ernst: *Derecho procesal penal*, Labor, Barcelona, 1945, p. 273.

practicar nuevas diligencias; y, 2) decidir, de encontrarse completa la investigación o no poder actuarse nuevas diligencias por imposibilidad legal, si se debe sobreseer la instrucción o dictar auto de enjuiciamiento o de apertura del juicio oral. Por consiguiente, se trata de una etapa eminentemente crítica, donde las funciones de imputación y de control adquieren su máxima expresión; hace mérito sobre la tarea desarrollada durante la instrucción(314).

La etapa intermedia comienza con el auto de elevación de la instrucción (art. 203° del Código de 1940) o el auto de conclusión de la investigación (art. 251° del Código de 1991). Esta resolución, que se dicta cuando concluyó el plazo de la investigación o cuando se han acumulado todas las actuaciones y diligencias en orden a la comprobación del delito y averiguación del presunto responsable, ocasiona la pérdida de la jurisdicción del juez penal y su transferencia a otro órgano jurisdiccional, en este caso la Sala Penal Superior, de ahí su impugnabilidad. La etapa intermedia culmina con el auto de citación a juicio.

La etapa intermedia, por consiguiente, tiene por objeto revisar y valorar los resultados de la instrucción examinando la fundamentación de la acusación y resolviendo sobre el reconocimiento de la pretensión penal, con el fin de decidir si procede o no abrir el juicio. Es de tener presente, en primer lugar, que a esta etapa corresponde ponderar los hechos que previamente han sido objeto de investigación sumarial y sobre los que finalmente versará la sentencia; y, en segundo lugar, que tanto a dicha etapa cuanto a la instrucción resulta de aplicación el aforismo *in dubio pro accusatione (pro societate)*, mientras que en el juicio oral rige la máxima *in dubio pro reo*(315).

2. FUNCIONES

La doctrina atribuye, de modo unánime, las funciones de revisión e integración del material instructorio y el control de los presupuestos de apertura del juicio oral. Desde esta perspectiva, la etapa intermedia tiene funciones principales y accidentales:

A. Funciones principales

Las *funciones principales* de la etapa intermedia pueden ser tanto de carácter positivo, como de carácter negativo. Su *carácter positivo* consiste

---

(314) ÁLVAREZ, Alejandro E.: "El procedimiento intermedio", en: AA.VV.: *El nuevo Código Procesal de la Nación*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 156.

(315) ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo: *El período intermedio del proceso penal*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

en dilucidar si concurren los presupuestos del juicio oral, esto es, si se ha acreditado suficientemente la existencia de un hecho punible y si se ha determinado su presunto autor. Su *carácter negativo* estriba en depurar la "noticia criminal" o denuncia y evitar que los inculpados, cuya inocencia esté evidenciada de lo actuado durante la instrucción, puedan ser acusados cuando inevitablemente el órgano jurisdiccional habrá de pronunciar una sentencia absolutoria. Esto último es lo que MAIER califica de justificación política del procedimiento intermedio.

B. Funciones accidentales

Las *funciones accidentales*, sostiene GIMENO SENDRA[316], son de tres órdenes: 1. *Depuración del procedimiento*, destinada a resolver, con carácter previo, la existencia o no de presupuestos procesales, de excepciones, de cuestiones previas y prejudiciales y cuestiones de competencia. 2. *Complementación del material instructorio*, destinada a dilucidar si la instrucción se encuentra debidamente agotada, en cuyo caso se dispondrá la concesión de un plazo ampliatorio para la actuación de nuevas diligencias, siempre que –a nuestro juicio– lo requiera el fiscal[317]. 3. *Complementación de la imputación*, destinada a posibilitar que el Fiscal Superior proponga la investigación de otro delito, que fluye de la denuncia o de la instrucción, o que se comprenda a otras personas en los hechos delictivos investigados. En ambos supuestos, el órgano jurisdiccional dispondrá –si está de acuerdo con esa solicitud– la ampliación del plazo instructorio.

De lo expuesto se desprende que la etapa intermedia no es propiamente una fase de "preparación del juicio oral", sino más bien el momento procesal en que se decide si el juicio es o no procedente[318].

La Corte Suprema recientemente ha establecido que la etapa intermedia, a través del auto de enjuiciamiento, tiene una *función de control* de la acusación respecto a los delitos, encausados y agraviados que fueron materia de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción y sus ampliatorios, y, a su vez, la *función programática* del juzgamiento para garantizar la eficiencia en el resultado del proceso, lo que obliga a estudiar íntegramente lo instruido. De esta forma, es posible advertir omisiones del fiscal y errores

---

(316) GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal*, cit., T. II (*Proceso penal*), p. 402.

(317) La Corte Suprema entiende que esa resolución no es impugnable (Circular de 15 de mayo y 5 de diciembre de 1931 [*Revista de los Tribunales*; 1931, Lima, p. 315]).

(318) ORMAZÁBAL SÁNCHEZ: *El período intermedio del proceso penal*, cit., p. 15.

en la acusación, así como requerir informes vinculados a los beneficios penitenciarios, entre otros[319].

II. PROCEDIMIENTO

Una vez que se dicta el auto de conclusión de la investigación o de elevación del proceso, corresponde al Fiscal que actúa ante el órgano jurisdiccional competente para conocer de la etapa o fase intermedia, a quien se le remiten los autos con todos sus antecedentes y piezas de convicción, pronunciarse sobre el mérito de la instrucción en el plazo de 8 días si existe reo en cárcel o de 15 días si se trata de reo libre.

Es esencial tener presente que del dictamen que emita el Fiscal dependerá la resolución que en su momento dictará el órgano jurisdiccional. Ello importa reconocer, de un lado, el papel protagónico que se reconoce al Fiscal para determinar la procedencia del juicio oral y, de otro lado, la función básicamente de control que cumple el órgano jurisdiccional.

El Fiscal tiene tres opciones: a) solicitar un plazo ampliatorio de la investigación, a fin de que se complemente la fase instructoria o la imputación; b) emitir un dictamen no acusatorio y, en consecuencia, solicitar al juez la expedición de un auto de sobreseimiento; c) formular acusación, lo que determinará la emisión del auto de enjuiciamiento o de apertura del juicio oral.

Cada opción del Fiscal determinará, una vez devueltos los autos, la actitud del órgano judicial, por cuanto nuestro sistema procesal reconoce desde siempre al juez un control necesario de legalidad de los actos del Ministerio Público "en busca de su corrección o saneamiento formal"[320]. Así tenemos:

A. Frente a un pedido de plazo ampliatorio, estando en que el Fiscal es quien tiene la carga de la prueba y –según el Código de 1991– el señorío de la investigación, esto es, la responsabilidad de la recolección de la información sumarial, el juez está obligado a acordarlo cuando se trate de un pedido sustentado en el supuesto de *complementación del material instructorio*; al respecto, la Corte Suprema tiene establecido que el Tribunal no puede denegar la ampliación de la instrucción solicitada por el Fiscal, dado que este tiene la potestad de pedir si la considera incompleta o defectuosa, más aún

---

[319] Ejecutorias Supremas de 25 de junio de 1998, Exp. N° 6434-97, Junín; de 24 de junio de 1990, Exp. N° 1884-98, Callao; y, de 6 de julio de 1998, Exp. N° 2071-98, Tacna.

[320] BINDER: *Introducción al Derecho procesal penal*, cit., p. 225.

si se tiene en cuenta que es titular de la acción penal pública [321]. También ha señalado el Tribunal Supremo que la resolución de la Sala Penal Superior que deniega la ampliación del plazo de investigación, por haberse vencido el plazo ordinario y especial con exceso, al no estar previsto tal supuesto en el art. 292° del Código de Procedimientos Penales, se encuentra arreglada a derecho [322].

En cambio, si se trata de ampliar el objeto procesal por otros hechos delictivos o comprender a terceras personas como inculpadas, que es el supuesto de *complementación de la imputación*, teniendo en cuenta que corresponde al juez aprobar y controlar el proceso una vez que el Ministerio Público ejerció la acción penal, la aceptación del requerimiento fiscal está condicionado al convencimiento judicial de los presupuestos de la solicitud. Finalmente, si la instrucción ya fue objeto de un plazo ampliatorio dispuesto por la autoridad competente (el juez en el caso del Código anterior y el propio Fiscal en el caso del Código de 1991), el juez debe rechazar dicha solicitud.

B. Frente a un pedido de sobreseimiento, el Juez tiene tres alternativas: 1. Si está de acuerdo con dicha solicitud por darse los presupuestos que lo determinan, dictará auto de sobreseimiento. 2. Si considera que la investigación que sustenta el pedido de sobreseimiento está incompleta y existen, como dice BELING, "posibilidades de esclarecimiento"[323], puede disponer la concesión de un plazo complementario para que se actúen las diligencias que enumere fijando el término para su actuación. 3. Si considera que existen los presupuestos para la procedencia del juicio oral, inicia lo que se denomina *"procedimiento para forzar la acusación"*, acudiendo al llamado "control jerárquico", en cuya virtud eleva el proceso al Fiscal superior en grado. La decisión del indicado Fiscal es definitiva, pues si su opinión coincide con el dictamen no acusatorio, el Juez está obligado a dictar auto de sobreseimiento, mientras que si su opinión coincide con el requerimiento judicial, el Fiscal originario –en cumplimiento al principio de dependencia jerárquica, propio del Ministerio Público– deberá formular acusación.

Inicialmente el Código de Procedimientos Penales de 1940 consagró la figura del "control judicial", lo que importaba en caso de discrepancia con

---

[321] Ejecutoria Suprema de 6 de setiembre de 1985, Exp. N° 2222-85, Arequipa (*Anales Judiciales*, T. LXXIII, Lima, 1985, pp. 261-263).

[322] Ejecutoria Suprema de 17 de junio de 1988, Exp. N° 1142-87, Arequipa (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 250-251).

[323] BELING: *Derecho procesal penal*, cit., p. 277.

el dictamen no acusatorio del Fiscal originario que la opinión judicial se imponía al Ministerio Público: los autos se remitían a otro fiscal del mismo grado y si este coincidía con el Fiscal originario interponía recurso de nulidad, el que era resuelto finalmente por la Sala Penal de la Corte Suprema. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1979, que consagró la autonomía constitucional del Ministerio Público y le entregó la titularidad de la promoción de la acción penal pública, es decir, le atribuyó la función persecutoria del delito, la nueva Ley Orgánica del Ministerio Público, siguiendo los modelos italiano y argentino, instauró el control jerárquico: a la propia institución, a través de sus órganos superiores, le corresponde decidir si formula acusación contra una persona. Amén de la justificación institucional del control jerárquico, es posible justificar esta modificación desde la perspectiva del principio acusatorio, pues si el juez tendría la posibilidad de ordenar que se acuse estaría asumiendo facultades inquisitivas, violatorias del *ne procedat iudex ex oficio*. El control de legalidad del juez tiene límites y uno de ellos descansa en dicho principio.

C. Frente a una acusación, el control judicial tiene determinados baremos, según los sistemas procesales. La doctrina y el derecho comparado aceptan unánimemente que el juez está facultado a ejercer un *control formal*, es decir, si la acusación se pronuncia por todos y cada uno de los delitos y personas contempladas en el auto de apertura de instrucción o de aprobación judicial y, de existir, en sus ampliatorios (arts. 77° CPP de 1941 y 115° CPP de 1991); de mediar alguna omisión en este nivel procede mandar ampliar el dictamen fiscal[324]. Asimismo, el Tribunal debe advertir si la acusación respeta los hechos objeto de investigación y las calificaciones jurídico-penales, en tanto estas no importen un cambio de bien jurídico, formalmente incorporadas en las mencionadas resoluciones judiciales. Asumiendo esta posición, la Corte Suprema tiene declarado que formulada la acusación fiscal, el Tribunal debe señalar día y hora para la audiencia, estando prohibido que el Tribunal declare la improcedencia del juicio en esa oportunidad, porque tal declaratoria imposibilitaría al Fiscal de ejercitar sus atribuciones legales e importaría una absolución prematura[325]. En igual sentido, el alto Tribunal tiene consagrado que la acusación fiscal y el auto de enjuiciamiento constituyen dos actos procesales coordinados y unitarios como antecedentes del juicio oral, por lo que formulada acusación se debe dictar el citado auto, al punto que la situación jurídica del acusado debe resolverse en el

---

(324) Ejecutoria Suprema de 26 de mayo de 1981, Cajamarca (TARAMONA, José R.: *Compendio de ejecutorias supremas*, Jamse Editores, Lima, 1982, T. I, pp. 6-7).

(325) *Anales Judiciales*, 1926, Lima, p. 175.

acto oral[326]. En otra decisión, bajo la misma óptica, el Supremo Tribunal ha precisado que la Sala Penal Superior al dictar el auto de enjuiciamiento no puede excluir de la acusación a ningún procesado, lo cual está reservado para el momento de dictar sentencia luego de producido el debate contradictorio, conforme lo establece el art. 229° del Código de Procedimientos Penales, concordante con los arts. 284° y 285° del mismo cuerpo legal[327].

El control judicial formal también se extiende al cumplimiento de los requisitos que debe contener toda acusación fiscal, tales como fundamento probatorio, título de condena, petición de pena y proposición de prueba, entre otras. El incumplimiento de los requisitos de la acusación, obliga al juez a devolver los actuados para que sean subsanados. La Corte Suprema, asimismo, posibilita el control judicial de la acusación cuando el Fiscal califica el hecho imputado por un delito menos grave que el que considera el Tribunal, en cuyo caso entiende que se debe iniciar el procedimiento para forzar la acusación en la forma prevista por la ley, elevando los actuados al Fiscal Supremo[328].

Otros ordenamientos procesales, como el alemán, y los Proyectos Maier y peruano de 1995, también incorporan el denominado "control material o sustancial", que al decir de Julio B. J. MAIER, busca racionalizar la administración de justicia, evitando juicios inútiles por defectos de la acusación, por lo que se concede al juez, de oficio o a instancia de las partes, facultades para sobreseer (absolver anticipadamente) o modificar la acusación[329]. El art. 297° del Proyecto de Código Procesal Penal de 1995 consagra esta institución, que puede ejercerse de oficio o a instancia del imputado o del tercero civil y se aplica, *en primer lugar*, cuando el hecho objeto de acusación no constituye delito o existe una causa que extinga el delito (art. 78° CP); *en segundo lugar*, cuando resulta evidente la concurrencia de una causa de exención de responsabilidad penal (arts. 20°, 17°, 18° y 19° CP, así como en los supuestos de invencibilidad de los 14° y 15° CP); y, *en tercer lugar*, cuando se advierte que el delito no existió o que el imputado no lo cometió. En los últimos dos supuestos, es de tener presente, como se señala en la Exposición de Motivos, que su interpretación es rigurosamente restrictiva

---

(326) Ejecutoria Suprema de 10 de octubre de 1973, Exp. N° 1255-73, Huánuco (*Anales Judiciales*, T. LXV, Lima, 1973, p. 200).

(327) Ejecutoria Suprema de 2 de mayo de 1994, Exp. N° 717-93, Lambayeque (*Normas Legales*, T. 234, noviembre, Trujillo, 1995, pp. J47-J48).

(328) *Anales Judiciales*, 1948, Lima, p. 311; *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1949, Lima, p. 91.

(329) "Exposición de motivos del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica", en MAIER: *Derecho procesal penal*, cit., T. I–a, p. 305.

y que su adopción exige certeza, pues ante la duda debe dictarse auto de enjuiciamiento.

La posibilidad arriba enunciada tiene como premisas, en *primer lugar*, que es el Fiscal quien realiza la investigación; en *segundo lugar*, que en estos casos la etapa intermedia constituye, en rigor, un juicio sobre la acusación; y, en *tercer lugar*, que el órgano jurisdiccional está autorizado a disponer la actuación, de oficio o a pedido del imputado, de diligencias instructoras.

En esta etapa, el legislador nacional solo ha previsto la intervención del Ministerio Público, cuya opinión es decisiva para que se dicten los autos de sobreseimiento o de enjuiciamiento. Hay un lamentable olvido del imputado, del actor civil y del tercero civil; ellos no pueden instar la práctica de diligencias previas ni pronunciarse con carácter previo y obligatorio respecto del dictamen fiscal a fin de que el órgano jurisdiccional tenga en cuenta su punto de vista. Tal posición, muy propia de modelos de instrucción judicial, sin duda alguna –como lo reconoce TOMÉ GARCÍA– afecta el principio de igualdad de armas, propio de la garantía del debido proceso, de suerte que resulta necesario reconocer la exigencia constitucional de un previo traslado a las partes acusadas [330].

III. EL AUTO DE SOBRESEIMIENTO

1. CONCEPTO Y NOTAS ESENCIALES

El sobreseimiento es la resolución firme, emanada del órgano jurisdiccional competente en la fase intermedia, mediante la cual se pone fin a un procedimiento penal incoado con una decisión que, sin actuar el *ius puniendi*, goza de la totalidad o de la mayoría de los efectos de la cosa juzgada[331]. El Tribunal, al resolver, tiene que pronunciarse sobre todos los delitos materia de la investigación, respecto de los cuales se solicita el sobreseimiento[332].

Cuatro son sus notas esenciales:

a) El sobreseimiento, una vez que contra él se ha ejercido todos los recursos que prevé la ley procesal, es una resolución firme que pone fin al procedimiento penal.

---

[330] En: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit., p. 417.

[331] GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal*, cit., T. II (*Proceso penal*), 1996, p. 592.

[332] Ejecutoria Suprema de 15 de octubre de 1984, Exp. N° 241-84, Ancash (*Anales Judiciales*, T. LXXII, Lima, 1982-1984, pp. 863-864).

b) Es una resolución que, pese a finalizar el proceso, reviste la forma de auto y no de sentencia. Esta forma no ha de impedir, sino, antes al contrario, y debido a que incide en el derecho a la tutela (art. 139°.3 Const.) exigir que contenga una adecuada fundamentación jurídica, con arreglo a lo dispuesto en el art. 139°.5 de la *lex* superior. Por ello, la opinión fiscal no puede sustentar exclusivamente la decisión judicial, siendo inaplicable a este respecto el art. 142° de la LOPJ, que dispone que si el fallo se dicta de conformidad con el dictamen fiscal, los fundamentos del mismo se consideran como su motivación.

La Corte Suprema, sin embargo, ha establecido que si el auto de sobreseimiento se expide, como es obvio, de conformidad con el dictamen fiscal, se requiere que dicho dictamen haga referencia expresa a los hechos objeto del proceso penal, pues si ello no es así –en el caso que dicho auto pase en autoridad de cosa juzgada–, no se podría individualizar los hechos por los cuales no se iniciaría nuevo proceso [333]. Como es evidente, el auto de sobreseimiento tiene como presupuesto ineludible que el fiscal solicite su expedición y el juez esté de acuerdo con el dictamen no acusatorio, por lo que de mediar acusación fiscal solo puede declararse la absolución o la condena del imputado[334].

CORTÉS DOMÍNGUEZ explica que el sobreseimiento es una declaración judicial de que no es posible abrir el juicio oral, porque de antemano se sabe que por unas causas o por otras no es posible la condena del imputado, por lo que al negarse anticipadamente el derecho de penar del Estado, se exige la misma estructura externa que la sentencia, sobre todo en lo que se refiere al relato de hechos probados[335].

c) El órgano competente para dictar el sobreseimiento, en el procedimiento ordinario-común para delitos graves, es la Sala Penal Superior y, en el proceso sumario para delitos menos graves, es el Juez Penal, sin perjuicio que dichas resoluciones puedan ser impugnadas.

d) Si bien el auto de sobreseimiento no es la única forma de finalizar anormalmente o sin sentencia el procedimiento, desde que nuestro ordenamiento procesal conoce del auto que declara no haber lugar a abrir instrucción, esta resolución está asociada a los efectos materiales de la cosa juzgada, tal como expresamente lo dispone el art. 139°.13 de la Constitución.

---

[333] Ejecutoria Suprema de 16 de enero de 1992, Exp. N° 1356-91, Ancash (*Normas Legales*, T. 216, mayo, Trujillo, 1994, p. J13).

[334] Ejecutoria Suprema de 7 de mayo de 1998, Exp. N° 836-98, Arequipa (ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, T. I, pp. 606-608).

[335] En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 620.

2. CLASES

De la lectura de los arts. 221° del CPP de 1940 y 252° del CPP de 1991, aparece que el sobreseimiento puede ser *definitivo* o *provisional*. Será definitivo cuando no se ha comprobado la existencia del delito o la responsabilidad del inculpado(336). La Corte Suprema ha dejado sentado que si está acreditada la existencia del delito, mas no se ha identificado a sus autores, el archivo del proceso debe hacerse en forma provisional y no definitiva(337).

El sobreseimiento será provisional cuando se ha probado la existencia del delito, pero no la responsabilidad del imputado(338). En un caso interesante, la Corte Suprema estableció que si de lo actuado surgen indicios relacionados con la presencia de terceros en el escenario del crimen, no es aconsejable el archivo definitivo del proceso, sino el provisional(339).

Tratándose de *sobreseimiento definitivo*, no solo genera efectos de cosa juzgada respecto del imputado, sino el archivo definitivo del proceso y el levantamiento de las órdenes de detención, requisitorias y demás medidas coercitivas que se hubieran dictado contra la persona o bienes del sobreseído. Por el contrario, si se dicta *sobreseimiento provisional* –sin perjuicio de liberar de todo cargo al imputado y ser apartado del procedimiento–, la causa es remitida al Ministerio Público para la ampliación de las investigaciones preliminares en orden a averiguar y descubrir a los autores del hecho delictivo declarado probado (art. 92°.2 de la LOMP). Es de precisar que en este caso el sobreseimiento es, en rigor, definitivo respecto del imputado, pero las investigaciones no se clausuran, ya que pueden y deben reabrirse en la búsqueda de evidencias que acrediten fundadamente la intervención de determinadas personas en el delito *subjúdice*.

En el caso de procedimientos complejos, cuando existe una pluralidad de imputados, el sobreseimiento puede ser *total* o *parcial*. Será total, y se archivará la causa para todos ellos, cuando no se acredita la participación del conjunto de imputados en el delito o su existencia no se ha demostrado. Será parcial cuando de dicha pluralidad de imputados, subsisten cargos contra alguno o algunos de ellos, a quienes se les formula acusación, en cuyo caso

---

(336) *Anales Judiciales*, 1943, Lima, p. 352.

(337) Ejecutoria Suprema de 17 de enero de 1997, Exp. N° 5194-95-B, Ancash (GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo: *Jurisprudencia penal*, Idemsa, Lima, 1997, T. III, p. 175).

(338) Ejecutorias Supremas de 25 de marzo de 1974, Exp. N° 1498-74 (*Boletín Judicial*, Año IV, N° 16, Lima, 1975, p. 84); y, de 16 de enero de 1997, Exp. N° 4894-95, Lima (GÓMEZ MENDOZA: *Jurisprudencia penal*, cit., T. III, p. 85).

(339) Ejecutoria Suprema de 28 de febrero de 1973, Exp. N° 2125-72 (*Anales Judiciales*, T. LXV, Lima, 1973, pp. 157-158).

se sobreseerá el proceso respecto de unos y se declarará la procedencia del juicio oral contra quienes resulten acusados.

3. PRESUPUESTOS

La doctrina reconoce que existen dos órdenes de presupuestos para dictar auto de sobreseimiento: a) de derecho material; y, b) de derecho procesal.

A. Presupuestos de derecho material

Son cuatro los presupuestos de derecho material que ha identificado la doctrina procesalista:

1. *Insubsistencia objetiva del hecho*: cuando existe certeza negativa, es decir, cuando hay una absoluta convicción de que el hecho que dio origen al proceso nunca ha existido en realidad. Es un juicio exclusivamente fáctico.
2. *Inexistencia de hecho punible*: cuando si bien el hecho denunciado e investigado existe, empero es atípico, respecto del cual existe certeza absoluta. Aquí el juicio o valoración es tanto fáctica como jurídica.
3. *Falta de indicios de responsabilidad penal:* cuando se llega a la certeza absoluta de que faltan indicios racionales de delictuosidad en el imputado. Ello se produce: a) cuando el imputado no ha participado en el hecho; b) cuando existe una causa de justificación en su favor; c) cuando el encausado no tiene capacidad penal, actúa mediando error invencible o al amparo de una causa de inexigibilidad; d) o, cuando falta un requisito que dice de la punibilidad de la conducta.
4. *Prueba notoriamente insuficiente para fundamentar la pretensión punitiva.* Se trata de una insuficiencia tanto de naturaleza *objetiva*, vinculada a la existencia del hecho, como de naturaleza *subjetiva*, referida a la determinación del presunto autor. Para estos efectos, debe tenerse claro que se sobreseerá la causa cuando no es posible que la práctica de la prueba en el juicio oral permita aclarar el material probatorio de imputación, pues si existe duda es del caso que insista en la acusación, porque precisamente, destaca Juan-Luis GÓMEZ COLOMER, "(...) la prueba, a practicar en el acto de la vista, está destinada a despejar estas dudas"[340].

---

[340] En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1991, cit., T. III *(Proceso penal)*, p. 266.

B. Presupuestos de derecho procesal

Están vinculados a los presupuestos procesales y a todos aquellos elementos que condicionen la correcta persecución penal. Tenemos: a) las causas de exclusión de la pena del art. 78° del Código Penal, que se resuelven como impedimentos procesales; b) la ausencia de autorización para procesar, así como las inviolabilidades e inmunidades; y, c) los presupuestos que condicionan la válida iniciación del procedimiento (condiciones de perseguibilidad). En nuestro sistema procesal, se han articulado instituciones específicas para declarar el incumplimiento de esos presupuestos procesales, tales como las cuestiones previas y las excepciones; sin embargo, la vulneración de estos presupuestos impide la continuación de la causa y, obviamente, la procedencia del juicio oral.

4. RECURSOS

El Código Procesal Penal de 1991 prevé específicamente el recurso de apelación contra el auto de sobreseimiento (art. 255°). El Código de 1940, en el art. 292°.3, permite el recurso de nulidad contra dicho auto, denominado en tal norma "auto que ordena archivar, provisional o definitivamente, la instrucción"[341].

Desde nuestro sistema procesal, la parte legitimada para recurrir del auto de sobreseimiento es la parte o el actor civil. Como se sabe, la emisión del auto de sobreseimiento no está condicionada a la obligatoria intervención de la víctima, la ley tampoco prevé la participación del propio imputado, aunque es del todo posible que emitido el requerimiento fiscal desincriminante o dictamen fiscal no acusatorio, todas las partes personadas puedan presentar alegatos e intervenir en la vista de la causa (arts. 131° y 132° LOPJ).

La Corte Suprema ha establecido que si se recurre del extremo de la resolución que declara no haber mérito para pasar a juicio oral, existiendo otro extremo que declara la procedencia del juicio oral contra otro imputado, debe elevarse el principal –y no copias de lo actuado–, salvo que exista reo en cárcel, en cuyo caso se procede a su juzgamiento y se reserva su elevación, según la Ley N° 24388[342].

En atención a que el control de legalidad sobre el dictamen fiscal tiene su límite en el principio acusatorio, los poderes del juez revisor o Tribunal *ad quem* deben respetar ese principio: ¡no se puede obligar al Ministerio

---

[341] Ejecutoria Suprema de 10 de agosto de 1976, Exp. N° 698-76, Puno (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, pp. 518-519).

[342] Ejecutoria Suprema de 12 de junio de 1997, Exp. N° 5133-96, Ancash (*Normas Legales*, T. 262, marzo, Trujillo, 1998, p. A21).

Público a formular acusación! Únicamente es posible revocar el auto de sobreseimiento y disponer que el Fiscal formule acusación, si es que el Fiscal que interviene en la absolución del grado discrepa del dictamen en referencia; de no hacerlo, se debe sobreseer la causa sin más, dada la base persecutoria constitucionalmente impuesta al proceso penal[343]. Por otro lado, el órgano judicial revisor está autorizado a anular el procedimiento si es que se ha incurrido en una causal de nulidad. Uniforme jurisprudencia ha puntualizado que el órgano jurisdiccional también está facultado para disponer la ampliación de la instrucción si entiende que la investigación está incompleta, sin embargo, es de discrepar tajantemente contra esta facultad toda vez que no se condice con la naturaleza persecutoria del proceso penal y confunde el verdadero rol del órgano jurisdiccional al vinculado con el material probatorio bajo un supuesto "deber de esclarecimiento" que nuestra ley fundamental no le atribuye. El art. 255° CPP de 1991, lamentablemente, ha incorporado en el derecho positivo una práctica judicial uniforme en esta materia, señalando al respecto las cuatro opciones que tiene el juez revisor cuando conoce de una apelación contra el auto de sobreseimiento.

5. SOBRESEIMIENTOS ESPECIALES

Regularmente, el sobreseimiento es una resolución propia de la etapa intermedia, cuyos presupuestos se encuentran rigurosamente definidos. Nuestra legislación, sin embargo, encuentra tres supuestos excepcionales. Son los siguientes:

A. *Cuando se ampara una excepción*, salvo el caso de la excepción de la naturaleza de juicio. En estos casos, se archiva el procedimiento, en rigor, se sobresee definitivamente el proceso, dejándose al respecto imprejuzgada la causa. Esta decisión se produce, como consecuencia, generalmente, de un procedimiento incidental, autónomo del procedimiento principal. Así lo disponen los arts. 5° *in fine* del Código de 1940 y 8° *ab initio* del Código de 1991.

B. *Cuando se dispone la libertad incondicional del imputado*. Se trata de una resolución instructora que se dicta cuando en el curso del sumario judicial se demuestra la inculpabilidad del encausado detenido preventivamente. En este caso, no sólo opera la excarcelación, sino que también se archiva definitivamente el proceso. El art. 201° del Código de 1940, modificado por la Ley N° 24388, prevé el sobreseimiento cuando se trata de una instrucción simple, es decir, seguida contra una sola persona; así lo tiene decidido el Alto Tribunal en la Ejecutoria

---

(343) Ejecutoria Suprema de 3 de julio de 1998, Exp. N° 6071-97, Ayacucho (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal [1996-1998]*, cit., T. II, p. 89).

Suprema de 24 de enero de 1991[344]. En cambio, el art. 189° del Código de 1991 prevé el sobreseimiento sea que el proceso sea simple o complejo.

C. *Cuando se está ante un concurso real retrospectivo*. El art. 51° del Código Penal, modificado por la Ley N° 26832, de 7 de julio de 1998, dispone el sobreseimiento definitivo de la causa cuando después de la sentencia condenatoria se descubre otro hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado, siempre que dicho delito, de igual o de distinta naturaleza al objeto de condena, merezca una pena inferior a la impuesta. El Acuerdo Plenario N° 7-97, de 16 de diciembre de 1997, extendió sus efectos cuando el segundo delito esté conminado con la misma pena del primero[345].

La ley antes citada estableció un procedimiento especial. Cualquiera sea el estado de la causa, el órgano jurisdiccional, de oficio o a pedido de parte, solicitará copia certificada del fallo ejecutoriado y en mérito a la misma, se dictará la resolución correspondiente de sobreseimiento definitivo.

Ahora bien, esa norma fue declarada inconstitucional por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia, por Ejecutoria de 29 de noviembre de 2002, que aprobó la consulta por inaplicación elevada por la Sala Nacional de Terrorismo. En efecto, el alto Tribunal señaló que esa norma vulnera los principios de equidad y seguridad jurídica en tanto que toda persona tiene derecho a recibir del Estado la tutela jurisdiccional, solicitando en su caso se sancione al infractor de un bien jurídico de relevancia penal, lo que es impedido por el nuevo texto del art. 51° CP; además, viola el derecho a la igualdad, pues permite diferentes tratamientos a las víctimas, pues en unos casos lograron alcanzar la expedición de una sentencia de condena contra el agresor y en otros, de aplicarse el citado art. 51° CP, se verían desprotegidas con el archivamiento de la causa, haciendo ilusorio el derecho que toda persona a la tutela jurisdiccional, que comprende el derecho a una indemnización, a la obtención de una sentencia de fondo, fundada en el derecho, y su ejecución obligatoria[346].

IV. LA ACUSACIÓN FISCAL

1. FUNDAMENTO, CONCEPTO Y ELEMENTOS

La necesidad de que el Fiscal formule acusación, requisito indispensable para la apertura del juicio oral, radica en el principio acusatorio, en la vigencia

---

[344] Exp. N° 608-90, Piura (*Anales Judiciales*, T. LXXIX, Lima, 1991, pp. 327-328).

[345] *Plenos Jurisdiccionales*, cit., pp. 97-101.

[346] Ejecutoria Suprema de 29 de noviembre de 2002, Lima, Consulta N° 3166-2002 (Inédita).

de las máximas romanas *"ne procedad iudex ex oficio"* y *"nemo iudex sine acusatore"*. GIMENO SENDRA insiste al respecto que "para la apertura del juicio oral es necesario, en el proceso contemporáneo, que la pretensión penal sea planteada y mantenida por un sujeto distinto al órgano jurisdiccional. Mediante la interposición de la pretensión penal por las partes acusadoras se da cumplida respuesta a la referida exigencia"(347). Desde esta perspectiva, la Corte Suprema determinó que el Tribunal no puede declarar la procedencia del juicio oral sin acusación fiscal(348).

La acusación fiscal puede definirse, siguiendo a Juan-Luis GÓMEZ COLOMER, como el acto procesal mediante el cual se interpone la pretensión procesal penal, consistente en una petición fundada dirigida al órgano jurisdiccional, para que imponga una pena y una indemnización a una persona por un hecho punible que se afirma que ha cometido(349). En consecuencia, no puede acusarse a una persona incierta y no identificada(350).

Cinco son sus notas esenciales, al decir de GIMENO SENDRA(351):

A. La acusación fiscal es un acto de postulación que asiste al Ministerio Público. Está precedida por la formalización de la denuncia que es el escrito que da inicio al procedimiento preliminar y, luego, por los actos de introducción de los hechos al indicado procedimiento.

B. Su contenido esencial consiste en la deducción de la pretensión penal –como objetivo principal– y de la pretensión civil –como objetivo accesorio, pero necesario al sustentarse en la producción de un daño como consecuencia de la comisión de un delito–.

C. La formulación de la acusación integra el objeto procesal penal. Esta última noción, como se sabe, consiste en una petición de pena, basada en un título de condena y fundamentada en la presunta comisión de un delito de carácter histórico por una persona que tiene la calidad inculpada. Sus elementos son de carácter subjetivo y objetivo.

Desde un punto de vista subjetivo, es de precisar que la acusación requiere que el acusado esté debidamente individualizado y que previamente haya sido comprendido como inculpado en el auto de apertura de instrucción, con lo que se evita acusaciones sorpresivas.

---

(347) GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 419.

(348) *Revista de los Tribunales*, 1941, Lima, p. 491.

(349) En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1991, cit., T. III *(Proceso penal)*, p. 284.

(350) Ejecutoria Suprema de 9 de julio de 1976, Exp. N° 578-76, Arequipa (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, pp. 459-460.

(351) GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 307-311.

Por otro lado, desde un punto de vista objetivo, cabe puntualizar: a) que el órgano jurisdiccional no está vinculado al monto de la pena pedida por el fiscal, pues puede imponer la pena dentro del límite legal del tipo penal correspondiente; b) que el juez, en cambio, sí está vinculado al título de condena, aunque no de manera absoluta, pues puede modificar la calificación jurídico-penal del hecho siempre que no incorpore nuevos hechos y exista identidad de bien jurídico o interés jurídico vulnerado entre el delito objeto de acusación y el delito objeto de condena; y, c) que, finalmente, el órgano judicial debe respetar los hechos objeto de acusación (la fundamentación fáctica de la pretensión punitiva es esencial), pues en aras del respeto al derecho de defensa y al principio acusatorio no puede extender su conocimiento a nuevos u otros hechos que no han sido objeto de calificación y de prueba. El primer supuesto del art. 325°.2 del CPP de 1991 sanciona este proceder con la nulidad de la sentencia.

D. El escrito de acusación fiscal importa una calificación provisional. Ello significa que, luego del acto oral, el fiscal puede: a) si considera que el hecho delictivo es más grave que el que fue objeto de acusación escrita, formular acusación ampliatoria, previa autorización judicial (art. 293° CPP 1991); y, b) pedir aumento o disminución de la pena o reparación civil solicitadas en la acusación escrita (genéricamente, art. 273° CPP 1940; específicamente, art. 296°, segundo párrafo, CPP 1991).

E. La acusación fiscal tiene como función determinar el *tema de la prueba*. Sobre los hechos afirmados en la acusación versará la actividad probatoria en el juicio oral. La regla de la pertinencia es de cumplimiento insoslayable. A este efecto es de tenerse en consideración lo alegado por el imputado en el curso de la instrucción. Será pertinente aquello que verse sobre los hechos afirmados por la acusación y por la defensa, en tanto existe relación con lo fijado en el auto apertorio de instrucción.

Por otro lado, la Corte Suprema ha establecido que la acusación fiscal es procedente cuando hay presunción grave de responsabilidad[352] o elementos suficientes de culpabilidad[353], pero no cuando existan simples sospechas[354] o se haya actuado prueba de descargo que demuestre la inexistencia de los hechos delictuosos[355].

---

[352] Ejecutoria Suprema de 12 de julio de 1944 (*El Peruano*, Lima, 16 de mayo de 1945).

[353] Ejecutoria Suprema de 28 de abril de 1954 (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, N° 126, Lima, 1954, pp. 873-874).

[354] Ejecutoria Suprema de 2 de diciembre de 1952 (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, N° 108, Lima, 1953, pp. 89-90).

[355] Ejecutoria Suprema de 24 de agosto de 1955 (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, N° 146, Lima, 1956, pp. 336-339).

2. REQUISITOS FORMALES

El art. 260° CPP 1991, que en este punto ha seguido al Código de 1940 (art. 225°, modificado por la Ley N° 24388) y a la Ley Orgánica del Ministerio Público (art. 92°, tercer párrafo) fija un conjunto de requisitos formales que debe contener la acusación fiscal, distribuidos en seis incisos, precedidos de tres presupuestos esenciales: 1°) Necesidad de que el Fiscal considere probado el delito y la responsabilidad del imputado: en buena cuenta, que existan fundamentos razonables que justifiquen un juicio oral y que en esa fase principal pueda esclarecerse definitivamente los cargos que plantea. 2°) Exposición razonada o fundamentada de las conclusiones que exponen: especial referencia a los actos de investigación y evidencias obtenidas a lo largo de la instrucción con el detalle los motivos del convencimiento fiscal. 3°) Exigencia de escrituralidad del acto procesal: la calificación de los hechos investigados debe ser por escrito. La escritura otorga seguridad y fehaciencia, a la vez que permite el conocimiento de su contenido por la defensa y el propio órgano jurisdiccional.

El *primer requisito* se refiere a la descripción de los hechos punibles, incluidas sus circunstancias y la descripción de los daños y perjuicios causados por el delito, o la cosa que haya de ser restituida. Este requisito constituye un elemento esencial de la acusación y los hechos que describa deben ser el resultado de la investigación en los marcos definidos en el auto de apertura de instrucción; no puede acusarse por un delito que no fue materia del auto de apertura de instrucción ni de los actos propios de la etapa investigatoria[356]. Si la acusación fiscal omite pronunciarse por los hechos y delitos objeto de un auto ampliatorio de instrucción, situación no advertida por el Tribunal, todo lo actuado con posterioridad a la acusación es nulo [357].

El *segundo requisito* es la calificación jurídica. Tiene como principal función cuidar que los hechos del sumario tengan la respectiva tipificación y fijar provisionalmente el título de condena: precisión del tipo penal, del grado del delito, del nivel de intervención en el hecho (autor o partícipe) y las circunstancias atenuantes y agravantes, sean éstas genéricas, específicas o especiales. La calificación jurídica del fiscal debe respetar, de modo general, la calificación realizada en el auto de apertura de instrucción. La relativa desvinculación que se permite, siempre que se respeten los hechos punibles investigados en la instrucción, tiene que incorporar un tipo penal que importe

---

[356] Ejecutoria Suprema de 5 de octubre de 1976, Exp. N° 1072-76, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, p. 490).

[357] Ejecutoria Suprema de 30 de setiembre de 1995, Exp. N° 1537-85, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXIII, Lima, 1985, pp. 281-282).

la lesión o puesta en peligro, según el caso, del mismo bien o interés jurídico de la figura penal invocada en el auto de apertura de instrucción, pues de este modo se evita la lesión al derecho de defensa con acusaciones sorpresivas.

El *tercer requisito* es la legitimación pasiva. El acusado y el responsable civil (puede haber un tercero civil) deben ser individualizados[358]; además, se debe precisar la conducta incurrida, y la relevancia jurídica de la misma. Su ausencia no haría sino vulnerar el derecho de defensa.

El *cuarto requisito* es la petición de pena y reparación civil. Si bien este requisito no vincula al órgano jurisdiccional, el Fiscal debe determinar la calidad y cuantía de la pena y de la reparación civil dentro de los parámetros fijados en el Código Penal (arts. 45°, 46° y 92°-95°). La Corte Suprema estipuló que si el Fiscal en su acusación escrita no indica en forma clara y precisa la pena que propone se imponga a los encausados, el juicio oral y la sentencia son nulos[359].

El *quinto requisito* es la proposición de prueba y otras peticiones. El Fiscal señalará los testigos y peritos que, a su juicio, deben presentarse en el juicio oral. También puede solicitar la adopción de medidas cautelares y la modificación, suspensión o revocación de aquellas medidas adoptadas en la etapa de investigación.

La acusación, en suma, debe ser precisa y clara, en lo que respecta al hecho que considera delictuoso y a la norma legal aplicable, y referirse únicamente a los hechos en debate y no a otros nuevos, que deberán ser objeto de otro proceso. Lo contrario sería atentar contra el fundamental principio de inviolabilidad de la defensa en juicio[360].

La Corte Suprema ha declarado que la acusación fiscal debe contener el análisis sobre la participación y la responsabilidad de cada procesado, ocasiona la nulidad del juicio oral[361]. La acusación fiscal, al igual que el dictamen no acusatorio del fiscal, deben motivarse debidamente[362].

---

(358) Ejecutoria Suprema de 27 de setiembre de 1973, Exp. N° 1128-73 (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, p. 75).

(359) Ejecutoria Suprema de 27 de setiembre de 1985, Exp. N° 1364-85, Huánuco (*Anales Judiciales*, T. LXXIII, Lima, 1985, pp. 279-281).

(360) LEVENE (h), Ricardo: *Derecho procesal penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1980, p. 302.

(361) Ejecutoria Suprema de 15 de marzo de 1994, Exp. N° 1885-92-B (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 238-240).

(362) Ejecutoria Suprema de 12 de octubre de 1972, Exp. N° 1298-72, Lambayeque (*Boletín Judicial*, Año I, N° 5-7, Lima, 1972, pp. 309-310).

La acusación fiscal debe sustentarse en suficientes elementos de juicio. Por tanto, si los cargos solo se fundamentan en sospechas, en los antecedentes y en el Atestado Policial no cabe formular acusación[363]; asimismo, si se inició la investigación sobre meras presunciones, enervadas en el curso de la instrucción[364], tampoco cabe formular acusación, al igual que si no está acreditado el cuerpo del delito[365]. Cabe acusación, en cambio, cuando existen sospechas fundadas contra una persona que aparecen abonadas por la forma de comisión del delito, el móvil, el ambiente y las circunstancias que rodearon al hecho delictivo y a la vinculación entre imputado y agraviada [366].

3. CLASIFICACIÓN

La Ley Orgánica del Ministerio Público, en su art. 92°, incorporó una clasificación de la acusación fiscal en función al nivel de convencimiento del Fiscal sobre el material acopiado en el curso de la instrucción. Desde esta perspectiva, la acusación será (1) *sustancial*, "(...) si las pruebas actuadas en la investigación policial y en la instrucción lo han llevado a la convicción de la imputabilidad (*sic*) del imputado". Por el contrario, la acusación será (2) *formal*, "si abrigase dudas razonables sobre su imputabilidad". En este último caso, el Fiscal ofrecerá las pruebas que estime necesarias e instruirá al Fiscal Provincial o al Adjunto pertinente, "(...) para la actuación de las pruebas en la investigación policial ampliatoria que se llevará a cabo en el plazo señalado (el Fiscal Superior al encargar la investigación debe designar el plazo correspondiente), con la citación oportuna, bajo responsabilidad del acusado y su defensor. Las pruebas (*sic*) así actuadas serán ratificadas en el acto del juzgamiento". Su infracción, esto es, la omisión de ordenar la ampliación policial–fiscal de las investigaciones y, en caso que se haga, la no ratificación de las evidencias obtenidas en el juicio oral, determina la nulidad de lo actuado[367].

HURTADO POZO considera defectuoso este sistema, puesto que la acusación formal implica, en realidad, la ampliación de la instrucción para

---

[363] *Revista del Foro*, N° 6, Lima, 1950, p. 689.

[364] *Revista de los Tribunales*, 1944, Lima, p. 403.

[365] *El Peruano*, Lima, 10 de setiembre de 1943.

[366] Ejecutoria Suprema de 19 de agosto de 1944 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 229-231).

[367] Ejecutoria Suprema de 29 de abril de 1988, Exp. N° 183-88-Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 247-249); y, de 12 de octubre de 1988, Exp. N° 445-88, ISP, Ancash (*Jurisprudencia Penal [1984-1992]*, cit., pp. 149-150).

recoger las pruebas que establezcan la plena responsabilidad del acusado; además, por su intermedio, la investigación es puesta en manos de la policía, se despoja al juez instructor de la investigación y se atribuye inconstitucionalmente facultad jurisdiccional a la Policía[368].

El sistema vigente, altamente formalizado en la etapa de instrucción, sin duda alguna, se resiente cuando una vez sometida la causa a conocimiento judicial posteriormente se remite la búsqueda de evidencias a la actuación policial, pese a que formalmente concluyó el sumario judicial. Está pues justificada la crítica de HURTADO POZO, al punto que inclusive se denomina "prueba" a lo actuado policialmente y que lo único que cabe en el juicio oral es su "ratificación". Tal concepción, como luego veremos, es absolutamente inconstitucional y violatoria de los principios básicos que sustentan el procedimiento penal y, en lo específico, la actividad probatoria. La citación de la defensa en orden a las investigaciones policiales no transforma sus actuaciones en "prueba" ni da por cumplido los requisitos de inmediación, publicidad, oralidad y contradicción, así como tampoco obvia los requisitos de urgencia e irreproducibilidad propios de la denominada "prueba preconstituida".

V. EL AUTO DE ENJUICIAMIENTO

Emitida acusación fiscal y devuelta con los autos al órgano jurisdiccional, acompañándose las copias suficientes para su entrega a las partes (acusados, parte o actor civil y tercero civil), corresponde –una vez superado el control formal de la misma– dictar el auto de enjuiciamiento, para su correspondiente notificación a las partes.

Esta resolución se limita a aceptar los términos de la acusación fiscal en tanto deba procederse a la realización del juicio oral. Debe entenderse que es la acusación fiscal la que orienta el proceso ante el órgano jurisdiccional. A este respecto, GARCÍA RADA llega a sostener que el auto de enjuiciamiento cumple una función complementaria al delimitar el delito y su presunto responsable, así como todo lo que será materia del juzgamiento[369]. En tal virtud, como lo tiene establecido el Supremo Tribunal, es nulo el auto de enjuiciamiento que no se refiere a todos los delitos e imputados contra quienes se formuló acusación Fiscal[370], así como aquel

---

[368] HURTADO POZO, José: *El Ministerio Público*, EDDILI, Lima, 1981, p. 212.

[369] GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 271.

[370] Ejecutoria Suprema de 3 de noviembre de 1972, Exp. N° 1269-72, Ayacucho (*Boletín Judicial*, Año I, N° 5-7, Lima, 1972, pp. 304-305).

auto que dispone pasar a juicio oral por un delito que no ha sido materia de la instrucción[371]. La Corte Suprema ha considerado que el auto de enjuiciamiento es el acto procesal fundamental para la etapa del enjuiciamiento y sentencia en el proceso penal y, como tal, cumple un mínimo de funciones, entre las que destaca la función programática del juzgamiento en orden a garantizar la eficiencia en el resultado del proceso [372], lo que a nuestro juicio significa que fija las bases de la discusión y actividad probatoria en el juicio oral. En otras decisiones, ha precisado que otra de sus funciones básicas es la de control de la acusación y evaluación de la instrucción[373], de suerte que le corresponde controlar, entre otros temas, si la acusación se pronuncia por las modalidades delictivas en concordancia con el auto de apertura de instrucción y si cumple lo dispuesto en el art. 225° CPP, específicamente con los fundamentos fácticos de la acción punible y los artículos pertinentes del Código Penal[374]. La Corte Suprema, asimismo, atribuye al auto de enjuiciamiento una función preventiva de nulidades[375].

El auto de enjuiciamiento, como enseña Ernst BELING[376], es irrevocable. El imputado no tiene contra él ningún derecho impugnaticio (se limita a disponer el pase a la etapa principal, la más importante del proceso penal, donde se discute la realidad de los cargos formulados al imputado). Además, causa estado (BELING, denomina a esta nota distintiva "*efecto formal de cosa juzgada*"), pues a dicho auto sigue irremediablemente el juicio oral.

El auto de enjuiciamiento ocasiona en el proceso, tal como afirma GIMENO SENDRA[377], los siguientes efectos: a) Cierra la posibilidad de que ingresen nuevas partes al proceso, en especial que se produzca la constitución

---

(371) Ejecutoria Suprema de 20 de octubre de 1972, Exp. N° 1247-72, Puno (*Boletín Judicial*, Año I, N° 5-7, Lima, 1972, pp. 305-306).

(372) Ejecutoria Suprema de 30 de junio de 1999, Exp. N° 1208-99, La Libertad (*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia* Penales, N° 3, Lima, 2002, pp. 553-556). Otras Ejecutorias en los mismos términos: de 21 de octubre de 1999, Exp. N° 3305-99, Callao (CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner y VALLADOLID ZETA, Víctor, *Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima, 2002, pp. 304-305); y, de 21 de noviembre de 2000, Exp. N° 3824-2000, Junín (*Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 5, Trujillo, 2001, pp. 208-210).

(373) Ejecutoria Suprema de 20 de abril de 1998, Exp. N° 1084-98, Tacna (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal [1996-1998]*, cit., T. II, p. 200).

(374) Ejecutoria Suprema de 1 de julio de 1998, Exp. N° 742-97, Huánuco (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal [1996-1998]*, cit., T. II, pp. 201-204).

(375) Ejecutoria Suprema de 30 de junio de 1999, Exp. N° 1830-99, Callao (CHOCANO RODRÍGUEZ/VALLADOLID ZETA: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 306-307).

(376) BELING: *Derecho procesal penal*, cit., p. 275.

(377) GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal*, T. II (*Proceso penal*), cit., p. 409.

de la víctima en parte o actor civil; b) clausura la posibilidad de que ingrese nuevo material fáctico, al cerrarse definitivamente la fase de investigación, por lo que las partes deberán fundamentar su pretensión en lo actuado hasta ese momento, sin perjuicio de la actividad probatoria que desarrollarán en el juicio oral; y, c) produce la publicidad del procedimiento, pues su proyección al juicio oral exige la posibilidad de asistencia del público a las audiencias.

A nuestro juicio, dicha resolución también determina, *en primer lugar*, lo que va a ser objeto de la defensa, pues –como apunta GARCÍA RADA[378]– tanto el imputado como la parte civil y el tercero civil pueden referirse en sus actos postulatorios y de aportación de hechos a lo que es materia de la acusación; y, en *segundo lugar*, la posibilidad de que las partes puedan precisar sus pretensiones, ofrecer actos de prueba y deducir diversos medios de prueba, la cual ha sido mejor tratada en el Código de 1991.

El auto de enjuiciamiento es resultado de la procedencia de la acusación. Esta, para su emisión, requiere, como apunta la Ejecutoria Suprema de 7 de febrero de 1975, que de lo actuado aparezcan indicios razonables de la comisión del delito y circunstancias que deben esclarecerse debidamente en audiencia[379]. Dicho auto, además, debe referirse a todos los delitos y personas acusadas, cuya omisión produce la nulidad de la resolución[380], aunque en un fallo posterior motivó esa declaración, sosteniendo que "pese a haberse precisado en la acusación fiscal los procesados y los delitos que presuntamente cada uno cometió, la Sala Penal en el auto de enjuiciamiento ha incluido a uno de los procesados en todos los delitos, irregularidad que no ocasiona la invalidez de lo actuado, estando a los principios de celeridad y economía procesales"[381].

La Corte Suprema, en alguna resolución, considera que el auto de enjuiciamiento exige identidad respecto del delito acusado con el tipo penal determinado en el auto de apertura de instrucción[382], criterio que no puede ser compartido en lo absoluto, porque el objeto del proceso no lo integra el título de condena, sino el hecho delictivo, tanto en su perspectiva histórica como en su referencia al bien jurídico vulnerado, de suerte que no se produce infracción al principio acusatorio y al derecho de defensa

---

(378) GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 273.

(379) Exp. N° 118-74, Piura (*Boletín Judicial*, Año IV, N° 16, Lima, 1975, p. 79).

(380) Ejecutoria Suprema de 3 de noviembre de 1972, Exp. N° 1269-72, Ayacucho (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, pp. 112-113).

(381) Ejecutoria Suprema de 8 de setiembre de 1997, Exp. N° 343-97, Puno (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 208).

(382) Ejecutoria Suprema de 23 de setiembre de 1997, Exp. N° 4229-97, Huánuco (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal [1996-1998]*, cit., T. II, pp. 298-299).

si el tipo penal concretamente acusado no varía los hechos investigados ni introduce un bien jurídico distinto; por lo demás, se exige correlación, no identidad. Además, como apunta RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, la calificación de los hechos que efectúa el juez instructor tiene un carácter provisional, siendo perfectamente válida y lícita cualquier discrepancia respecto de lo realizado por el Instructor, salvo que se trate de diferentes hechos[383] o, como apunta ÁLVAREZ CANALÉ, el cambio de calificación no desbarate la estrategia defensiva del imputado[384]. El procesamiento, que en nuestro medio se relaciona con el auto de apertura de instrucción, dice GIMENO SENDRA, optando por una opción radical siguiendo la jurisprudencia española, exige solo una cancelación subjetiva con la acusación (del imputado) de modo que el Fiscal no está vinculado ni por la determinación fáctica, ni por la calificación jurídica de los hechos que haya plasmado el juez instructor, pues el derecho al conocimiento previo de la acusación no implica convertir el procesamiento en un escrito de acusación[385]. En una línea más matizada, CALDERÓN y CHOCLÁN reconocen que la correlación también es objetiva, la que por cierto no comprende la calificación provisional realizada por el juez instructor, por lo que si la acusación va a sostenerse por hechos distintos, previamente deberá solicitarse la ampliación del procesamiento en tal sentido[386].

VI. INTERPOSICIÓN DE MEDIOS DE DEFENSA Y ACTOS DE PRUEBA

1. ASPECTOS GENERALES

Dictado el auto de enjuiciamiento, la Ley procesal regula la intervención de las partes privadas tanto para que introduzcan sus propias pretensiones, como para ofrecer pruebas e interponer nuevos medios de defensa. La regulación de este momento procesal es, sin embargo, diferente en ambos Códigos. Es de destacar que el nuevo Código –y con mayor alcance el Proyecto de 1996– incorporan un conjunto de actuaciones en orden a la discusión de la pretensión penal del fiscal, a los medios de defensa y a los actos de prueba, tendentes a garantizar tanto la concentración como la definitiva procedencia del juicio oral y a definir el marco de actuación probatoria.

---

(383) RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo: *El procesamiento*, Comares, Granada, 1998, p. 33.

(384) ÁLVAREZ CANALÉ: *La instrucción procesal penal en la jurisprudencia*, cit., p. 165.

(385) GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2001, p. 171.

(386) CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO: *Derecho procesal penal*, cit., p. 313.

2. El Código de 1940

Una vez que se ha notificado a las partes el auto de enjuiciamiento, la parte civil –hasta tres días antes de la celebración de la audiencia– cuando no se conforme con las cantidades fijadas por el Fiscal, podrá deducir su propia pretensión donde hará constar la cantidad que reclama por daños y perjuicios causados por el delito y la restitución de la cosa o su pago correspondiente. Igualmente, está autorizada a ofrecer testigos y peritos que justifiquen su postulación. Según el art. 227°, los testigos ofrecidos no pueden exceder de tres y los peritos de dos. Del escrito de la parte civil, se corre traslado al Fiscal y a las demás partes, quienes a su vez, podrán ofrecer tres testigos y el dictamen de dos peritos para cuestionar lo propuesto por aquella.

El imputado, luego de conocer la acusación fiscal, y hasta tres días antes de la celebración de la audiencia, puede ofrecer –sin limitación de número– nuevos testigos y peritos indicando los puntos que deben absolver. Ante este ofrecimiento el Tribunal debe dictar la resolución que corresponda ordenando, de ser el caso, la comparecencia de los testigos y peritos ofrecidos, siempre que se cumpla con la presentación del pliego interrogatorio correspondiente[387].

Por otro lado, es de anotar que el art. 232°, que reprodujo el art. 204° del Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1919, no contempla el escrito de calificación de la defensa que, en rigor, es el verdadero acto de contestación a la acusación fiscal y garantiza el principio contradictorio del procedimiento penal, tal como lo tenía previsto el art. 97° del Código de Procedimientos en Materia Penal de 1891, que decía: "la defensa contendrá la contestación respectiva a los cargos de la acusación".

El Fiscal, no obstante que con el escrito de acusación ofreció la prueba pertinente, también tiene la oportunidad –conocido el tenor de los escritos de la defensa– de ofrecer nuevos testigos y peritos. En este caso, como en lo atinente a las pruebas ofrecidas por la defensa, corresponde a quien los ofrece los gastos que origine su comparecencia y actuación.

Este Código no contempla la posibilidad de interponer nuevos medios de defensa ni de actuar pruebas de urgencia. Tampoco obliga a un pronunciamiento previo de aquellos medios de defensa que puedan plantearse en cualquier estado del procedimiento. En puridad, la fase intermedia en el viejo Código tiene un papel muy deslucido, pues no sólo no regula con respeto al principio de igualdad de armas la intervención de las partes, sino

---

(387) Ejecutoria Suprema de 10 de febrero de 1981, Exp. N° 2673-80, Lima (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. I, pp. 130-131).

que tampoco permite desestimar acusaciones manifiestamente infundadas, ni concentrar las actuaciones del juicio oral y garantizar una audiencia limpiándola de todo obstáculo procesal que impida un pronunciamiento de mérito sobre la pretensión punitiva.

3. El Código de 1991

El nuevo Código regula en los Capítulos II y III, luego de desarrollar lo que denomina "Admisión de la acusación" en el Capítulo I, la interposición de nuevos medios de defensa y del ofrecimiento y la actuación de urgencia de pruebas.

Los nuevos medios de defensa expresamente permitidos son las cuestiones previas, las excepciones y las cuestiones de competencia, obviando las cuestiones prejudiciales. Ello se explica, en *primer lugar*, porque en el nuevo Código estos medios de defensa ya no pueden interponerse en cualquier estado del procedimiento; y, en *segundo lugar*, porque se ha configurado esta fase para garantizar la correcta y adecuada constitución de la relación jurídico-procesal penal y el cumplimiento de los presupuestos procesales.

Precisa el nuevo Código que el plazo para que se deduzcan estos medios de defensa es de cinco días de notificado el auto de enjuiciamiento. El presupuesto de procedencia de estos medios de defensa es que no se sustenten en los mismos hechos que fueron materia de una resolución anterior, obviamente de carácter instructoria. Como se trata, en rigor, de un artículo de previo y especial pronunciamiento, se resuelven previa vista fiscal en el plazo de 3 días. La instalación de la audiencia está condicionada a que la resolución que resuelve la procedencia o fundabilidad de dichos medios de defensa esté firme.

Por otro lado, emitido y notificado el auto de enjuiciamiento, si bien no se reconoce un escrito de calificación de las partes privadas, que sin duda alguna constituye el más serio error técnico del Código, se confiere a las partes la oportunidad de formular pedidos fundamentados de actuación de pruebas; solicitudes que el órgano jurisdicción aceptará siempre que cumplan determinados requisitos, tales como: a) que los medios de prueba sean pertinentes, conducentes, legítimos, útiles y no excesivos; y, b) que los medios de prueba ofrecidos no se refieran a las máximas de experiencia, leyes naturales, normas jurídicas internas vigentes, cosa juzgada, lo imposible y lo notorio (art. 265°). Ello significa que el pedido de actuación de prueba no vincula al Tribunal, sino que su aceptación está condicionada al cumplimiento de parámetros universalmente aceptados.

El problema del nuevo Código es, como ya se ha tenido oportunidad de criticar, su concepción de los actos de prueba, pues los homologa con los actos de investigación, desconociendo que en cuanto a las diligencias sumariales, y policiales inclusive, su aceptación como tales está condicionada a que se cumplan los requisitos legales en su actuación y se dé la oportunidad de contradicción a las partes, así como que –en el caso de diligencias policiales– se trate de diligencias objetivas e irreproducibles y que quien la confeccionó concurra al acto oral para dar la posibilidad de contradicción.

De este modo, la amplitud del inc. 2 del art. 264° permite una interpretación inquisitiva de la función del juicio oral, pues prescribe que conjuntamente con el ofrecimiento de nuevas pruebas, los sujetos procesales pueden "solicitar la ampliación de pruebas practicadas en la investigación, siempre que su deficiente actuación hubiera limitado el debido esclarecimiento de los hechos". Empero, puede limitarse tan deficiente redacción interpretando extensivamente lo que debe entenderse por "deficiente actuación", siendo del caso introducir en el análisis la posibilidad de contradicción para la actuación de diligencias de investigación.

La Sección II del Capítulo III del Libro Tercero del nuevo Código contempla lo que la doctrina denomina "prueba anticipada", que es una de las excepciones, conjuntamente con la prueba preconstituida, a la exigencia de que las pruebas para ser tales deben actuarse con vigencia de los principios de inmediación, contradicción y publicidad y en el juicio oral ante los jueces de fallo. Esta prueba procede cuando sea previsible establecer que un medio de prueba ofrecido por cualquiera de las partes puede perderse o sobrevenir una dificultad insalvable para su actuación en audiencia. En estos supuestos, que se refieren a los casos de ausencia inminente de un testigo o perito, enfermedad grave o viaje, incluyendo los casos de amenazas y presiones contra ellos, es posible adelantar o anticipar su realización.

En estos casos, de oficio o a pedido de una de las partes, se procede a actuar la prueba bajo los cánones del acto oral. El Juez, o Vocal menos antiguo si el Tribunal es colegiado, cita para la diligencia correspondiente, la que se actuará con asistencia de las partes y en la misma forma en que se actuaría en el juicio oral. Se reproducen los regímenes de actuación probatoria en el debate oral, de suerte que por tratarse de una prueba anticipada se da efectivo cumplimiento a los principios de inmediación, contradicción e interrogatorio cruzado propio de las reglas del acto oral, con la única diferencia de que se trata de un acto único y necesariamente anterior a las sesiones públicas

del juicio oral. Esta "actuación de urgencia" se debe realizar en un plazo improrrogable que no podrá exceder de quince días.

4. El Proyecto de Código de 1995

El Proyecto de Código de 1995 tiene parte de la estructura del Código de 1995, pero con las siguientes reformas:

a) Instaura el control material de la acusación fiscal (art. 297°), en cuya virtud regula la institución denominada "absolución anticipada". A pedido del imputado y del tercero civil, es posible dictar una sentencia anticipada siempre que el hecho objeto de la acusación no constituya delito o exista definitivamente establecida una causal de extinción del delito (art. 78° del Código Penal), y siempre que resulte evidente la concurrencia de una causa de exención de la responsabilidad penal (art. 20° del Código Penal), o que el delito no existió o que el imputado no lo ha cometido, no existiendo la posibilidad de incorporar en el acto oral nuevos elementos de prueba.

b) Prescribe la interposición, como medio de defensa técnica, de cuestiones prejudiciales.

c) Aun cuando sigue denominando "prueba" a las diligencias sumariales, permite libremente que se ofrezcan para su judicialización en el acto oral, sin límite alguno. Su actuación no está condicionada a que el acto de investigación se hubiere actuado deficientemente limitando el debido esclarecimiento de los hechos.

d) Siguiendo el modelo italiano incorpora expresamente como causal para la actuación probatoria de urgencia aquellos supuestos en que el testigo o perito ha sido expuesto a violencia, amenaza, ofertas o promesa de dinero, a fin de que no declare o declare en falso.

e) Finalmente, introduce con denominación expresa una nueva resolución, que es la que pone fin a la etapa intermedia: el auto de citación a juicio. Se dicta una vez resueltas todas las incidencias que se han originado a partir de la interposición de nuevos medios de defensa y del ofrecimiento y actuación de pruebas de urgencia.

Capítulo XXII
LA ETAPA DE ENJUICIAMIENTO

SUMARIO: I. Concepto y significado. **II.** Períodos del juicio oral. **III.** Modos de realización del juicio oral: 1. Régimen de la publicidad. 2. Régimen de la oralidad. 3. Régimen de la continuidad. 4. Régimen del contradictorio. **IV.** Poderes y deberes de los sujetos procesales: 1. Del órgano jurisdiccional. 2. De las partes. **V.** Procedimiento del juicio oral: 1. Aspectos generales. 2. El período inicial. 3. El período probatorio. 4. El período decisorio.

I. CONCEPTO Y SIGNIFICADO

Señalan SOSA ARDITI-FERNÁNDEZ, siguiendo a CLARIÁ OLMEDO, que la característica principal del sistema procesal, que tiene como fin la búsqueda de la verdad real, hace que resulte necesario e indispensable que se reciban en forma inmediata, directa y simultánea todas las pruebas que van a dar fundamento a la discusión y a la posterior sentencia[388].

El Juicio Oral es la fase procesal que cumple con dichos requisitos. Esta fase, que se desarrolla en sesiones, es sin duda alguna el período o momento fundamental del proceso penal, dado que está destinada al aporte de las pruebas y a la producción de los informes de los defensores, tanto de la sociedad (Ministerio Público) como privados (imputado, parte o actor civil y tercero civil), frente al órgano jurisdiccional. Como tal, el juicio oral es la discusión de la prueba reunida en el proceso, que se lleva a cabo en forma acusatoria y en la que rigen los principios de contradicción, publicidad, oralidad, inmediación y continuidad. En tanto que es allí donde se resuelve de modo definitivo el conflicto social que subyace y da origen al proceso penal, no puede sino ser el centro del proceso penal[389].

En esta etapa, las sesiones son el escenario donde se practican las pruebas de cargo y de defensa; allí tienen lugar, tanto los planteamientos definiti-

---

[388] SOSA ARDITI, Enrique y FERNÁNDEZ, José: *Juicio oral en el proceso penal*, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 39.

[389] BINDER: *Introducción al Derecho procesal penal*, cit., p. 233.

vos de acusación y de defensa, basados en las pruebas prácticas, cuanto los debates jurídicos sobre los hechos penales. Es de insistir, que su primacía e importancia trascendental, por encima de las otras etapas procesales, consiste en que en la audiencia se someten a enjuiciamiento las conductas penales y que, tras el debate, el órgano jurisdiccional, juzgando, dicta sentencia(390).

La etapa del juicio oral, enseña Giovanni LEONE, abarca aquel conjunto de actividades que se despliegan desde el inicio de las formalidades de apertura hasta el final de la discusión(391). El debate oral es considerado, según el mismo autor, una garantía con referencia a las sentencias de condena. La esencialidad e indefectibilidad del juicio se expresa en el hecho de que: a) no es posible pronunciar una sentencia de condena sin debate (sí es posible, en cambio, una decisión favorable al imputado sin debate, v. gr.: sobreseimiento, absolución del ausente en nuestro derecho); y, b) en relación a la sentencia condenatoria, el debate se constituye en una garantía, tanto para el imputado que de esta forma puede desplegar el máximo de su actividad defensiva, como para la sociedad que queda satisfecha en su ansia de justicia por el libre y amplio despliegue de todas las actividades de las partes(392).

En rigor, el juicio oral se integra por un conjunto de actos formalmente regulados y ordenados conforme a un método dialéctico en función de una lógica jurídica: proposición, prueba y discusión de las cuestiones a decidir, de manera tal que se manifiesta en toda su amplitud el contenido del proceso(393). Es, pues, una reunión concentrada de las actividades de las partes, del juez o tribunal y de los órganos de prueba, tendiente a reproducir todo lo importante que se ha recolectado en el proceso, y a agregar los nuevos elementos –objetivos y subjetivos, fácticos y jurídicos–, que darán o podrán dar fundamento al fallo definitivo.

La nota característica más esencial del debate es la observancia plena de la imputación y del contradictorio. En efecto, el primer principio *–de la imputación–* consiste en la obligación de comunicar, al imputado, la imputación precisa y las pretensiones de las otras partes; el segundo *–contradictorio–* consiste en el deber del juez de escuchar a todas las partes(394).

---

(390) ESCUSOL BARRA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 459.

(391) LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 334.

(392) LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 334.

(393) CLARIÁ OLMEDO, Jorge: *Tratado de Derecho procesal penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1967, T. VI, p. 232.

(394) LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 335.

En nuestro Código de 1940, por ejemplo, la *imputación*, en los términos descritos por Giovanni LEONE, queda asegurada tanto con la notificación de la acusación fiscal, del auto de enjuiciamiento y de las pretensiones de las demás partes, según los arts. 226°, 228°, 229° y 232°, cuanto con la lectura de la acusación fiscal al iniciarse el debate (art. 243°)[395]. De igual manera, el *contradictorio* queda asegurado mediante la intervención en el juicio oral de todas las partes (art. 234°), con el derecho de ofrecimiento de pruebas (arts. 238°-241° y 254°), con el derecho de interrogatorio (arts. 247°, 251° y 259°) y con el derecho de alegar tanto sobre cuestiones que surjan en el juicio como sobre el fondo del asunto (arts. 257°, 259°, 262°, 263°, 271° y 272°-279°).

En estas condiciones, el juicio oral se presenta como el mecanismo más apto para lograr la reproducción lógica del hecho delictuoso; como el más eficiente para descubrir la verdad; como el más idóneo para que el Juez forme un recto y maduro convencimiento; como el más capaz de excluir el arbitrio judicial y dar a las partes oportunidad para defender sus intereses; como el que permite el control público de los actos judiciales, que es fuente de rectitud, de ilustración y garantía de justicia; como el que mejor responde a las exigencias constitucionales[396].

Desde esa perspectiva, en tanto en el juicio oral se aportan las pruebas y se producen los informes de los defensores de las partes frente al órgano jurisdiccional, la instrucción solo tiene una función preparatoria, de indudable valor, pero por sí mismo no vale para suministrar los elementos de convicción que son necesarios como base de una sentencia en la que se dispone sobre derechos fundamentales de la persona, mediante una absolución o una condena[397].

II. PERÍODOS DEL JUICIO ORAL

El juicio oral o audiencia, según la denominación que le dan los Códigos de 1940 y 1991, se encuentra regulado en los arts. 234° a 291° del Código de 1940 y en los arts. 268° a 311° del Código de 1991. Esta etapa se inicia

---

[395] En esta perspectiva, la Corte Suprema tiene sentado que: "Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el régimen procesal y el sistema acusatorio que lo inspira, se basan en el principio de que la base y fundamento del juicio oral es la acusación, sin la que no puede haber juicio" (Ejecutoria Suprema de 17 de noviembre de 1959 [*Revista de Jurisprudencia Peruana*, N° 196, Lima, 1960, p. 429]).

[396] VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: *Derecho procesal penal*, Marcos Lerner–Editora Córdoba, Córdoba, 1986, T. I, p. 420.

[397] PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ / GUTIÉRREZ DE CABIEDES: *Derecho procesal penal*, cit., p. 326.

luego de dictarse el auto de citación a juicio y culmina con la expedición de la sentencia. Conceptualmente, en tanto se entienda que el juicio oral es una actividad continuativa integrada por una diversidad de actos, es posible dividirlo en tres períodos:

1. *Período inicial*. Comprende dos momentos esenciales: la instalación, o trámite de apertura, y la posible conformidad (arts. 234°-243 del Código de 1940 y arts. 275°-280° del Código de 1991). El último momento está regulado en el nuevo Código de 1991 y puede dar lugar a la expedición de una sentencia de conformidad.

2. *Período probatorio*. Comprende toda la actuación probatoria propiamente dicha y el conjunto de sus incidencias. En este período, de "asunción de pruebas" como lo denomina Giovanni LEONE, se da con toda su fuerza el principio de oralidad y los que de él se derivén: inmediación, concentración y publicidad. Tiene que ver con el examen del acusado, de los testigos –que obviamente incluye a la víctima– y de los peritos, así como con la oralización de los medios probatorios. En el Código de 1940, se sigue el orden precedentemente citado (arts. 243°-262°), por cierto similar a los modernos códigos italiano y argentino; sin embargo, en el Código de 1991 el examen del acusado se realiza después de la actuación de la prueba testifical y pericial y de la oralización de los medios probatorios (art. 281°).

3. *Período decisorio*. Comprende, de un lado, la discusión final o informes de las partes, esto es, la exposición final del fiscal y los alegatos de los defensores del actor o parte civil, del tercero civil y del imputado, y la autodefensa (todo lo cual puede denominarse genéricamente "informes") y, de otro lado, la deliberación y expedición de la sentencia. Está regulado en los arts. 272° y 279° del Código de 1940 y en los arts. 295°-301° del Código de 1991.

III. MODOS DE REALIZACIÓN DEL JUICIO ORAL

Antes de abordar el estudio de cada uno de los períodos del juicio oral, es decir, del procedimiento o trámite del plenario propiamente dicho, resulta necesario, siguiendo el planteamiento metodológico de CLARIÁ OLMEDO, estudiar –en primer lugar– los modos de realización del juicio oral, esto es, sus regímenes y –en segundo lugar– los poderes y deberes del órgano jurisdiccional y por las partes[398].

---

(398) CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VI, p. 231.

En lo atinente a los *modos de realización del juicio oral*, es del caso estudiar los siguientes regímenes: publicidad; oralidad, inmediación e identidad física del juzgador; continuidad y concentración; y, contradictorio.

1. RÉGIMEN DE LA PUBLICIDAD

Conforme se tiene expuesto en la primera parte de este libro, la publicidad es una garantía específica consagrada en el art. 139°. 4 de la Constitución. Un proceso será debido o "con todas las garantías", reconoce nuestra ley superior, sólo si está regulado bajo el régimen de publicidad(399). La publicidad, en atención a su directa relevancia constitucional –que guarda relación con el contralor popular–, se impone bajo sanción de nulidad (art. 215°, CPP de 1940). Por tanto, la regla general es que "toda persona puede acceder a la sala de debates a presenciar las audiencias"(400). La publicidad de los debates es la posibilidad de asistencia física de la sociedad en general a la ejecución y práctica de la prueba(401).

El procedimiento escrito –y en su caso el *procedimiento a "puertas cerradas"*, salvo las excepciones permitidas por la Constitución y los Tratados Internacionales, está en pugna con la propia Ley Fundamental, pues no consiente la verdadera publicidad –que se refiere a todos los ciudadanos y no sólo a las partes– que es esencial en un régimen republicano de gobierno, desde que la publicidad –bajo el *aspecto político*– acrece en el pueblo el sentimiento de respeto a la ley y sus jueces, a quienes pone al amparo de la sospecha, favoreciendo en último término la cohesión social y el orden jurídico, y –*respecto del imputado*– la publicidad es una garantía de justicia y de libertad, es una tutela contra la calumnia, la ilegalidad y la parcialidad, puesto que el control público frena las ilicitudes y recuerda a los sujetos procesales que están bajo la atenta mirada del pueblo, ante el cual han de rendir cuenta de sus actos(402).

La Constitución permite excepciones a la publicidad del juicio oral, siempre que se encuentren debidamente contempladas en la ley. Sobre el particular, es de precisar que los baremos dentro de los que puede decidir el

---

(399) El Tribunal Constitucional ha declarado, expresamente, que la publicidad del proceso, entre otros (defensa, asistencia letrada, derecho a impugnar, derecho a la prueba, derecho a una justicia sin dilaciones indebida y derecho a un juez imparcial), es una manifestación del debido proceso (STC Exp. N° 2940-2002-HC/TC, Asunto Ramón Campos Esparza, de 30 de enero de 2003 [http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/2940-2002-HC.html]).

(400) SOSA ARDITI / FERNÁNDEZ: *Juicio oral en el proceso penal*, cit., p. 47.

(401) GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 99.

(402) VÉLEZ MARICONDE: *Derecho procesal penal*, cit., T. I, pp. 427-428.

legislador nacional están fijados por el Derecho Internacional de Derechos Humanos. En efecto, el art. 14°.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que: "*...La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes, o en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia*". A su vez, el art. 8°.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos permite la no publicidad cuando "(...) *sea necesario para preservar los intereses de la justicia*".

No obstante lo expuesto en ese parámetro genérico de exclusión de publicidad, la propia Ley Fundamental en el aludido artículo constitucional traza un límite a las excepciones que puede prever la ley. Se trata de "*Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución* (...)".

El Código de 1940 no contiene norma alguna respecto a la exclusión del público o de los órganos de comunicación social, salvo el caso de los delitos contra la libertad sexual, cuyo art. 310° impone la realización de "audiencias privadas", sin asistencia de público. Sin embargo, el art. 137° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial contiene una prohibición expresa dirigida a los menores de edad. La Corte Suprema ha establecido, amparándose directamente en la Constitución, que por razones de orden público y seguridad nacional, en tanto la publicidad total menoscaba la recta administración de justicia, es posible realizar el acto oral en reserva[403].

El Código de 1991, bajo la inspiración de la Constitución de 1979 –cuyo art. 233°.3 es, sin duda alguna, de mejor factura que el art. 139°.4 de la Constitución vigente– y del Código Procesal Modelo para Iberoamérica (art. 293°), admite dos de los tres tipos de excepciones a la publicidad que reconoce el derecho comparado: *Reserva total y parcial*, y *limitación parcial*; no incorpora la *limitación relativa* vinculada a los menores, aunque es de incluirse al amparo del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

a) *Reserva total y parcial* (art. 268°, primer párrafo). En estos supuestos el juicio oral se efectúa total o parcialmente a puertas cerradas. Si todos los actos, simples o complejos, se desarrollan excluyendo al público, la reserva será total. En cambio, si la exclusión comprende

---

(403) Ejecutoria Suprema de 27 de enero de 1989, Exp. N° 1194-88, Lima (*Normas Legales*, T. 205, junio, Trujillo, 1993, pp. 481-484).

solo algunos actos del debate (v. gr.: alguna declaración o parte ella, una exhibición corporal, etc.), la reserva será parcial.

b) *Limitaciones relativas.* Están referidas a la prohibición de concurrir a las audiencias a determinadas personas. Es el caso específico de los menores de edad (art. 137° TUO de la LOPJ). Explica CLARIÁ OLMEDO que se trata de una limitación subjetiva fundamentada en impedimentos específicos, que debe hacerse efectiva en función de las atribuciones de gobierno que corresponden al órgano jurisdiccional.

c) *Limitaciones parciales.* Comprende el alejamiento de la Sala de Audiencias de personas cuya presencia no fuere necesaria, o a la limitación de los asistentes a un determinado número. Explican esta excepción razones de orden (capacidad de la Sala, poder disciplinario, etc.), decoro, higiene o moralidad (art. 271°).

El art. 268° reconoce tres órdenes de razones para decretar la reserva de la audiencia, entendidas como límites al principio de publicidad general: 1. Moralidad o afectación grave del orden público o la seguridad nacional; 2. Intereses de menores o protección de la vida privada de los sujetos procesales; y, 3. Perturbación a la recta administración de justicia, tales como peligros de secretos que puedan perjudicar injustificadamente a las partes.

Los tipos normativos antes señalados son abiertos e intensamente valorativos, en cuya virtud la propia norma exige una especial motivación. El Juez o Sala Jurisdiccional debe realizar una proporcionada ponderación de dos intereses en conflicto: *acceso al público por razones de control ciudadano a la justicia* vs. *otros intereses o bienes constitucionalmente relevantes* (v. gr.: derecho a la intimidad, honor personal, orden público, seguridad nacional, justicia objetiva e imparcial, etc.). La decisión requiere voto calificado. Si se trata de un órgano jurisdiccional colegiado, la decisión debe ser por unanimidad, por lo que si uno de los Vocales no considera razonable decretar la reserva del plenario, tal medida no podrá producirse.

Finalmente, en aras del respeto al principio de proporcionalidad, si la causa que determinó la reserva o privacidad del juicio desaparece, esta se debe levantar a la par que permitirse el acceso del público. La reserva, desde luego, obliga a las partes el deber de guardar reserva sobre lo ocurrido en ese acto.

La reserva, sin embargo, no comprende la expedición del fallo, tal como lo recordó el Comité de Derechos Humanos en su Comentario General 13, párrafo 6[404]. La única excepción posible a la publicidad de los fallos judiciales

---

[404] O'DONNELL, Daniel: *Protección internacional de los Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988, p. 168.

se circunscribe, para lo penal, "*en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario*" (art. 14°.1 del PIDCP).

2. RÉGIMEN DE LA ORALIDAD

A. Aspectos generales

La oralidad es una consecuencia de la publicidad del debate. Se encuentra taxativamente impuesta en los arts. 207° del Código de 1940 y 268° del Código de 1991. Oralidad significa, al decir de Giovanni LEONE, percepción directa, por parte del juez, de las pruebas y de las manifestaciones de las partes(405).

Como consecuencia de la oralidad, expone Florencio MIXÁN MASS siguiendo a QUEVEDO MENDOZA, el órgano jurisdiccional debe fundar la sentencia que emita en el material probatorio proferido oralmente en el debate(406).

Este principio no es absoluto. Sus derogaciones –siguiendo las palabras de Miguel FENECH– se dan en aquellos supuestos en los que la ley impone o consiente la lectura de algunos actos en el debate.

B. Excepciones a la oralidad

El Código de 1940, en sus arts. 254°, 269° y 262°, permite la lectura de: a) declaración del testigo que declaró en la instrucción y que se dirija al tribunal anunciando que no puede concurrir, siempre que se haya ratificado en sus declaraciones y que no se insista en su concurrencia; b) declaración del testigo que por justa causa no pueda concurrir a la audiencia; c) declaración del testigo que el tribunal considere útil o que sea solicitada por las partes; d) dictamen pericial presentado en la instrucción o en la audiencia (supuesto de lectura obligatoria, art. 269° *in fine*); e) piezas, o documentos escritos, que existan en la instrucción o que fueran acompañados por el Fiscal en la acusación. El Código de 1991, por su parte, sólo contiene una disposición genérica sin prohibiciones de lectura en ningún caso; el art. 283° se limita a señalar que se oralizarán los medios probatorios que las partes consideren útiles.

En cambio, el Proyecto de Código de 1995, que profundiza la aplicación del principio de oralidad del juicio oral, contiene una serie de reglas limitativas para la lectura, en aras de evitar que la audiencia se convierta en

---

(405) LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 338.

(406) MIXÁN MASS, Florencio: *Juicio oral*, BLG, Trujillo, 1993, p. 58.

un juicio leído que haga de la oralidad una excepción. El art. 331° prescribe que la oralización o lectura es procedente cuando se trata de lo siguiente:

a) Declaraciones de testigos o exámenes de peritos, actuadas bajo el sistema de prueba de urgencia;

b) Declaraciones de testigos o exámenes de peritos, producidos durante la investigación, que sean de imposible actuación en el acto oral debido al fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero u otras causas objetivas de los testigos o peritos;

c) Denuncia, prueba documental o de informe, dictamen pericial, confrontaciones con las limitaciones reconocidas en los dos puntos anteriores, y las actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación o secuestro u otras que incorporen elementos de prueba y se encuentren previstas por la ley.

El art. 243° del Código de 1940 en su versión originaria iniciaba el período probatorio con la lectura de la instructiva del acusado, norma que fue derogada en el año 1981 con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 126. A partir de esa fecha, ya no se da lectura ni a los informes del Fiscal Provincial y del Juez Penal ni a la instructiva, solo se lee la acusación fiscal. Similar postura adoptó el Código de 1991 en su art. 284°.

Otros Códigos modernos, sin embargo, permiten la lectura de la instructiva o indagatoria, siempre que el imputado resuelva no declarar, o si declara, cuando sus dichos no concuerdan con los vertidos en sus declaraciones anteriores. La lectura, en estos casos, será procedente siempre y cuando en su recepción hayan sido respetadas las específicas normas que la regulan, lo que es perfectamente justificable, porque se trata de un acto procesal establecido en defensa del imputado y no destinado a servir de fuente de información a los órganos penales.

En cuanto a las testimoniales y al examen pericial, como se sabe, la regla general es la recepción oral de la declaración del testigo y de las declaraciones del perito, las que no pueden ser suplidas por la lectura de su testimonio o del informe pericial, salvo casos de excepción manifiesta radicada en los supuestos de instrucción suplementaria o prueba de urgencia o cuando el testigo o perito falleció, está ausente o no es habido.

La doctrina moderna es unánime en sostener que dichas *pruebas personales*, en principio y por regla general, deben actuarse en el acto oral, pues de lo contrario no habría inmediación, que es muy importante para una

adecuada libre valoración de las pruebas, ni se respetaría el principio de contradicción. Obviamente, como señala ORTELLS RAMOS, por razones de objetiva justificación se exceptúan de su actuación en el juicio oral las denominadas *pruebas anticipadas*, que se realizan cuando media una previsión razonable de que no va a ser posible actuarla en el momento del juicio oral, por lo que su actuación se adelanta bajo la forma de la prueba de urgencia en la etapa intermedia; y, las *pruebas preconstituidas*, que se tratan de una objetiva constatación documental de un hecho representativo a efectos probatorios, que por su propia naturaleza no requieren la intervención de un órgano jurisdiccional ni que se respete el contradictorio(407).

La lectura –y posterior análisis en la sentencia– de las testimoniales, preventivas, confrontaciones y documentos o actas en general, está condicionada a que se hayan actuado respetando las normas que las disciplinan. Si bien el principio de indagación de la verdad permite la lectura de la prueba preconstituida y de la prueba anticipada, con las excepciones antes indicadas, es del caso respetar en todo momento el principio de legalidad vinculado al respeto de las formas en materia probatoria o de documentación de las diligencias de investigación. Pese a la literalidad de las normas de ambos Códigos nacionales, es del caso postular una interpretación restrictiva en aras de respetar los principios esenciales del enjuiciamiento y, por consiguiente, acomoda la "oralización" a lo que es estrictamente necesario y jurídicamente factible.

C. *La inmediación*

La oralidad genera un principio rector del juicio oral: la inmediación. ESCUSOL BARRA precisa al respecto que toda la actividad procesal del juicio oral ha de producirse ante el órgano jurisdiccional, que enjuicia las conductas penales y dicta sentencia(408). Señala VÉLEZ MARICONDE que la inmediación es la primera consecuencia de la oralidad: la efectividad de la inmediación requiere que el juicio definitivo se realice oralmente, puesto que la forma escrita constituye una especie de expresión inoriginal, el acta escrita se interpone entre el medio de prueba y el juez (409).

Sostiene Eberhard SCHMIDT que el principio de inmediación se refiere al modo de utilizar la prueba judicial. Esta forma es inmediata, insiste, cuando el tribunal realiza la recepción de la prueba original directamente

---

(407) En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1991, cit., T. III *(Proceso penal)*, pp. 322-323.

(408) ESCUSOL BARRA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 461.

(409) Citado por SOSA ARDITI / FERNÁNDEZ: *Juicio oral en el proceso penal*, cit., p. 40.

por sus propios sentidos. En cambio, acota, si entre el tribunal y la prueba original "se intercala un intermediario que transmite el conocimiento de los hechos respectivos", nos encontramos frente a una recepción mediata de la prueba[410]. De lo expuesto se desprende, además, que está prohibido en el debate la facultad de delegación de actos procesales a otros órganos jurisdiccionales: la prueba debe dirigirla el propio juez del debate[411].

Obviamente, toda lectura de actas sumariales (de la investigación preliminar policial o de la investigación formal realizada ante el Fiscal Provincial o ante un Juez Penal) constituye una prueba mediata. Sobre el particular, Eberhard SCHMIDT previene que es de tener presente el peligro que ello representa, pues la seguridad de la prueba se debilita de acuerdo al número de los intermediarios[412]. En esta misma perspectiva, Julio MAIER enfatiza que la oralidad –y por ende su derivación que es la inmediación– trae como consecuencia la apreciación en conciencia de la prueba; el juicio público y oral se rige por la convicción real que los medios de prueba concretos, recibidos en la audiencia del debate, producen en el juzgador, sin regla alguna que determine el juicio valorativo[413].

Por consiguiente, como aclara Ricardo LEVENE (H)[414], la inmediación tiene tres notas esenciales que tornan inevitable su incorporación en el proceso penal moderno. Estas son las siguientes: a) pone al magistrado en contacto directo con las pruebas y las partes y permite captar aspectos y declaraciones imposibles de conseguir de otra manera, obteniendo así las pruebas de las fuentes originarias; b) facilita el mutuo control entre el juez y las partes, y se asegura la comprensión, evitándose que se altere o deforme la realidad, *lo que ocurre cuando esta llega a conocimiento del tribunal en forma mediata o indirecta por el procedimiento escrito, que de por sí incita a la delegación de funciones*; y, c) permite, en las declaraciones indagatorias y testimoniales, en los careos y en las explicaciones verbales de los peritos, que el juez aprecie las condiciones físicas y morales de los declarantes, y sus reacciones, que pueden estar motivadas por la culpabilidad, el arrepentimiento, la indignación, o denotar su peligrosidad o indiferencia.

---

(410) SCHMIDT, Eberhard: *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 261.

(411) LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 342.

(412) SCHMIDT: *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal*, cit., pp. 262 y 267.

(413) MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, T. I, p. 662.

(414) LEVENE (h): *Manual de Derecho procesal penal*, cit., T. I, pp. 111-112.

D. La identidad física del juzgador

La oralidad y la inmediación exigen a su vez lo que CHIOVENDA denominó la *identidad personal del juzgador*. Estos tres principios, a su vez, no se explican el uno sin el otro. La identidad física del juzgador exige que el mismo magistrado que recibió inmediatamente las pruebas y escuchó las razones de las partes sea quien inmediatamente después dicte personalmente la sentencia(415).

Mediante este principio se puede adquirir un conocimiento directo del caso, lo que al decir de MIXÁN MASS, es uno de los elementos del criterio de conciencia. Conocimiento directo que no sería posible si durante el juicio oral se cambiara al juzgador, pues en tal supuesto el reemplazante no tendrá idea sobre la parte ya realizada y el conocimiento que tenga a partir de su intervención será irremediablemente fragmentario, incompleto(416).

Esta exigencia no solo afirma el principio de que la sentencia debe ser dictada por los mismos jueces que intervinieron en el debate, sino que impide –lo que es factible en el procedimiento escrito– la *delegación de funciones*, que está en pugna con nuestro sistema de gobierno(417).

El art. 289° del Código de 1991 sanciona expresamente este principio, al señalar que: "*El Juzgador será el mismo desde el inicio hasta la conclusión de la audiencia* (...)". En esta perspectiva, el art. 269° del Código de 1940, en su texto originario, señalaba que tratándose de tribunales colegiados (único supuesto en que se ponía la norma) si algún miembro enfermaba y no podría cumplir sus funciones, sería reemplazado por otro magistrado a condición de que se señalara fecha para la nueva audiencia; esto es, si el debate oral se quebraba, todo volvía a fojas cero.

Sin embargo, el nuevo texto del art. 269° del Código de 1940, instituido por el Decreto Legislativo N° 126, de 1981, que en este extremo ha sido seguido por el art. 289° del Código de 1991, estableció que si el Vocal por causal de enfermedad no puede restituirse a la Sala antes de vencido el octavo día de suspensión del juicio, será reemplazado siempre que el estado de la audiencia lo permita, vale decir, hasta antes de la acusación oral, que es momento en que se inicia formalmente los informes de las partes. El art. 266° del Código de 1940, modificado por el Decreto Legislativo N° 126, regula similar proceder cuando el Vocal cese o pase a la condición de jubilado.

---

(415) CAFFERATA NORES: *Introducción al Derecho procesal penal*, cit., p. 209.

(416) MIXÁN MASS: *Juicio oral*, cit., ed. 1993, p. 72.

(417) VÉLEZ MARICONDE: *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 428.

Estos cambios legislativos, que en buena cuenta incorporan excepciones al principio de identidad física del juzgador o inalterabilidad de la composición personal del colegio judicial, obedecen a razones pragmáticas y buscan impedir que el juicio se quiebre evitando dilaciones que se consideran indebidas. Es obvio que tales modificaciones al principio se deben a la alta movilidad de los magistrados –fenómeno peligroso que refleja la inestabilidad de la judicatura nacional– y la necesidad de resolver al más breve plazo las causas pendientes, lo que en última instancia refleja el incumplimiento de un presupuesto de dicho principio, que al decir de MASSARI es la necesidad de que el proceso, desde su inicio hasta la sentencia, tenga que desarrollarse con la mayor rapidez(418).

Quienes toleran tal variación, consideran que no hay mayor alteración de los principios del enjuiciamiento en la medida en que el reemplazo se entiende solo con uno de los tres Vocales que integran la Sala Jurisdiccional y que, por lo menos, el nuevo Vocal puede escuchar los informes de las partes y la autodefensa. Empero, es de precisar que si bien solo dos de los Vocales han presenciado el debate y pueden comunicar sus impresiones al nuevo Vocal, lo cierto es que inevitablemente se lesionan los principios de oralidad e inmediación, que tienen su principal fuente de irradiación en la actuación probatoria, etapa en la que necesariamente no estaría presente el nuevo Vocal.

3. RÉGIMEN DE LA CONTINUIDAD

A. Concentración

Compatible con la oralidad y la inmediación, el principio de concentración, verdadera base del régimen de la continuidad, requiere –según afirma CAFFERATA NORES– la mayor aproximación temporal posible entre los momentos en que se recibe la prueba, se argumenta sobre su resultado y se dicta la sentencia. De allí que los códigos modernos exigen que el debate se desarrolle durante todas las audiencias *consecutivas* que sean necesarias para su terminación(419). A este respecto, la Corte Suprema ha establecido en Ejecutoria de 10 de enero de 1945 que "El juicio oral debe realizarse de manera continua. No es legal realizar audiencias diminutas, interrumpidas por intervalos largos"(420).

---

(418) LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 341.

(419) CAFFERATA NORES: *Introducción al Derecho procesal penal*, cit., p. 205.

(420) GUZMÁN FERRER, Fernando: *Código de Procedimientos Penales*, Cultural Cuzco, Lima, 1982, p. 455.

En orden al principio de concentración, el art. 266° del Código de 1940 prevé que iniciado el juicio oral, continuará en audiencias consecutivas que sean necesarias hasta su conclusión. El Código de 1991 tiene dos normas básicas al respecto, los arts. 269° y 273°: la primera norma estipula que abierta la audiencia, debe continuar hasta su conclusión, *"salvo que sean necesarias sesiones consecutivas"*; la segunda norma dispone que la audiencia se realizará mediante secuencia preordenada, que se concretará de acuerdo a las exigencias específicas del juzgamiento.

Ambos Códigos, sin embargo, no son más radicales al respecto, pues la pauta en el derecho comparado es que entre una audiencia y otra de un mismo debate no deben interferirse otras actividades fundamentales extrañas al proceso en trámite; es decir, el tribunal no puede legalmente intercalar entre las audiencias de un determinado debate, otras pertenecientes a un debate diverso correspondiente a otro proceso. Esta pauta metodológica garantiza la concentración procesal, aproximándose entre sí lo más posible el desenvolvimiento de toda la actividad que integra el debate con su proyección a la constitutiva del momento decisorio[421]. La Corte Suprema sólo ha previsto esta posibilidad tratándose de procesos muy complicados que requieren excepcional dedicación de los magistrados, supuestos en los que el Tribunal puede constituirse "en audiencia permanente y continua"[422].

B. Suspensión e interrupción

Si bien lo ideal es la audiencia única o una sola sesión, lo que puede conseguirse en los procesos simples, diversas circunstancias subjetivas y objetivas imponen el aplazamiento del debate para las sucesivas audiencias o sesiones de días consecutivos, las que obviamente mantienen su unidad. En estas condiciones se produce una *suspensión de la audiencia*, que consiste en el detenimiento de la actividad que se viene cumpliendo en el debate, por un término que en ningún caso puede exceder de 8 días hábiles. Dentro de él, y desaparecida la causa legal que la produjo, se continuará el debate sin repetición de los actos cumplidos hasta su cese[423].

El art. 267° del Código de 1940, modificado por el Decreto Legislativo N° 126, al igual que el art. 269°, segundo párrafo, del Código de 1991 estatuyen que la suspensión del juicio no puede durar más de ocho días hábiles consecutivos (la norma originaria del Código de 1940 fijaba el plazo en solo

---

[421] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VI, p. 252.

[422] GUZMÁN FERRER: *Código de Procedimientos Penales*, cit., p. 455.

[423] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VI, p. 253.

tres días). Por días hábiles, entiende el art. 141° del Código Procesal Civil los días comprendidos entre el lunes y el viernes de cada semana, salvo los feriados –se entiende feriados no laborales– y los días de suspensión del Despacho judicial (el art. 247° del TUO de la LOPJ, precisa que el Despacho judicial se suspende los días de duelo nacional y judicial, de inicio del año judicial y día del Juez). El citado art. 267° del Código de 1940, al igual que el art. 288° del Código de 1991, señala que tampoco serán de cómputo los días de suspensión del despacho por fuerza mayor o por causas imprevistas o caso fortuito (v. gr.: huelgas, problemas atmosféricos, catástrofes, etc.). El caso de la huelga del personal judicial ha sido contemplado por la Corte Suprema como motivo expreso de suspensión[424].

La *interrupción* se produce cuando la paralización del debate se prolonga, o sea factible que ello ocurra, más allá de los ocho días hábiles. Dicen los arts. 267° del Código de 1940 y 269° del Código de 1991 que, en este caso, se dejarán sin efecto o insubsistentes las audiencias ya realizadas, señalándose día y hora para el nuevo juicio oral. Este reenvío del debate a tiempo indeterminado importa que el debate entero se remita a otra audiencia, en la cual iniciará nuevamente su desarrollo, sin vinculación alguna con la parte del debate eventualmente desplegado con anterioridad[425]. De este mismo parecer es Florencio MIXÁN MASS, quien expresa que en estos casos la audiencia realizada hasta antes de la suspensión deviene en insubsistente ("sin efecto", pierde su eficacia); por lo que se tendrá que iniciarla de nuevo en el modo y forma de ley[426]. En el supuesto de *suspensión*, como se sabe, la audiencia se reanuda en el punto en que se paralizó en la sesión anterior; en rigor, la vista oral prosigue luego de superarse el motivo legal que ocasionó la suspensión.

C. Motivos de suspensión

Los Códigos de 1940 y de 1991 son taxativos en la enumeración de los motivos de suspensión del juicio oral. Estos motivos son clasificados por CLARIÁ OLMEDO[427] en dos grupos: a) referidos a situaciones de los sujetos procesales y sus colaboradores; y, b) referidos a cuestiones objetivas relativas al trámite o a la producción de la prueba.

---

[424] Ejecutoria Suprema de 14 de julio de 1989, Exp. N° 229-89, Huancavelica (*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1989, pp. 212-213).

[425] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 342.

[426] MIXÁN MASS: *Juicio oral*, cit., ed. 1993, p. 350.

[427] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VI, p. 254.

C.1. Motivos subjetivos de suspensión

Son los siguientes:

1. El motivo de suspensión genérico está regulado en los arts. 266° del Código de 1940 y 288° del Código de 1991. El primer artículo precisa que la suspensión procederá en los supuestos de inasistencia de algún miembro del Tribunal, del Fiscal, del acusado, del abogado defensor o de algún testigo cuya declaración el tribunal considere necesaria, en cuyo caso corresponde al órgano jurisdiccional tomar las medidas adecuadas para su prosecución. El segundo artículo estipula que la audiencia solo se suspenderá por causas debidamente justificadas, bajo responsabilidad.

El párrafo tercero del art. 266° del Código de 1940 contempla un supuesto de inasistencia que determina la suspensión del juicio oral: *jubilación o cese* de un Magistrado integrante del órgano jurisdiccional. En este caso, el juicio no se interrumpe, sino que se llama a un reemplazante para que complete el Tribunal. Similar opción contempla el art. 289° del Código de 1991, pues prevé la sustitución del magistrado inasistente por causa justificada. Si el inconcurrente –señala el indicado tercer párrafo del art. 266° del Código de 1991–, es el Fiscal Superior, lo reemplazará su Fiscal Adjunto o, en su defecto, el que designe la Junta de Fiscales o el Fiscal Superior menos antiguo; es una cláusula de remisión a lo estatuido en la Ley Orgánica del Ministerio Público, que por cierto puede ser invocada directamente en el caso del Código de 1991, que no contempla norma alguna al respecto (art. 23° LOMP).

Es de precisar que, según el cuarto párrafo de dicha norma, no es causal de suspensión la licencia, jubilación o goce de vacaciones de los miembros del Tribunal cuando el estado de la audiencia es la de expedir sentencia, pues en este caso están autorizados a continuar interviniendo en el proceso.

2. La enfermedad sobrevenida de un miembro del Tribunal, del acusado, o testigo es un supuesto específico de suspensión del juicio oral. En este caso, dispone el art. 268°, la audiencia continuará, previa citación, al día siguiente de cesar ese impedimento, siempre que no dure más de 8 días. El procedimiento que se debe adoptar en estos casos está regulado en el art. 269° del Código de 1940. Para estos supuestos en el Código de 1991, rige el art. 288°, segundo párrafo, que contempla una opción idéntica.

En el supuesto de enfermedad de un Magistrado miembro del Tribunal, preceptúa el primer párrafo del art. 269° del Código de 1940, si vencido el sexto día de suspensión de una audiencia, es previsible que no pueda incorporarse, será reemplazado, hasta antes de la acusación oral, por el llamado por ley. Tal límite referido al momento procesal del cambio, evidentemente,

no rige para el Ministerio Público, lo que se explica por la naturaleza de la institución en la que rige el principio de unidad funcional y porque no le compete dictar sentencia. En el Código de 1991, la sustitución opera en similares términos, con la modificación de que no cabe esperar al sexto día para resolver la sustitución (art. 289°, primer párrafo).

Si el inasistente es el abogado defensor, estatuye el segundo párrafo del art. 269° del Código de 1940, vencido el sexto día de suspensión y siendo previsible que no podrá incorporarse antes del octavo día, se conminará al imputado a que designe otro defensor, caso contrario en ese acto el Tribunal nombrará al abogado que debe hacerse cargo de la defensa. Al octavo día último de la suspensión, si no concurre el defensor titular, sea el defensor primigenio o el que en la sesión anterior designó el acusado, intervendrá indefectiblemente el designado por el Tribunal.

El Código de 1991, en su art. 274°, instaura el procedimiento de exclusión del Abogado Defensor. Autoriza al Tribunal a nombrar otro Defensor, si no asiste el designado por el acusado a dos sesiones consecutivas o a tres no consecutivas. La inasistencia es independiente de que sea justificada o no. En el primer supuesto, el Tribunal ordenará la intervención del defensor de oficio, si es que el Abogado Defensor no concurre en la segunda sesión. En el segundo supuesto, el Tribunal relevará obligatoriamente al Abogado Defensor por el defensor de oficio o por otro que nombre el acusado en el término de cuarenta y ocho horas. Esta institución procesal persigue evitar que se frustre el juicio oral, de ahí que la exclusión –en principio– no tenga carácter disciplinario, salvo el caso de inasistencia injustificada o maliciosa.

Los arts. 269°, tercer párrafo, del Código de 1940 y 290° del Código de 1991 prevén que el supuesto de enfermedad es del acusado. Disponen que si la enfermedad, según apreciación médico-forense, no le permite su reincorporación al plenario, la audiencia podrá continuar con la asistencia de su defensor, solo si existen otros acusados. En este último caso, si la audiencia se encuentra en estado de sentencia y hasta ese momento no se ha reincorporado el acusado, el proceso debe reservársele, a menos que la sentencia sea absolutoria.

C.2. Motivos objetivos de suspensión

Se centran en razones de prueba. Son los siguientes:

1. Necesidad del tribunal de constituirse en el domicilio de un testigo que se encuentre enfermo, a fin de examinarlo. La suspensión sólo procederá si el testigo se encuentra en la misma localidad, es decir, en la misma sede del tribunal. La audiencia en este caso se realizará con la asistencia de los

miembros del tribunal, del fiscal, del defensor, del acusado, de la parte civil –si lo desea– y del Secretario; y, la declaración del testigo, se tornará literalmente, lo que constituye una excepción a la regla de la confección resumida de las actas del juicio justificada por la limitación ineludible del principio de publicidad. Así lo establece específicamente el art. 270° del Código de 1940.

2. Existen otros dos supuestos posibles de suspensión de la audiencia motivada en razones de prueba. El primer caso imaginable es cuando un órgano de prueba debidamente citado (testigo o perito) no concurre a la audiencia. En tanto su comparecencia se considere indispensable y aún no se han agotado todas las medidas necesarias para efectivizarla, es de rigor suspender la audiencia para concretar su actuación en el debate. El segundo caso imaginable es cuando deba ampliarse la actividad probatoria como consecuencia de revelaciones o retractaciones inesperadas de relativa complejidad en el curso del juicio oral, que es del caso aclarar.

Ambas posibilidades no se encuentran expresamente contempladas en los dos Estatutos procesales, empero se utilizan cotidianamente por los tribunales de justicia, en tanto sea del caso llegar a descubrir la verdad y agotar las fuentes de conocimiento posibles. El art. 288° del Código de 1991 contiene una regla general, que desde luego comprende ambos supuestos, al señalar que "*la audiencia sólo se suspenderá por causas debidamente justificadas* (...)". El Proyecto de 1995 contempla expresamente el segundo supuesto: acabada la actuación probatoria, reza el art. 339°, el Juez o la Sala Penal, "(...) *podrá de oficio o a pedido de algún otro sujeto procesal, la actuación de nuevos medios de prueba, si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad*".

C.3. Suspensión por razón del trámite

1. En tanto no sea posible resolver al tribunal en el mismo acto o aplazar hasta la sentencia, el planteamiento de "cuestiones incidentales" (art. 271° del Código de 1940) puede dar origen a una suspensión de la audiencia, a fin de resolverlas reiniciada que sea la audiencia a aplazar su resolución hasta el momento de expedir sentencia[428]. La cuestión incidental es cualquier demanda o conclusión formulada por una de las partes en el curso del debate, y acerca de la cual se suscita un contraste o una controversia[429]. GIMENO SENDRA, precisando el concepto, indica que la demanda o conclusión puede referirse a "*cualquier cuestión jurídica o de hecho, que precise de una valora-*

---

[428] Ejecutoria suprema de 23 de marzo de 1998, Exp. N° 1162-87, Lima (*Normas Legales*, T. 208, setiembre, Trujillo, 1993, pp. 381-382).

[429] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 353.

ción jurídica previa, pero conexa con el objeto del juicio oral, las que pueden ser tanto de derecho material, como procesal"[430]. La jurisprudencia suprema expresamente excluye deducir como incidente "*las cuestiones fundamentales como la referente a la irresponsabilidad del acusado*"[431].

En este orden de ideas, Florencio MIXÁN MASS[432], siguiendo a nuestra jurisprudencia, identifica algunas cuestiones. Así tenemos los supuestos de incompatibilidad de la defensa y el planteamiento de una excepción. A los que podemos agregar los supuestos de muerte del acusado, indulto, solicitud de declarar la privacidad del juicio, etc.

El Código de 1991 no tiene una norma expresa en materia de suspensión por razón de la introducción de una cuestión incidental. Sin embargo, este supuesto resulta subsumido en el supuesto genérico incorporado en el art. 288° bajo la cobertura de las denominadas "causas debidamente justificadas".

La introducción de todo incidente –que inclusive puede generarse de oficio– origina, como es lógico, un procedimiento específico, que se inicia con la inserción o introducción verbal de la cuestión incidental, continúa con una suerte de mini debate y finaliza, previa presentación bajo pena de nulidad de las conclusiones escritas a cargo de la parte que ha planteado el incidente[433], con una decisión, precedida de una suspensión de la audiencia. Es improcedente formar en estos casos un cuaderno incidental.

No obstante la claridad de esta disposición legal (art. 271°), existe alguna decisión del Alto Tribunal que establece que la deducción de nulidades que requieran resolución con carácter previo no es aceptable, por cuanto ello "daría lugar para que proliferen las nulidades en tal etapa con evidente perjuicio para la pronta administración de justicia"[434]. Empero, tal decisión –que obliga a deferir la resolución del incidente al momento de la sentencia–, no solo no tiene amparo normativo alguno, sino que en sus premisas es falsa, dado que el hecho que se resuelva inmediatamente una incidencia no necesariamente perturba el curso del debate y no necesariamente todas las articulaciones de nulidad son maliciosas, tanto más si la ley brinda los remedios del caso para hacerle frente.

---

(430) GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal*, cit., T. II (*Proceso penal*), p. 453.

(431) *Anales Judiciales*, 1946, Lima, p. 182.

(432) MIXÁN MASS: *Juicio oral*, cit., ed. 1993, p. 352.

(433) Ejecutorias Supremas de 1° de junio de 1956 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 269-270); y, de 16 de diciembre de 1957 (*Anales Judiciales*, 1957, Lima, p. 151).

(434) Ejecutoria Suprema de 30 de abril de 1969, Exp. N° 318-69, La Libertad (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 271-272).

2. La audiencia puede suspenderse cuando el Fiscal varía la acusación escrita que dio lugar al auto de enjuiciamiento. Dos son las posibilidades del Fiscal:

a) Retirar la acusación fiscal, cuando se haya producido durante el enjuiciamiento nueva prueba modificatoria de la condición jurídica anteriormente apreciada (arts. 274° del Código de 1940 y 291° del Código de 1991). Retirada la acusación, el tribunal, previo traslado a las partes, suspenderá la audiencia para emitir la resolución que corresponde (el Código de 1991 fija un plazo especial de suspensión: 2 días hábiles).

En este caso, el Tribunal, de conformidad con el art. 275° del Código de 1940, tiene dos alternativas: a) disponer que se amplíe la instrucción, o b) que pasen los autos a otro Fiscal para que formule nueva acusación; este segundo fiscal puede solicitar que se amplíe la instrucción. Lo que no puede hacer el Tribunal es declarar improcedente la solicitud del fiscal, tal como ha sido precisado por la Ejecutoria suprema de 21 de febrero de 1984[435]. Es de tener presente, como recuerda CATACORA GONZÁLES, que con la promulgación de la Ley Orgánica del Ministerio Público, la opción del Tribunal –si se encuentra disconforme con la solicitud del Fiscal Superior– es elevar los actuados al Fiscal Supremo; la norma del Código de 1940 no fue modificada expresamente, como debió hacerse, pero ello no es óbice para entender, frente al nuevo modelo de organización del Ministerio Público y de sus relaciones con el Poder Judicial, que dicha norma ha sido modificada en esos extremos[436].

b) Pedir prórroga para formular acusación ampliatoria, en caso el juzgamiento arroje que el delito reviste carácter más grave que el indicado en el escrito de acusación (arts. 263° del Código de 1940 y 293° del Código de 1991). El Tribunal, previo traslado a las partes, resolverá lo conveniente. Si accede a lo solicitado por el Tribunal suspenderá la audiencia. En este caso, el Fiscal estará obligado a formular acusación ampliatoria en el plazo de cuarenta y ocho horas y el Tribunal a fijar audiencia ni antes de los ocho días ni después de los doce (el Código de 1991 determina que necesariamente la audiencia subsiguiente se realizará antes de los ocho días). Aquí se da un supuesto de reapertura de la actividad probatoria, pues el Fiscal ha formulado el requerimiento al culminar –según el Código invocado– la lectura de piezas o el examen del imputado; además, no puede entenderse como una nueva audiencia, sino como la continuación del mismo debate, a cuyo efecto se actuará, de ser el caso, nueva prueba. Sería irrazonable, como lo ha

---

[435] *Jurisprudencia Penal [1984-1992]*, cit., p. 197.

[436] CATACORA GONZÁLES: *Código de Procedimientos Penales*, cit., p. 226.

aclarado el Código de 1991, entender que la acusación ampliatoria origina otro juicio dejando sin efecto el anterior, con la irremediable pérdida de todas las pruebas actuadas ante el tribunal.

4. RÉGIMEN DEL CONTRADICTORIO

En el juicio oral, como se sabe, es donde se manifiesta con más fuerza el principio del contradictorio. A juicio de Gilberto MARTÍNEZ RAVE, este principio, de un lado, permite que en el desarrollo del juicio todos los sujetos procesales puedan controvertir las pruebas, argumentos o posiciones de los otros, y, de otro lado, pretende que los diferentes sujetos procesales puedan no sólo intervenir en la práctica de las pruebas, sino que además puedan controvertirlas y oponerse a ellas, con el objeto de purificarlas[437].

El contradictorio, sin duda alguna, se proyecta en la actuación probatoria, aun cuando allí se intensifica la esencialidad del principio. También es del caso destacar que la contradicción será efectiva en tanto se asegure simultáneamente la intimación de las imputaciones al acusado, y la igualdad y equilibrio en las atribuciones y sujeciones de las distintas partes, así como se regule con criterio de reciprocidad las facultades e imposiciones de los intervinientes enfrentados con motivos de las cuestiones propuestas y se otorguen amplios, pero controlados e igualitarios poderes de gobierno y dirección al tribunal[438].

Entre las manifestaciones más importantes de este principio durante el desarrollo de la audiencia tenemos:

A) La intervención de las partes en el debate no tiene la misma intensidad tratándose de los sujetos de la relación procesal penal y los interesados en la cuestión civil. En los primeros, su intervención y asistencia son obligatorias (arts. 234° del Código de 1940 y 275° del Código de 1991). La asistencia de las demás partes (actor civil y tercero civil) es facultativa.

B) El acusado no puede ser juzgado en ausencia, ni siquiera en rebeldía (la Constitución expresamente lo prohíbe, art. 139°.12) y debe estar a disposición del tribunal. Además, está ineludiblemente representado por un abogado defensor y, en caso de incumplimiento de sus deberes procesales, el tribunal puede reemplazarlo: el art. 266° del Código de 1940 solo autoriza el control de justificación de la inasistencia del defensor al acto oral, en cambio el Código de 1991 permite su reemplazo o exclusión (art. 274°). El defensor, en estas condiciones, garantiza la efectiva igualdad para

---

(437) MARTÍNEZ RAVE: *Procedimiento penal colombiano*, cit., pp. 14-15.

(438) CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VI, p. 260.

enfrentar técnicamente las posiciones de la acusación pública y de la defensa del actor civil.

C) El tribunal está obligado a dar lectura a la acusación fiscal (art. 243° del Código de 1940), a preguntar al imputado si acepta o no los cargos y, en su momento, a disponer formalmente que se proceda a examinarlo (arts. 280° y 284° del Código de 1991). Estos actos se realizan para definir los marcos de actuación de la acusación y la defensa, así como para fijar los derroteros que habrá de seguir el juicio oral. Sólo sobre esa base será posible que la contradicción sea efectiva y permita el debido esclarecimiento de los hechos.

D) En la recepción de la prueba, todas las partes tienen derecho a intervenir para la determinación del orden en que deben actuarse las pruebas admitidas. También tienen derecho a interrogar, oponerse, formular tachas a los peritos y testigos que prueben su parcialidad o incompetencia, según el caso, así como deducir cuestiones incidentales acerca de la legalidad o pertinencia de la actividad probatoria y de su debida actuación. En este rubro, es del caso destacar, entre otros, el examen por separado de los testigos, la indicación de las piezas que deben ser leídas, las confrontaciones, la inserción íntegra de la declaración de un testigo al que se le ha tomado su declaración fuera de la Sala de Audiencias o de la parte pertinente cuando exista contradicción con lo que declaró en la instrucción, la declaración de un testigo enfermo en su casa o clínica donde se encuentre y que el acta importe una trascripción literal del testimonio, etc.

Es de significar que el interrogatorio en el Código de 1940 es indirecto, salvo las preguntas que formule el Fiscal. El defensor del acusado, siempre que lo acepte el tribunal, únicamente podrá interrogar directamente a los testigos, según lo dispuesto en el art. 251°. El Código de 1991 restablece la vigencia del contradictorio efectivo y de un tratamiento igualitario a las partes fijando como pauta que el interrogatorio es directo por las partes (art. 282°).

E) En el momento decisorio, todas las partes tienen derechos equivalentes para analizar la prueba y discutir las consecuencias jurídicas correspondientes, con las obvias limitaciones tratándose del actor civil y el tercero civil, limitados a la cuestión civil (arts. 273°, 276°-279° del Código de 1940 y 296°-301° del Código de 1991). Además, el debate no puede acabar sin que el acusado ejerza su autodefensa (arts. 279° del Código de 1940 y 301° del Código de 1991).

IV. PODERES Y DEBERES DE LOS SUJETOS PROCESALES

1. DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL

La composición del órgano jurisdiccional varía según el tipo o clase de procedimiento. Si se trata un procedimiento común, destinado a delitos graves, el órgano jurisdiccional es colegiado, integrado por tres Vocales. Si se trata de un procedimiento abreviado o sumario, el órgano jurisdiccional es unipersonal, integrado por el Juez Penal. En el sistema procesal vigente ambos procedimientos se denominan ordinario y sumario, respectivamente, mientras que en el Código de 1991 se les califica de proceso especial por razón de delito y proceso ordinario; respectivamente. Desde esta perspectiva, es de precisar las atribuciones que corresponde al Tribunal como totalidad y a su propio Presidente.

A. Atribuciones resolutivas del Juez o de la Sala

El Estatuto procesal confiere al juez penal y, en su caso, al pleno de la Sala Penal diversas atribuciones resolutivas. Sobre la base del Código de 1940, tenemos las siguientes:

a) Resolver que el debate se celebre en privado o con una concurrencia limitada (art. 215° del Código de 1940, art. 268° del Código de 1991);

b) Decidir la postergación de la audiencia para posibilitar la concurrencia de las fuentes de prueba (art. 241° del Código de 1940);

c) Ordenar la detención del testigo que ha incurrido en falsedad en la declaración prestada o leída en la audiencia (art. 257° del Código de 1940);

d) Resolver la prórroga para que el Fiscal presente acusación ampliatoria (art. 263° del Código de 1940);

e) Dar por retirada la acusación fiscal o, en su caso, disponer se amplíe la instrucción o pasen los autos a otro Fiscal para que formule nueva acusación (art. 275° del Código de 1940);

f) Acceder al pedido de apertura de instrucción del Fiscal contra persona no comprendida en la acusación o cuando se descubra otro hecho delictuoso similar, distinto o conexo al que es materia de juzgamiento, o elevar los autos al Fiscal Supremo cuando el Fiscal no solicite la apertura de instrucción (art. 265° del Código de 1940);

g) Suspender la audiencia en los supuestos de inconcurrencia de algún sujeto procesal o de un testigo (arts. 266°-270° del Código de 1940);

h) Mandar reservar el proceso, a menos que la sentencia sea absolutoria, si no ha reincorporado el acusado impedido de concurrir a la audiencia iniciada (art. 269° del Código de 1940);

i) Resolver inmediatamente las cuestiones incidentales o aplazarlas para resolverlas en la sentencia (art. 271° del Código de 1940); y

j) Conceder la palabra, una vez terminados los debates, al Fiscal, a la parte civil, al defensor, al tercero civil y al acusado (art. 272° del Código de 1940).

B. Atribuciones probatorias del Juez o de la Sala

En cuanto a las atribuciones probatorias del Juez o la Sala Penal son de mencionar las siguientes, siempre tomando como referencia el Código de 1940°:

a) Decidir la admisión probatoria, en caso que la defensa, luego de instalada la audiencia, ofrezca testigos o peritos nuevos (art. 238°);

b) Resolver si se acepta el testimonio de testigos nuevos ofrecidos por el Fiscal Superior (art. 239°);

c) Ordenar la presentación, en la audiencia, de los objetos que tengan relación con el delito (art. 240°);

d) Postergar para nueva fecha el inicio de la audiencia, en caso no hayan concurrido los peritos o testigos citados o los nuevamente ofrecidos (art. 241°);

e) Interrogar directamente al imputado y al testigo (arts. 243°, 247° y 251°);

f) Decidir el examen del agraviado, de oficio o a petición de parte, cuando ha concurrido voluntariamente a la audiencia (art. 261°);

g) Ordenar la recepción de nuevas pruebas, en tanto, como aclara CLARIÁ OLMEDO, se trata de un nuevo medio de prueba indispensable o haber sido conocido durante el debate y, además, manifiestamente útil[439].

Si bien esta última atribución no se encuentra reconocida expresamente al órgano jurisdiccional, los Tribunales nacionales las decretan por enten-

---

[439] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VI, pp. 266-267.

der que resulta imperativo su actuación por motivos de estricta justicia. Esta costumbre judicial, si bien plasma un compromiso entre el principio acusatorio y el de investigación integral, en cambio traduce en los hechos una transacción de dudosa legitimidad. En efecto, según nuestro entender, lesiona el deber de imparcialidad judicial al comprometer al juez en la actividad probatoria y, por ende, alejarlo del papel de árbitro que debe cumplir, tanto más si en la etapa del debate rige el principio de aportación (las pruebas son aportadas exclusivamente por las partes) y constitucionalmente el Ministerio Público es el encargado de perseguir el delito. En estos supuestos, lamentablemente, el Tribunal no cumple un papel decisor, sino de simple perseguidor invadiendo las atribuciones instructoras que la Constitución reconoce al Ministerio Público(440).

C. Atribuciones de gobierno y decisión

El art. 217° del Código de 1940 reserva al Presidente la conservación del orden en la Sala, dictar y hacer ejecutar las medidas que correspondan. En cambio, el Código de 1991 entrega esa función en el Colegiado (utiliza el vocablo "Juzgador", con el que envuelve necesariamente al pleno jurisdiccional en caso de tribunal colegiado). El art. 270° de este último Código, en contraposición al art. 217° del Código de 1940, prescribe que es el Juzgador quien tiene poder disciplinario, discrecional, administrativo y de dirección.

El poder disciplinario (que obviamente tiene un mayor alcance que el mero mantenimiento del orden, por lo que en el Código de 1940, implícitamente y por exclusión, está confiado al Colegiado), reza el art. 271° del Código de 1991, permite mantener el orden y el respeto en la Sala, disponer la expulsión de aquel que perturbe el desarrollo de la audiencia y mandar detener hasta por veinticuatro horas a quien amenace o agreda a los sujetos procesales o impida la continuidad del enjuiciamiento, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar. En esa misma línea, el art. 135° de la Ley Orgánica del Poder Judicial sanciona la prohibición de toda manifestación de censura o aprobación en el recinto de las Salas; y, en su consecuencia, permite la expulsión del transgresor y, en caso necesario, el desalojo del local, continuando la audiencia en privado, sin perjuicio de someter a proceso a los infractores.

La expulsión, como es obvio, puede comprender al propio abogado defensor del acusado. En este caso, será reemplazado por el que se designe en ese acto o, en su caso, por el de oficio, a criterio del Tribunal. La expulsión, igualmente, puede abarcar al propio acusado, en cuyo caso puede optarse

(440) BOVINO: "El debate", cit., pp. 180-182.

por lo dispuesto en el art. 69° del Código, es decir, suspenderse momentáneamente la sesión del juicio oral y continuarla con la sola intervención de su abogado defensor y demás sujetos procesales, o adoptarse otra decisión discrecional, que tome en cuenta el respeto del contradictorio y el contenido esencial de la defensa en juicio.

Desde una perspectiva disciplinaria y, en resguardo del principio de moralidad o buena fe procesal (art. IV, segundo párrafo, del Código Procesal Civil, en concordancia con el art. 8° de la Ley Orgánica del Poder Judicial), el defensor está obligado a prestar asistencia y patrocinio a su defendido (art. 288°.8 de la LOPJ); deber que se funda, como apunta Mario ALZAMORA VALDEZ, en la trascendente función que realiza el abogado como depositario de la confianza de sus clientes y como defensores del derecho y de la justicia[441]. Tal obligación se extiende a la concurrencia a las diligencias procesales, en especial a las sesiones del juicio oral (art. 109°.5 del CPC). La sanción procesal prevista para el abogado inasistente es la contemplada en el art. 274° del Código de 1991, sin perjuicio de las medidas disciplinarias que prescriben tanto el art. 110° del CPC y los numerales 9° y 292° de la LOPJ.

Si el abogado defensor no asiste a dos sesiones consecutivas, en esa última ocasión intervendrá indefectiblemente un Abogado defensor de oficio, quien continuará con el patrocinio del imputado hasta que éste ratifique al abogado apartado en la sesión anterior o nombre otro. Por otro lado, si el Abogado defensor no asiste a tres sesiones no consecutivas, la Sala lo excluirá definitivamente, estando el acusado obligado a nombrar otro defensor en el término de cuarenta y ocho horas. Se entiende que la audiencia debe suspenderse por ese término, a fin de dar oportunidad al acusado a que consiga otro Abogado defensor, y que en su defecto actuará indefectiblemente el defensor de oficio hasta que se nombre un abogado de confianza.

D. Atribuciones del Presidente de la Sala

Como ya se puntualizó, el Código de 1940 encarga al Presidente de la Sala conservar el orden en la Sala y dictar y hacer ejecutar las medidas que correspondan. Estas funciones, sin embargo, son delegables (art. 216°), en cuya virtud debe distribuir equitativamente los procesos, designando el ponente o Director de Debates por sorteo, según el art. 45°.2 de la LOPJ.

Otras funciones de dirección están previstas en el art. 45° de la LOPJ. El Presidente debe designar la fecha de las causas, según riguroso orden de ingreso y a su naturaleza (básicamente si se trata de causas con reos en

---

[441] ALZAMORA VALDEZ, Mario: *Derecho procesal civil. Teoría general del proceso*, Sesator, Lima, 1974, p. 190.

cárcel o reos libres); debe controlar que las causas se resuelvan dentro de los términos que para las audiencias fija el Estatuto procesal; debe cuidar que las audiencias se inicien a la hora señalada; y, debe suscribir las comunicaciones, los exhortos, los poderes y demás documentos que emanen de la Sala.

Desde el punto de vista del proceso, según el Código de 1940, corresponde al Presidente: a) mandar entregar a las partes personadas, del escrito presentado por las partes solicitando la incorporación de nueva prueba al acto oral y ordenar la comparecencia de los testigos y peritos ofrecidos (art. 231°); b) cuidar que se hallen listos y en lugar apropiado los objetos que deben presentarse en la audiencia (art. 233°); c) declarar abierta la audiencia (art. 234°); d) tomar las medidas necesarias para que los testigos no puedan dialogar entre sí y llamarlos cuando deban declarar (art. 236°); e) ordenar al Relator dar lectura a la lista de peritos y testigos y, acto seguido, preguntar a las partes si tienen algún perito o testigo nuevo que presentar (art. 237°); f) disponer que el Relator dé lectura al pliego interrogatorio de los testigos y peritos nuevos presentados por la defensa (art. 238°); g) preguntar a la parte contraria cuando se pida la postergación del inicio de la audiencia por inconcurrencia de los peritos o testigos citados (art. 241°); h) dirigirse al defensor para que exhorte al acusado que guarda silencio cuando es interrogado, a fin de que lo exhorte a aplicarse o para que indique los motivos a que él atribuye su negativa a contestar (art. 245°); i) examinar separadamente cuando se trata de varios acusados, o a uno en presencia de otros (art. 246°); j) dirigir las preguntas al acusado que le formulen el defensor y el abogado de la parte civil (art. 247°); k) establecer el orden en que deben declarar los testigos (art. 248°); l) formular preguntas al testigo, cuando notare diferencias en puntos importantes entre las declaraciones prestadas en la instrucción y en la audiencia; m) declarar impertinentes las preguntas que las partes formulen al testigo, cuando no se relacionen con los hechos objeto del proceso, y suspender en su caso el desarrollo de los interrogatorios (art. 251°); n) ordenar al Secretario escribir inmediatamente la parte de la declaración del testigo que esté en disconformidad con la prestada en la instrucción (art. 252°); y, ñ) conceder la palabra, por orden, al Fiscal, a la parte civil, al defensor, al tercero civilmente responsable y al acusado, una vez terminados los debates (art. 272°).

El Código de 1991 no atribuye al Presidente función de dirección, decisión y disciplinaria alguna. Todas ellas están concentradas en el Colegiado. El Código de 1940, sin embargo, concentra íntegramente la función de dirección en el Presidente y alguna disciplinaria, sin embargo, la función decisoria y la propiamente disciplinaria (imposición de sanciones) está a cargo del Colegiado.

2. DE LAS PARTES

A. Aspectos iniciales

Todas las partes, activas y pasivas tienen durante el debate atribuciones y sujeciones genéricas, y además algunas específicas propias de los alcances de la intervención de cada uno de ellos[442].

El debate oral no se entiende sin la concurrencia obligatoria del Fiscal y del acusado y de su defensor (arts. 209° y 210° del Código de 1940 y art. 275° del Código de 1991). La parte civil debe ser citada; su asistencia es un derecho, pero su presencia no es obligatoria, salvo que el Tribunal así lo haya acordado (art. 231° del Código de 1940). El tercero civil, asimismo, debe ser citado, pero su concurrencia tampoco es obligatoria, tal como lo preceptúan los arts. 100° del Código de 1940 y 90° del Código de 1991.

Toda la interpretación de las normas que regulan la intervención en la audiencia de las partes accesorias, parte o actor civil y tercero civil, está en función a un principio esencial del enjuiciamiento: con la sola asistencia del Fiscal, del acusado y del defensor (partes necesarias) es posible instaurar el debate oral. El juicio contradictorio no se entiende si no existe una parte que tiene a su cargo las funciones de persecución (el Ministerio Público), y otra que tiene o asume la función de resistencia en defensa del derecho a la libertad (el acusado y su defensor).

A partir de estas bases, el estatuto procesal asegura a las partes no sólo el conocimiento de los cargos, sino poderes efectivos de intervención coordinados, bajo la dirección del Juez o Sala Penal. Las partes tienen facultad de interrogar a las otras partes y a los testigos y peritos (en el Código de 1940 el interrogatorio de las partes privadas se realiza por intermedio del Juzgador o del Presidente de la Sala), bajo un único límite razonable: la pertinencia del interrogatorio (art. 251° *in fine* del Código de 1940).

Igualmente, se reconoce a las partes facultades legales para deducir nulidades ante actos procesales ineficaces que les causen perjuicios o impugnaciones. También pueden promover incidentes, ofrecer pruebas, lecturas de documentos, etc. Todo ello tiende a materializar el *contradictorio eficaz*, esto es, como precisa Julio B. J. MAIER, "no sólo el derecho de ser oído sobre el hecho, sino el de probar, controlar la recepción de la prueba –para ello la inmediación, la oralidad, la concentración, la presencia y la sentencia como resultado del debate– y discutir, valorando el material incorporado al

---

(442) CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VI, p. 270.

debate e indicando al juzgador, mediante las conclusiones, el sentido que debe tener el fallo"[443].

B. El acusado

El acusado está obligado a comparecer al Tribunal para dar inicio y dar curso al juicio oral. Sin su presencia no es posible la realización del debate oral (art. 210° del Código de 1940). En atención al principio de incoercibilidad del imputado, debe comparecer –cuando está sujeto a mandamiento de detención– sin ligaduras ni prisiones, acompañado solamente de los miembros de la policía necesarios para evitar la fuga (art. 212° del Código de 1940).

En nuestro sistema procesal, se exige la presencia del imputado durante todo el desarrollo del debate. No se permite su representación por mandatario. El Código de 1991, por razones de disciplina procesal, permite excepcionalmente ordenar la continuación del debate sin el imputado (arts. 271° y 301°).

La participación efectiva del imputado se expresa en todos aquellos actos vinculados a su defensa material. El acusado, en la audiencia, debe ser intimado de los cargos formulados en su contra (art. 243° del Código de 1940); al ser sometido a interrogatorio, las preguntas deben ser directas y precisas (art. 284° del Código de 1991). El examen puede realizarse en presencia o separadamente de sus coacusados (art. 286° del Código de 1991). Su interrogatorio está condicionado a que acepte declarar (art. 284°, primer párrafo, del Código de 1991). Al finalizar el debate, tiene derecho potestativo de exponer lo que estime conveniente a su defensa (arts. 279° del Código de 1940 y 301° del Código de 1991); autodefensa que está condicionada a lo que es materia del juicio y al tiempo fijado al efecto, cuya inobservancia autoriza al Juzgador a llamarle la atención y requerirlo, así como –ante la persistencia del incumplimiento– a dar por terminada su exposición y, en caso grave, disponer se le desaloje de la Sala de Audiencia (art. 301° del Código de 1991).

Un caso especial reconocido por la jurisprudencia es el del acusado enfermo que por su situación de salud se encuentra imposibilitado de concurrir al Tribunal para su juzgamiento. En este caso, señala el alto Tribunal, es factible que se inicie la audiencia, claro está, si existen acusados presentes, que el reo sea defendido por un abogado defensor presente en dicho acto y que el tribunal finalmente decida sobre su situación jurídica, pudiendo

---

[443] MAIER, Julio B. J.: "La Ordenanza Procesal Penal alemana", en *Doctrina Penal*, Año 2, N° 5-8, Buenos Aires, 1972, p. 979.

ser absuelto o mandándose reservar el proceso para su juzgamiento en el momento oportuno[444]. Es de significar que tratándose de enfermos mentales –que es del caso de la Ejecutoria anterior–, otras legislaciones prevén la posibilidad de un "procedimiento de seguridad" y su juzgamiento sin su presencia (v. gr.: art. 415° de la OPP alemana).

C. El Ministerio Público

El papel más importante del Fiscal en la audiencia es sostener la acusación pública. Su presencia en la audiencia es obligatoria, salvo en los delitos de ejercicio privado de la acción penal. La omisión de tal intervención es causal de nulidad (art. 209° del Código de 1940). El Fiscal titular del caso puede ser reemplazado por otro Fiscal, atento al principio de unidad del Ministerio Público, ya sea por razones institucionales o por enfermedad u otro impedimento (arts. 211° y 266° del Código de 1940).

El Fiscal en el Código de 1940° interroga directamente al imputado y a las demás fuentes de prueba, lo que no es posible a la defensa que tiene que valerse del Presidente de la Sala. Puede proponer nueva prueba al iniciarse el debate, la cual no está condicionada, como en el caso de la defensa, a que presente pliego interrogatorio (art. 238°). Puede, asimismo, tachar la prueba instrumental presentada en el juicio oral, impugnar otras pruebas, pedir se detenga al testigo que ha incurrido en falsedad y se le procese penalmente (arts. 257° del Código de 1940 y 309° del Código de 1991), así como requerir la apertura de proceso penal cuando "los debates arrojen responsabilidad sobre persona no comprendida en la acusación escrita, o se descubra otro hecho delictuoso similar, distinto o conexo al que es materia de juzgamiento..." (arts. 265° del Código de 1940 y 309° del Código de 1991).

Una vez culminado el período probatorio, el Fiscal tiene tres opciones: a) *retirar la acusación escrita*, siempre que "...se hayan producido en la audiencia nuevas pruebas modificatorias de la condición jurídica anteriormente apreciada..." (arts. 274° del Código de 1940 y 291° del Código de 1991); b) *proferir acusación oral*, en la medida en que lo actuado en el acto oral ha ratificado la acusación escrita (arts. 273° del Código de 1940 y 296° del Código de 1991); y, c) *solicitar prórroga para formular acusación ampliatoria*, "si de los debates resultara que el delito reviste un carácter más grave que el indicado en el escrito de acusación" (arts. 263° del Código de 1940 y 293° del Código de 1991).

---

(444) Ejecutoria Suprema de 1° de junio de 1956 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 265-270).

V. PROCEDIMIENTO DEL JUICIO ORAL

1. ASPECTOS GENERALES

A. El orden del debate

El juicio oral, *"en cuando actividad procesal penal compleja y unitaria"*[445], está regulado puntualmente. La ley impone un orden sucesivo o una secuencia de actos procesales, inmodificable en sus rasgos generales, aunque bajo posibles alteraciones en atención a las necesidades del debate y siempre que se tienda a impedir retardos o sea útil para el descubrimiento de la verdad. El objetivo de esta regulación, como enseña LEONE, tiende a dos finalidades: a) coordinar y escoltar las actividades de las partes y del juez hacia la decisión final; y, b) garantizar a las partes el tempestivo ejercicio de sus derechos y facultades[446]. La Corte Suprema tiene establecido al respecto que "...los actos procesales propios del juicio oral están debidamente determinados en nuestro ordenamiento procesal vigente el que incluso precisa las formalidades que deben observarse, de tal manera que la omisión de uno de ellos acarrea la nulidad insalvable de la audiencia[447].

El Código de 1940 reconoce los tres grandes períodos del juicio oral. Los actos procesales que se llevan a cabo son: 1. En el *período inicial*, los trámites de la apertura de la audiencia (art. 234°) y las operaciones preliminares, consistentes en todas aquellas cuestiones vinculadas a la aceptación de nuevos medios probatorios (art. 237°), a la presentación de los objetos relativos al delito (art. 240°) y a la presencia de los testigos y peritos (art. 241°). 2. En el *período probatorio*, el examen del acusado (art. 243°), la declaración de testigos (art. 248°), el examen de peritos (art. 259°), el examen del agraviado constituido en parte civil –en caso se le haya citado obligatoriamente al juicio– se efectuará después del acusado y antes de los testigos (art. 260°), mientras que si concurre voluntariamente, se le interrogará antes de la acusación (art. 261°) y la lectura de piezas o examen de la prueba instrumental (art. 262°). 3. En el *período decisorio*, la acusación oral (art. 273°), el alegato de la parte civil (art. 276°), la defensa del acusado (art. 277°), la exposición oral del tercero civil (art. 278°), la autodefensa y la sentencia (art. 279°).

El Código de 1991 reconoce, igualmente, los tres grandes períodos del juicio oral. Los actos procesales que contempla, son los siguientes: 1. En el *período inicial*, los trámites de la apertura de la audiencia (art. 275°), las

---

(445) MIXÁN MASS: *Juicio oral*, cit., ed. 1993, p. 156.

(446) LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 348.

(447) Ejecutoria Suprema de 25 de mayo de 1998, Exp. N° 160-98, Piura.

operaciones preliminares referidas a la presencia de los medios de prueba y la posibilidad de la conformidad (art. 280°). 2. En el *período probatorio*, el examen de los testigos y peritos (art. 282°), la oralización de los medios probatorios (art. 283°) y el posible interrogatorio o examen del acusado (art. 284°). 3. En el *período decisorio*, la acusación oral del fiscal (art. 296°), los alegatos del actor civil (art. 297°) y del tercero civil (art. 298°), el alegato del abogado defensor del acusado (art. 299°), la autodefensa del acusado y la sentencia (art. 301°).

El orden impuesto en el desarrollo del juicio, esencialmente el respeto a línea secuencias de los tres períodos no puede modificarse o alterarse. Una tal inversión, siguiendo a LEONE, al afectar el derecho de defensa o la correcta intervención de las partes en el debate, determina la nulidad del juicio[448].

B. El acta del debate

Señala PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ que "en un proceso donde todas las palabras fundamentales se pronuncian de vida voz, un acta lo más completa posible es necesaria"[449]. El acta del debate está destinada, en lo esencial, a servir de prueba, como documento auténtico, en el recurso impugnatorio correspondiente, es decir, para el control que debe ejercitarse en sede de impugnación[450]. El acta, aclara GÓMEZ ORBANEJA, da fe de la declaración o no de un testigo, de que el juzgador se negara a que un órgano de prueba contestase una pregunta, y cuál fuese el tenor de ella, cuál fuese la calificación o conclusiones de las partes y los puntos que hayan sido objeto de la acusación y la defensa, de que se haya procedido o no conforme lo determina la ley ante una incidencia determinada, pero no puede prejuzgar la valoración de las pruebas, cuyo contenido eventualmente recoja, función intransferible, y no sometida a reglas legales, del tribunal de instancia[451].

El art. 291° del Código de 1940, modificado por el Decreto Legislativo N° 126, preceptúa: a) que el acta contendrá una síntesis de lo actuado; b) que deben firmarla los miembros del tribunal, el fiscal, el abogado de la parte civil y el defensor del acusado (no el acusado, la víctima, los testigos, los peritos, el intérprete u otro participante procesal); y, c) que los miembros del tribunal, el fiscal y los abogados de las partes privadas pueden hacer

---

[448] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 350. En igual sentido, CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VI, p. 278.

[449] PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ / GUTIÉRREZ DE CABIEDES: *Derecho procesal penal*, cit., p. 333.

[450] LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 362.

[451] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 261.

constar las observaciones al acta que estimen conveniente. El art. 272° del Código de 1991, recogiendo una antigua costumbre judicial, prescribe que el acta debe ser leída y aprobada con o sin observaciones antes de empezar la sesión subsiguiente.

La Corte Suprema ha establecido, en *primer lugar*, que el acta debe contener pormenorizadamente lo ocurrido en la audiencia y que una vez suscrita y autenticada, constituye un documento que acredita el desarrollo de la audiencia con las formalidades de ley y, junto con la sentencia, constituye el juzgamiento; en *segundo lugar*, que el juzgamiento es nulo si el acta no está firmada por los juzgadores, el fiscal y la defensa y no está autorizada por el Secretario[452]; y, en *tercer lugar*, que si no existe acta de una sesión, el juicio es irremediablemente nulo[453], así como si en ella no constan las preguntas hechas al acusado y sólo se consignan las respuestas[454].

La confección del acta, según el art. 213° del Código de 1940 correspondía al Secretario de Sala, quien no solo debía asistir a las audiencias, sino extender un acta en que "constará con precisión todo lo ocurrido en la audiencia". Sin embargo, el art. 260° de la Ley Orgánica del Poder Judicial modificó dicho dispositivo legal. Preceptúa la norma antes invocada que la redacción de las actas compete al personal autorizado (es el Oficial Auxiliar de Justicia a que hace referencia el art. 272°.3 de la LOPJ), mientras que al Secretario de Sala le corresponde controlar que se redacten las actas y que se agreguen al expediente en el término de cuarenta y ocho horas de realizada la diligencia, debiendo informar al Presidente de la Sala el retardo en que se incurra en la redacción de las mismas.

Los textos legales anotados destacan que el acta del debate debe contener lo fundamental del mismo. Esta "esencialidad", como es obvio, de acuerdo con la naturaleza y circunstancias del caso concreto[455]. No hay pautas fijas (la única excepción está reconocida en el art. 252°, que –a instancia de parte– obliga a escribir inmediatamente la parte de la declaración del testigo evacuada en la audiencia que esté en disconformidad con la prestada en la instrucción). La discrecionalidad y experiencia del funcionario responsable, con la intervención de los jueces y de las partes a través de sus observaciones,

---

[452] Ejecutoria Suprema de 17 de abril de 1991, Exp. N° 718-90, Ayacucho (*Normas Legales*, T. 206, julio, Trujillo, 1993, pp. 314-315.

[453] Ejecutoria Suprema de 26 de noviembre de 1973, Exp. N° 1291-73 (*Anales Judiciales*, T. LXVI, Lima, 1974, p. 165).

[454] Ejecutoria Suprema de 25 de julio de 1963 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 274-275).

[455] MIXÁN MASS: *Juicio oral*, cit., ed. 1993, p. 151.

permitirá construir un documento lo más adecuado posible a las necesidades del proceso y, sobre todo, para el control en sede de impugnación. La Corte Suprema determinó, hace muchos años, que "las actas de los debates deben contener una síntesis clara y precisa de la acusación y de la defensa y de todo lo que ocurre en la audiencia"(456). Recientemente ha estimado que en las actas que contienen los debates orales debe transcribirse no sólo las respuestas que dan los acusados con relación a los interrogatorios a que fueron sometidos, sino también las preguntas. Ello con la finalidad de poder establecer si las preguntas fueron formuladas de manera clara y pertinente, o si por el contrario estas fueron ambiguas o capciosas. Obviamente las actas deben carecer de errores ortográficos(457).

2. EL PERÍODO INICIAL

Este período está destinado a instalar la audiencia y a constatar la correcta constitución de la relación jurídico-procesal. En la medida en que pueda declararse instalada la audiencia, que las pruebas ofrecidas se encuentren a disposición del órgano juzgador y que, finalmente, se pueda afirmar el contradictorio –lo que justifica la inclusión de la institución de la conformidad en este período–, es que va a ser posible abrir el período principal: el debate propiamente dicho, es decir, la actividad probatoria.

A. La apertura de la audiencia

Es una actividad compleja que consiste en la constatación previa de la asistencia a la Sala de Audiencias de los sujetos procesales principales, de los órganos de prueba citados y de la puesta a disposición de los objetos relativos al delito.

Para que se dé por instalada la audiencia, se requiere la presencia obligatoria de los miembros del órgano jurisdiccional, del representante del Ministerio Público, del acusado y de su abogado defensor. Sólo si estos sujetos procesales están presentes, es posible que el Presidente o el Director de Debates declare abierta la audiencia (arts. 234° del Código de 1940 y 275° del Código de 1991). El nuevo Código incluye una formalidad: se debe enunciar el número del proceso, el delito, el nombre del agraviado, el nombre y demás datos de identidad personal del acusado.

---

(456) Oficio Circular de 15 de diciembre de 1932 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., p. 263).

(457) Ejecutoria Suprema de 24 de mayo de 1999, Exp. N° 1442-99, Arequipa (CHOCANO RODRÍGUEZ/VALLADOLID ZETA: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 371-373).

La ubicación física de los sujetos procesales está consignada en el art. 235° del Código de 1940: el órgano enjuiciador tendrá a su frente al acusado, a su derecha al Fiscal y a la parte civil, y a su izquierda la defensa. Los testigos y peritos ocuparán, hasta el momento que deban intervenir, una sala contigua a la del tribunal, tomándose las medidas necesarias para evitar que conversen entre sí. Al ser examinados, según costumbre tribunalicia nacional, declaran de pie y a un costado del tribunal, en una línea paralela a la del acusado.

La pauta fundamental para instalar la audiencia está dada por la absoluta necesidad de que el acusado se encuentre presente en el acto del juicio. Por ello, el nuevo Código sanciona tres reglas esenciales:

a) Si son varios los acusados y alguno de ellos no concurra, la audiencia se iniciará con los asistentes, ordenándose la conducción compulsiva por la policía de los inasistentes sin justificación.

b) Si se trata de un solo acusado y no concurre, se señalará nuevo día y hora, ordenando la conducción compulsiva por la policía, salvo que hubiera justificado su inasistencia.

c) Si uno de los acusados es capturado o se presente voluntariamente durante la sustanciación del juicio, en los casos de audiencias complejas, puede participar en el acto oral siempre que tal presentación se produzca antes que el Fiscal formula acusación oral, es decir, antes que se haya clausurado el período probatorio o principal.

El acusado, en nuestro ordenamiento jurídico, debe estar presente durante todo el acto oral. Esta opción, desde luego, no es la única posible. Resulta interesante al respecto lo dispuesto por la Ordenanza Procesal penal alemana. Si bien, el art. 230° de la OPP, en su primer párrafo, sanciona la obligación de asistencia del acusado, empero, en su segundo párrafo, precisa que si el acusado no comparece o se ausenta a la prosecución de un debate suspendido, este puede ser llevado en su ausencia hasta la terminación si ya había prestado declaración sobre la acusación y el tribunal no estima necesaria su posterior presencia. Asimismo, el art. 232° de la OPP permite llevar el juicio en ausencia del acusado cuando la pena que es de esperar no es grave (no hay riesgo de pena privativa de libertad efectiva o medida de seguridad privativa de la libertad). Finalmente, el art. 233° de la OPP permite la dispensa del acusado de asistir al debate en caso pueda esperarse sanciones leves, en cuyo caso debe obtenerse una declaración del imputado ante un juez vía exhorto.

La ley procesal nacional, bajo la premisa de la obligatoriedad de la asistencia del acusado al debate, dispone que si deja de asistir a la audiencia o si al tiempo de su instalación no está presente se le declare reo contumaz. El art. 276° *in fine* del Código de 1991 señala que la declaratoria de contumacia se producirá al culminar el período probatorio o principal. Por otro lado, si el acusado se enfermara o por cualquier otra causal acreditada no pueda concurrir a la Sala de Audiencias, el enjuiciamiento puede realizarse en el lugar donde se encuentre, siempre que lo permita su estado de salud.

B. Ofrecimiento y admisión de las pruebas del acto oral

El auto de citación a juicio no solo emplaza a los sujetos procesales, también cita a los testigos y peritos, al igual que dispone se pongan a disposición del órgano jurisdiccional los objetos relativos al delito. Corresponde al tribunal, luego de declarar abierta la audiencia al estar presentes los sujetos procesales principales (miembros del tribunal, fiscal, acusado y abogado defensor), constatar si los testigos y peritos convocados se encuentran presentes. La ausencia de un testigo o perito permite a las partes solicitar la postergación de la audiencia, la que será acordada discrecionalmente por el juzgador, siempre que no sea posible convocar al testigo o perito para la sesión correspondiente (art. 241° del Código de 1940).

Los peritos y testigos, inclusive la parte civil en caso sea citada obligatoriamente, que dejen de concurrir sin justa causa debidamente comprobada, será sancionada con una multa (art. 242°).

El Código de 1940 autoriza a las partes a proponer nueva prueba, una vez instalada la audiencia. En este caso, con una evidente afectación al principio de igualdad de armas, exige que la defensa presente por escrito el pliego interrogatorio[458]. La aceptación de la nueva prueba está condicionada a un previo debate con el Fiscal y la parte civil, y a la pertinencia de los elementos de prueba que aportarían los testigos y obviamente de los peritos (art. 238°). En el caso de ofrecimiento de pruebas por el Fiscal, el art. 239° estatuye que en caso de oposición de la defensa, el Tribunal resolverá si acepta o no el testimonio en vista de las razones que se aduzcan; razones que obviamente están en función a la pertinencia y utilidad de la prueba, es decir, a su vinculación con el objeto del proceso y a la posibilidad de aportar elementos de convicción capaces de esclarecer un extremo del debate. En

---

(458) La Ejecutoria Suprema de 17 de setiembre de 1990, Exp. N° 1000-90, Cajamarca, sanciona con la nulidad la admisión de la prueba testimonial sin haberse presentado el pliego interrogatorio, aun si se presenta extemporáneamente (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 209).

todo caso, si se admite la actuación de una prueba en el acto oral y, pese a ello, no se actúa en el curso del debate, se incurre en causal de nulidad[459].

C. *El acto imputativo y la conformidad*

C.1. *El acto imputativo*

Una vez instalada la audiencia, definida la presencia de las partes y resuelto el tema de la actividad probatoria, el siguiente paso consiste en dar lectura a la acusación fiscal, que es el acto imputativo base del debate. El art. 243° del Código de 1940, modificado por el Decreto Legislativo N° 126, en su primer extremo, precisa: "*Continuando la audiencia, el Director de Debates dispondrá que se dé lectura a la acusación fiscal, a fin de conocer los cargos que formula contra el acusado*". En este punto, la Corte Suprema declaró que, en efecto, "(...) la lectura de la acusación fiscal tiene como finalidad hacer conocer los cargos formulados contra el acusado y para que su abogado defensor pueda preparar su estrategia de defensa", no hacerlo genera indefensión y ocasiona la nulidad de lo actuado[460].

El Código de 1991 no prevé expresamente la lectura de la acusación fiscal. El art. 280°, primer párrafo, señala al respecto que: "*El Juzgador, una vez instalada la audiencia, preguntará al o los acusados si se confiesan autores o partícipes del hecho punible materia de la acusación fiscal, y de responsables de la reparación civil*". Sin embargo, la intimación es un acto formal, absolutamente necesario, para que el acusado pueda estar en antecedentes de los cargos formulados en su contra y, de ese modo, regular debidamente su defensa y entender cabalmente el sentido del período probatorio. Siendo así, resulta un paso implícito, obligatorio, puesto que no puede preguntarse al acusado si está conforme con la acusación si previamente y con todo rigor no se le ha puesto en conocimiento actualizado del tenor de la pretensión fiscal.

C.2. *La conformidad*

a) Ubicación conceptual. El Código de 1991, siguiendo el modelo español, contempla un paso esencial: la conformidad. Esta institución procesal, si bien algunos autores la incardinan en el denominado *principio de oportunidad* –opuesto al principio de legalidad–, nosotros, siguiendo a Leopoldo PUENTE

---

[459] Ejecutorias Supremas de 18 de marzo de 1982, Exp. N° 2602-81, Callao (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, pp. 11-12); y, de 27 de noviembre de 1990, Exp. N° 934-90, Huánuco (*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, pp. 191-193).

[460] Ejecutoria Suprema de 8 de enero de 1999, Exp. N° 4764-98, Lambayeque (CHOCANO RODRÍGUEZ/VALLADOLID ZETA: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 380-381).

SEGURA, la situamos en una especie de tercer género, denominada *principio del consenso*. En efecto, la conformidad es esencialmente un acto unilateral del acusado, asistido de su letrado, por el cual se produce un aquietamiento con la petición del Fiscal; en cambio, la oportunidad se limita a conceder al Fiscal facultades excepcionales que le permitan solicitar el sobreseimiento o, en otras legislaciones, requerir una pena inferior a la legalmente prevista. Tales facultades, sin embargo, no son de abono en la conformidad, toda vez que esta institución tiene como presupuesto que el Fiscal haya solicitado la sanción y reparación civil que legalmente corresponda, sin que esté autorizado a pedir una pena menor o a inhibirse de formular acusación. El Fiscal –al igual que la parte civil en su caso– no ve alteradas sus funciones o facultades, ante una decisión del acusado de aceptar los términos de la acusación Fiscal(461).

El art. 280° del Código de 1991 dispone dos supuestos de conformidad: en *primer lugar*, si el o los acusados se confiesan autores o partícipes del delito materia de la acusación fiscal y responsables de la reparación civil, en la medida en que el defensor muestre su conformidad y no considere necesario la oralización algún medio probatorio o un debate acerca de la aplicación de la pena y de la reparación civil. En este caso, la sentencia se dictará en esa misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho horas, bajo pena de nulidad. En *segundo lugar*, si solo se acepta la realidad del delito, pero no el monto de la pena y la reparación civil, el juzgador limitará la discusión y la producción de pruebas a esos extremos.

En cuanto a su naturaleza jurídica, la conformidad es una institución de naturaleza compleja que consiste en un acto unilateral basado en una declaración de voluntad, declaración conformada por dos voluntades. La conformidad importa la aceptación de los hechos y de las sanciones. Sus efectos son meramente procesales, pues sobre la base de la economía y celeridad procesales, provoca el acortamiento procedimental, esto es, prescinde del período probatorio dictándose, sin más, la sentencia(462).

Su origen se encuentra en el enjuiciamiento criminal inglés que reconoce la posibilidad al acusado de declararse culpable (*plea guilty*) o inocente (*not guilty*), de modo que si se confiesa culpable no es preciso constituir el Jurado ni celebrar el juicio, siendo sentenciado en base a su propia confesión (*own confession*)(463).

---

(461) PUENTE SEGURA, Leopoldo: *La conformidad en el proceso penal español*, Colex, Madrid, 1994, pp. 9-10.

(462) BARONA VILAR, Silvia: *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 302-303.

(463) BARONA VILAR: *La conformidad en el proceso penal*, cit., p. 286.

La conformidad en nuestra legislación exige del o de los acusados una declaración de voluntad que consiste, de un lado, en aceptar su intervención como autor o partícipe del hecho punible materia de acusación fiscal y, de otro lado, en reconocer la responsabilidad civil por el hecho delictivo admitido. El Código equivocadamente califica esta declaración de voluntad como confesión, puesto que esta última es un medio de prueba en sí mismo, mientras que la admisión produce no ya la prueba, sino la exclusión de la necesidad de dicha prueba.

b) Clasificación. La conformidad en el Código de 1991 presenta –siguiendo parcialmente a GIMENO SENDRA[464]– la siguiente clasificación:

i) Desde un punto de vista subjetivo, puede ser *total o propia*, cuando la totalidad de los acusados la presten; y, *parcial o impropia*, en el supuesto de que, ante una pluralidad de acusados, tan solo alguno de ellos la prestara. El Código de 1991 no se pronuncia sobre qué sucede en estos casos; sin embargo, el proyecto de 1995 permite que continúe el proceso con los no conformados, reservando la sentencia de conformidad hasta que se expida sentencia final con todos los acusados.

ii) Atendiendo al número y naturaleza de las pretensiones, puede ser *absoluta*, si se extiende a las pretensiones penal y civil, o *limitada* exclusivamente a la pretensión penal, en cuyo caso el juicio oral continuará a los solos efectos de debatir la pretensión civil.

iii) Atendiendo al ámbito de disposición, puede distinguirse una *conformidad plena*, que se proyecta no sólo contra los hechos punibles objeto de acusación, sino también sobre la petición de pena y de reparación civil; y, una *conformidad limitada*, a la aceptación de los hechos punibles objeto de acusación, no así a la petición de pena o al monto de la reparación civil.

En el caso de una *conformidad limitada*, se produce en puridad una censura del juicio oral. Se pasa al período probatorio del juicio oral, pero limitando la actuación probatoria a determinar la entidad de la pena o el monto de la reparación civil. En este supuesto, la responsabilidad por los hechos objeto de conformidad no se discuten. Sobre el particular, acota GIMENO SENDRA, no se vulnera la presunción de inocencia, pues la conformidad exime a la acusación de la carga de la prueba de los hechos constitutivos, siéndole de aplicación el principio de *que "nadie puede ir contra sus propios actos"*, de tal suerte que, reconocido un hecho, no puede posteriormente el acusado negar o modificar ese relato fáctico[465].

---

[464] GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 331-332.

[465] GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 330.

La conformidad, en cualquier supuesto y como consecuencia del carácter dual de la parte pasiva, requiere la aquiescencia del abogado defensor del acusado, sin cuya aceptación no cabe otra opción que disponer la continuación del juicio declarando improcedente la conformidad.

c) La sentencia de conformidad. Una vez producida la conformidad del acusado y su defensa, corresponde al Tribunal efectuar un control de la misma y, en consecuencia, emitir la resolución que corresponda. Este control parte de un principio esencial: la conformidad es un acto procesal de parte, de los denominados actos de postulación, que tiene sus propias características. Por consiguiente, es de rigor tener presente que si el órgano jurisdiccional considera que los hechos no están suficientemente probados, en aplicación directa de los arts. 2°.24.e) y 139°.3 de la Constitución, que garantiza un debido proceso y la presunción de inocencia, desestimará la conformidad y dispondrá la continuación de la audiencia, abriendo el período probatorio(466).

Por otro lado, el órgano enjuiciador puede estimar probados los hechos objeto de la conformidad, pero conserva sus plenas facultades para calificar los mismos en la forma que le parezca más correcta desde el punto de vista dogmático. En tal virtud, puede considerar que la calificación jurídica que le viene propuesta por las partes no es la procedente, por lo que, como el control de legalidad siempre debe entenderse *in bonam partem*, está facultado para modificar el título de incriminación subsumiendo la conducta incrimina en un tipo penal menos grave, siempre que respete el principio de correlación, como derivado del principio acusatorio. Tal modificación no solo alcanza un tipo penal distinto, aunque mediando similitud de bien o interés jurídico, también comprende la posibilidad de reconocer atenuaciones, eximencias incompletas, diferentes grados de ejecución y formas de participación en el delito.

Respecto a la pena objeto de conformidad, de una mayor presencia en los casos que en su oportunidad vendrán a conocimiento del tribunal, es de reconocer, en principio, que el juzgador conserva sus facultades de individualización de la pena a tenor de lo dispuesto en el art. 46° del Código Penal. En este punto, es posible que se presenten dos situaciones, sea que el órgano sentenciador considere que la pena acordada es inferior a la legalmente prevista o, por el contrario, estime que la pena acordada es superior a la que en puridad corresponde imponer. En el primer caso, lo más prudente es disponer la continuación del juicio, abriendo el período probatorio que lo limitará a la discusión sobre la pena, en cuyo caso al final del debate impondrá una pena mayor, siempre que el Ministerio Público en la acusación oral interese

(466) PUENTE SEGURA: *La conformidad en el proceso penal español*, cit., p. 116.

una pena más grave que la propuesta en la acusación escrita (art. 296° del Código de 1991). En el segundo caso, la única conclusión posible es imponer directamente una pena menor, no siendo necesaria la continuación del debate puesto que existiendo conformidad con los hechos y no siendo del caso esperar que el Fiscal en su acusación oral pida una pena menor, desde que el principio acusatorio en su concepción más radical proscribe imponer una pena mayor que la pedida por el Fiscal, el tribunal está facultado, dentro de sus poderes de individualización de la pena, a imponer la sanción que estime arreglada a derecho.

Respecto a la reparación civil, la conformidad del acusado tampoco vincula al tribunal, por lo que el juzgador puede imponer el monto que estime conveniente, sea igual, menor o mayor que la indicada en la acusación fiscal. Para ello, sin embargo, será menester que el tribunal declare que se trata de una conformidad limitada a los hechos y a la petición de pena y, a su vez, disponga la continuación del debate para esclarecer el tema de la responsabilidad civil. De igual manera, precisa PUENTE SEGURA, si media oposición de la parte civil o del tercero civil, el tribunal declarará que la conformidad es limitada a los hechos y a la pena, no así a la reparación civil, por lo que deberá abrirse el período probatorio circunscrito a la responsabilidad civil[467].

3. EL PERÍODO PROBATORIO

A. Aspectos generales

El período probatorio es la parte más esencial del debate. Allí se concreta la producción de pruebas a iniciativa de las partes. Las pruebas han de haber sido debidamente propuestas y admitidas en la etapa intermedia y, solo en el caso del Código de 1940, en el período inicial del juicio oral. Este período comienza inmediatamente después de resolver las cuestiones vinculadas a la presencia de los sujetos procesales principales y a la presentación de los órganos y objetos de prueba (en el Código de 1991 se añade un último paso vinculado a la posible conformidad) y concluye en el momento en que corresponde al Fiscal formular acusación oral.

La ley procesal, en este período, como apunta TOMÉ GARCÍA[468], no regula específicamente la actuación de cada medio de prueba, por lo que es de rigor remitirse a lo estatuido para el correspondiente acto de investigación sumarial o instructorio. Asimismo, no regula, aunque sí menciona, la declaración del acusado como medio de prueba a practicar en el juicio oral.

---

[467] PUENTE SEGURA: *La conformidad en el proceso penal español*, cit., p. 139.

[468] En: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit., p. 455.

Tampoco contempla los problemas que plantea la práctica de los modernos medios de prueba: fotografía, vídeo, cintas magnetofónicas, facsímil, etc.

Lo esencial en este período, propio del debate oral, es que en la práctica de las pruebas, al decir de ORTELLS RAMOS[469], rigen las siguientes pautas: a) la actuación probatoria está sujeta a las reglas sobre contradicción, inmediación, concentración, publicidad y documentación; b) el régimen de la práctica de las pruebas está sometido a un orden predeterminado, no obstante el cual puede ser modificado para facilitar el cumplimiento de la finalidad de la prueba y para evitar la suspensión de la audiencia: y, c) la prueba ha de practicarse ante el órgano jurisdiccional sentenciador, salvo si es necesario actuarse fuera de la sede o de la demarcación, debiendo acudirse al exhorto con arreglo al art. 156° de la LOPJ.

En lo referente al interrogatorio, la Corte Suprema tiene estipulado que: (1) se estructura sobre la base de preguntas claras –tanto en sentido gramatical como conceptual–, directas y precisas, volcadas a lo útil y necesario, aplicando las pautas técnicas inherentes al procedimiento penal en aras del debido esclarecimiento de los hechos[470]; (2) que el interrogatorio corre a cargo del Tribunal y de las partes, sancionando con la nulidad si alguno de ellos no lo hace[471]; (3) que si el interrogatorio es diminuto y deficiente por el Tribunal, se omite su deber de determinar el modo y circunstancias de la perpetración del delito[472].

En cuanto al orden de las pruebas, el Código de 1940 tiene la siguiente secuencia: 1. Interrogatorio del imputado (art. 243°). 2. Interrogatorio de los testigos en el orden que decida el Presidente, precediendo el examen del agraviado en caso haya sido citado obligatoriamente (arts. 248° y 260°). 3. Examen de los peritos, sin perjuicio de la lectura obligatoria del dictamen o informe pericial (art. 259°). 4. Examen de la prueba instrumental acompañada en la instrucción y la presentada en el juicio oral.

Respecto al interrogatorio a los órganos de prueba, el Código de 1940 impone la siguiente metodología: 1. El interrogatorio directo del acusado es iniciado por el Fiscal (art. 243°) y seguido por el Presidente –o Director de

---

(469) En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1991, cit., T. III (*Proceso penal*), p. 342.

(470) Ejecutoria Suprema de 27 de mayo de 1999, Exp. N° 410-99, La Libertad (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 210).

(471) Ejecutoria Suprema de 19 de julio de 1999, Exp. N° 27-99, Chimbote (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 210).

(472) Ejecutoria Suprema de 22 de setiembre de 1997, Exp. N° 869-97 (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 211).

Debates– y los otros miembros del Colegiado; a continuación, corresponde el turno al defensor y al abogado de la parte civil, quienes interrogarán *"por intermedio del Presidente"* (art. 247°). 2. El interrogatorio de los testigos y peritos será efectuado directamente en un orden que inicia el Presidente, continúan los demás miembros del Tribunal y el Fiscal, y culminan el defensor y el abogado de la parte civil (arts. 251° y 259°). 3. El examen de la prueba instrumental, que se inicia con la lectura de la misma, tiene como base las propuestas del Fiscal, de la parte civil y del acusado, en ese orden (art. 262°).

La secuencia y la metodología de la actuación probatoria en el Código de 1991 tienen sensibles modificaciones. De la concordancia de los arts. 281° a 284° es posible anotar las siguientes conclusiones: *en primer lugar*, altera el interrogatorio del imputado, pues la envía al final, luego de la oralización de la prueba instrumental; *en segundo lugar*, el orden en que deben actuarse las pruebas es decidido por el Juzgador, pero primero se examina a los testigos y, luego, a los peritos; *en tercer lugar*, el interrogatorio a los órganos de prueba es directo por los sujetos procesales; y, *en cuarto lugar*, el Juzgador solo interroga en los casos en que hubiera quedado algún vacío (art. 285°), el mismo que es iniciado por el Fiscal, seguido por los defensores del actor civil y del tercero civil y culminado por el defensor del acusado (art. 284°), orden que es similar al seguido al oralizar los medios probatorios útiles (art. 283°). La última intervención está reservada al acusado, "con lo que se busca que el defensor pueda estar mejor preparado y de esta forma el contradictorio tenga mayor eficacia"[473].

B. Los medios de prueba

B.1. Aspectos problemáticos

La ley procesal, respecto de los medios probatorios, solo hace mención a la declaración del imputado, a la prueba testifical, a la prueba pericial y a la prueba documental. No se refiere, empero, al careo o confrontación, al reconocimiento judicial o inspección ocular y a las piezas de convicción u objetos o instrumentos del delito. Estas pruebas, con las limitaciones propias del juicio oral y la posibilidad de haberse realizado durante la instrucción, son plenamente aceptadas y, por tanto, es factible que se desarrollen en el juicio oral.

Sobre el *careo o confrontación*, que en rigor no es propiamente un medio probatorio, sino una ampliación de las pruebas personales (declaración del acusado y testimoniales), es del caso acotar, como señala TOMÉ GARCÍA,

---

(473) PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ / GUTIÉRREZ DE CABIEDES: *Derecho procesal penal*, cit., p. 329.

que tiene un carácter subsidiario y potestativo, pudiendo actuarse cuando no fuere conocido otro modo de comprobar la existencia del delito o la culpabilidad de alguno de los procesados [474]. Para su adopción, afirma MONTÓN REDONDO, es necesario que los resultados de la declaración del acusado y de las testimoniales sean contradictorios o disconformes[475].

En lo atinente al *reconocimiento judicial o inspección ocular*, que consiste –según explica Eladio ESCUSOL BARRA– en la personación *in situ* del tribunal para describir el lugar o la cosa inspeccionada, haciendo constar las huellas o vestigios del delito cometido y las observaciones que las partes hagan[476], su adopción puede justificarse en la medida en que no se haya practicado en las etapas anteriores al juicio oral y que no resulte inútil, dado el tiempo transcurrido. El presupuesto de esta prueba es que preexistan determinados vestigios o instrumentos materiales de su perpetración, huellas o vestigios que normalmente no permanecerán hasta el momento del juicio oral[477]. Por lo demás, como apunta MONTÓN REDONDO, es una prueba que limita los principios de concentración y publicidad al producirse fuera de la sala del juicio, lo que aconseja su restricción a situaciones en que no se disponga de ningún otro medio para la determinación de los hechos[478].

La Corte Suprema ha determinado que si el Fiscal Superior en su acusación solicita se realice una inspección ocular, ésta debe realizarse en el acto oral y no por el juez penal previa devolución de los actuados[479].

Con relación a las piezas de convicción en general, el art. 240° del Código de 1940 precisa que si el Tribunal lo cree conveniente, se pueden presentar en la audiencia los objetos que tengan relación con el delito. Su presentación también puede ser instada por las partes; en caso de negativa, debe constar en el acta el motivo de su petición. Otorgar al Tribunal la iniciativa, según razones de conveniencia, obviamente vinculadas a las reglas de legitimidad, pertinencia, utilidad y posibilidad material de su presentación, recoge el principio de investigación oficial[480].

---

[474] En: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit., p. 461.

[475] En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1991, cit., T. III *(Proceso penal)*, p. 357.

[476] ESCUSOL BARRA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 476.

[477] GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal*, cit., T. II (*Proceso penal*), p. 445.

[478] En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1991, cit., T. III *(Proceso penal)*, p. 357.

[479] Ejecutoria Suprema de 19 de junio de 1992, Exp. N° 325-91-B, Arequipa (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 338-339).

[480] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 274.

Las piezas de convicción, apunta MONTÓN REDONDO, en tanto objetos inanimados que pueden servir para atestiguar la realidad de un hecho y que se hayan incorporado al proceso, bien uniéndolos materialmente a los autos o conservándose a disposición del Tribunal, decidida su presentación en la audiencia, deben ser expuestas públicamente, incluyendo su reconocimiento y la declaración específica sobre ellos, a fin de ser utilizadas por él directa, inmediata e independiente o servir como complemento de otras pruebas[481].

Su práctica puede irse dando simultáneamente con las declaraciones de los imputados y testigos, o en momentos independientes, exhibiéndoseles a éstos y también a las partes civiles, conforme corresponda. La oportunidad más adecuada para ello ha de ser cuando el órgano de esta prueba se refiera a dichas piezas en el transcurso de su declaración o exposición[482].

Finalmente, siguiendo las advertencias de ESCUSOL BARRA[483], es de tener presente que en materia de actividad probatoria la regla básica es que no se practican otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas. Las excepciones son las siguientes:

a) los careos o confrontaciones, cuando resulten procedentes, sea de oficio o a propuesta de cualquiera de las partes, desde que la posibilidad de contradicción de las versiones, presupuesto del careo o confrontación, recién se pueda establecer una vez que los órganos de prueba hayan declarado;

b) la actuación de pruebas de oficio, en tanto el tribunal las considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de acusación o defensa. Esta posición es asumida por el Código de 1940, que asume un mayor compromiso con el principio de investigación oficial en comparación a la neutralidad propuesta por el Código de 1991[484];

---

[481] En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional,* ed. 1991, cit., T. III *(Proceso penal)*, p. 356.

[482] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VI, p. 297.

[483] ESCUSOL BARRA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 477.

[484] La Ejecutoria Suprema de 1° de junio de 2001, Exp. N° 1760-2001, Lima, ha sentado la siguiente doctrina: "El impulso oficial en el juicio oral, concretamente, la citación de testigos por la Sala está prevista en la ley procesal penal, interpretada sistemáticamente y teleológicamente como parte de las atribuciones del Tribunal en concordancia con los fines generales del proceso, previsto en el art. 72°, es decir, la búsqueda de la verdad como presupuesto de la justicia y en atención a ello es que se faculta discrecionalmente a la Sala a considerar incluso la citación de testigos ofrecidos fuera del plazo previsto por el art.

c) las diligencias de prueba que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo. Al respecto, el art. 254° del Código de 1940 estatuye que "los testigos que se ofrezcan para demostrar los motivos de parcialidad que tiene un testigo del juicio, y cuyo número puede exceder de dos se limitarán a declarar sobre esta materia". Obviamente, una vez que el testigo ha declarado y luego se conoce alguna causal de parcialidad o tacha, en estricta justicia debe permitirse a las partes perjudicadas por el testimonio tener la oportunidad de realizar actividad probatoria específica para cuestionar la imparcialidad del testigo.

B.2. Declaración del acusado

El Código de 1940 considera a la declaración o interrogatorio del acusado como primera prueba a practicar. El Código de 1940, la considera, en cambio, como última prueba a ejecutar. En ambos casos luego de haber puesto al imputado en contacto con la acusación, el paso siguiente consiste en hacerle un *interrogatorio de identificación*, que lógicamente es de responsabilidad del Presidente del Tribunal y al cual el imputado no puede negarse. A continuación, en resguardo de la garantía constitucional de no autoincriminación, reconocida por el ordenamiento jurídico internacional (art. 8°. 2. 'g' de la Convención Americana de Derechos Humanos), corresponde al Presidente del Tribunal preguntar al acusado si quiere declarar respecto de los hechos que se le atribuye, haciéndole saber que puede o no hacerlo, sin que su silencio implique presunción de responsabilidad alguna o pueda impedir la continuación del juicio.

El interrogatorio propiamente dicho se iniciará sólo si el acusado hubiera accedido al mismo. El art. 245° del Código de 1940, ante el silencio del imputado, previene al Presidente que se dirija al defensor para que lo exhorte a explicarse o para que indique los motivos a que él atribuye su negativa a contestar; y, si el acusado insiste en su actitud, el Presidente seguirá con los interrogatorios, pero al concluir cada uno de ellos, preguntará al acusado si tiene algo que decir. Esta disposición presupone, sin duda alguna, la obligación del imputado de someterse al interrogatorio, por lo que debe

---

232° del CPP o sin las formalidades exigidas por el art. 238° del anotado, en atención a los principios de libertad de prueba y de necesidad de prueba que informa el ordenamiento procesal penal, de donde, al citar oficialmente a testigos, no se atenta contra el debido proceso, sino que contrariamente se respeta sus componentes sustanciales, al sujetarse los actos procesales de actuación y apreciación de prueba al principio de averiguación oficial de la verdad" (*Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 13, Trujillo, 2002, pp. 64-65).

entenderse abrogado por la Constitución de 1993, que por aplicación de la Cuarta Disposición Final y del principio del debido proceso reconocido en el art. 139°.3, ha incorporado al derecho interno lo dispuesto en los arts. 8°.2.'g' de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14°.2.'g' del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que garantizan el derecho del imputado a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. Por ello, el art. 284° del Código de 1991 señala que previo al examen del acusado, el Juzgador le advertirá que puede abstenerse de declarar y que el debate continuará aunque no lo haga.

Si el acusado acepta ser examinado, el interrogatorio tendrá como base las declaraciones prestadas en su instructiva y estará destinado a que explique los hechos en que tomó parte y los que hubiere propuesto para exculparse, así como a conocer su índole, modo habitual de proceder y los motivos determinantes del delito. El art. 284° del Código de 1991 señala expresamente que el interrogatorio también puede versar sobre "(...). *las circunstancias y demás elementos necesarios para la medición de la pena y de la reparación civil*".

El interrogatorio se estructura en base a preguntas claras, directas y precisas, volcadas a lo útil y necesario[485]. No son admisibles preguntas repetidas sobre aquello que el acusado ya contestó, salvo que sean absolutamente necesarias y sea del caso aclarar aspectos de una respuesta anterior. Tampoco se aceptan preguntas sobre temas prohibidos, así como capciosas, con respuestas sugeridas e inútiles. Comenzada la declaración del imputado, en tanto se requiere que sus dichos y respuestas sean espontáneos, no se le puede hacer ningún tipo de sugerencia o indicación, infracción que al decir de SOSA ARDITI y FERNÁNDEZ será corregida disciplinariamente[486].

Para el caso de varios acusados, tanto el art. 246° del Código de 1940 como el numeral 286° del Código de 1991, autoriza al Presidente a examinarlos separadamente, o a uno en presencia de otros. Si se decide el examen por separado, antes de que comience el Fiscal su acusación, se leerán las declaraciones de todos los acusados. El objetivo de esta facultad es evitar que el interrogatorio a uno de los imputados pueda alertar a los otros o que la declaración del que lo haga antes pueda influir en las de los que lo hagan después. Sobre el particular, señalan SOSA ARDITI y FERNÁNDEZ, "saber si un imputado miente es fundamental en la tarea del tribunal. La confrontación

---

(485) La Corte Suprema declaró que debe examinarse al acusado sobre puntos esenciales y concretos de la denuncia (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1947, Lima, p. 478). Asimismo señaló que en el acta de la audiencia deben constar las preguntas hechas al acusado, no sólo las respuestas (*Revista Jurídica del Perú*, 1963, Lima, p. 248).

(486) SOSA ARDITI / FERNÁNDEZ: *Juicio oral en el proceso penal*, cit., p. 94.

de las indagatorias prestadas en forma independiente favorece la labor de los magistrados, pues les permite interrogar sobre ciertos detalles difícilmente tenidos en cuenta por los imputados si intentaran 'armar' sus dichos. Siempre quedará un punto, un pormenor, un residuo al que se pueda llegar mediante preguntas y que no podrá ser previsto por ningún imputado, por más lúcida que sea. En ese caso, al confrontarse las declaraciones, surgirán sus aspectos contradictorios que pondrán en evidencia la falsedad de alguna de ellas"[487].

No obstante, el claro objetivo que justifica la necesidad de lectura de las declaraciones de los procesados, el Alto Tribunal ha señalado de modo genérico que tal omisión no afecta el valor de las pruebas, la defensa de los procesados, ni el debido proceso, por lo que no es del caso anular el juicio siguiendo un rigor o ritualismo procesal atentatorio en este caso contra el derecho de defensa y por los principios de economía y celeridad previstos en el art. 6° de la TUO de la LOPJ[488].

Es de extrañar que expresamente no se comprenda, en aras de un eficaz derecho de defensa y del debido esclarecimiento de los hechos y, como por ejemplo, lo exige el art. 257° de la Ordenanza Procesal Penal alemana, que después de la declaración de cada uno de los testigos, peritos o co-acusados, así como después de la lectura de cada uno de los documentos, no se pregunte al acusado si tiene algo que aclarar al respecto. En este caso, el formalismo, traducido en el respeto a la regla de preclusión, se ha impuesto sobre la necesidad de agotar la discusión y dar oportunidad al imputado para que conforme se desenvuelva el plenario pueda formular las aclaraciones o explicaciones que correspondan.

La Corte Suprema ha considerado indispensable la confrontación entre acusados cuando se formulan imputaciones recíprocas, a fin de establecer la verdad de los hechos[489], y por otro lado exige que en el acta de la audiencia se deje constancia no sólo de la inicial declaración de los acusados, sino también de lo que expresan respecto a las declaraciones del otro[490].

B.3. La prueba testifical

Los testigos que a tenor de la Ejecutoria Suprema de 20 de mayo de 1998, Exp. N° 107-98, en sentido estricto, es la persona que declarando ante la autoridad judicial bajo juramento hace conocer lo que ella sabe con

---

(487) SOSA ARDITI / FERNÁNDEZ: *Juicio oral en el proceso penal*, cit., p. 91.

(488) Ejecutoria Suprema de 15 de octubre de 1996, Exp. N° 3860-96, Ica (*Normas Legales*, T. 248, enero, Trujillo, 1997, pp. A34-A36).

(489) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1970, Lima, p. 257.

(490) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1970, Lima, p. 125.

respecto a los hechos[491], deben declarar en el orden que señala el Presidente, previa intervención de las partes (arts. 248° del Código de 1940 y 282° del Código de 1991). Una característica esencial de esta prueba estriba en que los testigos, a los que debe tomárseles juramento o promesa de honor[492], deben ser examinados por actos independientes, sin que se comuniquen entre ellos o con otras personas, a fin de que no puedan enterarse ni ser informados de lo que está ocurriendo en la sala de audiencia[493]. No cabe que las declaraciones de testigos se lleven a cabo ante un notario, pues tal diligencia no es de competencia notarial[494].

El Código de 1940 sanciona bajo pena de nulidad que se dé lectura a la declaración del testigo prestada en la instrucción[495]. Tal prohibición, sin embargo, no la tienen otros Códigos, como es el caso de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, cuyo art. 714° prescribe que en caso de discrepancia entre ambas declaraciones puede disponerse la lectura del acta sumarial para que el testigo dé las explicaciones que correspondan. Mariano H. CORNEJO, en defensa de esta prohibición, señala que si lee su declaración "...ya no tiene libertad y que, por consiguiente, está viciada la prueba"[496].

Si bien es de aceptar la interdicción de la lectura previa del acta sumarial, a fin de garantizar la espontaneidad y que el testigo no se sienta obligado a decir exactamente lo mismo, permitiéndole que si faltó a la verdad en el juzgado, pueda decirla ante el Tribunal[497], no creemos que sea suficiente la realización de un interrogatorio específico para que explique clara y detalladamente la razón de esas diferencias, como apunta el art. 250° del Código de 1940. En efecto, es de considerar que un interrogatorio de esa naturaleza puede resultar lesivo a la posición del testigo y no necesariamente puede ser esclarecedor, mientras que si se lee la declaración sumarial será posible un contrainterrogatorio más objetivo y eficaz.

Desde la perspectiva procedimiental, el art. 252° del Código de 1940 prescribe que en caso de diferencia entre ambas declaraciones, se escribirá inmediatamente la parte de la declaración evacuada en la audiencia que esté

---

(491) *Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 196.

(492) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1944, Lima, p. 48.

(493) CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VI, p. 296.

(494) Ejecutoria Suprema de 21 de febrero de 1995, Exp. N° 119-94, Huánuco (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 348-350).

(495) Así lo ha declarado la Corte Suprema en la ejecutoria de 3 de marzo de 1989, Exp. N° 675-88, Piura (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 211).

(496) Citado por GUZMÁN FERRER: *Código de Procedimientos Penales*, cit., p. 442.

(497) GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 289.

en disconformidad con la prestada en la instrucción, la cual será leída para ver si el testigo se conforma con ella.

El interrogatorio del testigo se sigue en igual forma a los ritos establecidos para la instrucción. Las preguntas se hacen oralmente y en forma directa. El interrogatorio, en primer lugar, se dirige a determinar sus condiciones personales y su relación con los acusados y demás partes; y, en segundo lugar, al conocimiento que tenga sobre el hecho y demás circunstancias específicas que determinaron su convocatoria y que se estimen oportunas y pertinentes. Resulta obvio que los testigos, como acota MONTÓN REDONDO, contestarán a las distintas preguntas con la claridad y precisión posibles, expresando "la razón de su dicho" e indicando la fuente o persona de la que hubieran obtenido la información cuando se trate de los llamados "testigos de referencia"[498]. Una exigencia de primer orden estriba en que, tratándose de parientes, se les debe advertir del derecho que les asiste, conforme a ley, para rehusar la declaración, lo que está sancionado con la nulidad del juicio [499].

Culminado el interrogatorio del testigo, es posible que sea requerido, no solo para someterse a aclaraciones o ampliaciones de su testimonio (a partir de las declaraciones de otros testigos o de las informaciones adicionales proporcionadas por el imputado), sino también para ser sometido a una confrontación.

El Código de 1940 tiene cinco normas especiales sobre la declaración testimonial:

a) Los testigos pueden declarar sin ser escuchados por los otros, o que sea examinado delante de uno o más testigos determinados (art. 256°), pero la regla es que no pueden estar presentes en la audiencia ni menos escuchar el testimonio de los otros testigos.

b) Los testigos no pueden dialogar ni interpelarse entre sí. Esta disposición (art. 255°), empero, no es aceptada en el Código de 1991 (art. 213°).

c) Si el testigo citado a declarar en la audiencia no concurre al debate, pero se presenta antes de que se produzca la acusación, procede examinarlo oralmente (art. 249°). Sin duda, la necesidad de esclarecimiento y de búsqueda de la verdad que informa al proceso penal, explican esta alteración relativa a la regla de preclusión. La Corte

---

[498] En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1991, cit., T. III *(Proceso penal)*, p. 352.

[499] Ejecutoria Suprema de 9 de diciembre de 1939 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 127-130).

Suprema ha señalado que si la concurrencia de un testigo fue declarada obligatoria necesariamente debe declarar en la audiencia[500], salvo que se hayan agotado los medios para conseguir su asistencia[501].

d) Si de los debates resulta que un testigo incurrió en falsedad al declarar en audiencia, de oficio o a petición de las partes, puede ser detenido hasta que se pronuncie sentencia y se resuelva si hay motivos para abrir instrucción contra él (arts. 257° del Código de 1940 y 309° del Código de 1991). Es de aclarar, empero, que tratándose inevitablemente de una medida cautelar, la restricción de la libertad está condicionada al cumplimiento de los dos clásicos presupuestos materiales: *fumus boni iuris*, o sea principio de prueba o atribución razonable del hecho punible; y, *periculum in mora*, esto es, gravedad del hecho punible y riesgo muy serio de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria. Además, como ha sido fijado por el alto Tribunal, esta medida está reservada al Juez del Juicio, no pudiendo dictarse durante la etapa de instrucción[502].

e) Si se considera que un testigo que declaró en juicio violó el deber de imparcialidad, es posible a las partes ofrecer dos testigos para que declaren exclusivamente sobre ese extremo. Esta es una segunda causal determinante de la alteración de la regla de preclusión, que limita el ofrecimiento de pruebas a la etapa intermedia y, en el caso del Código de 1940, al inicio de la audiencia, que se justifica en aras de garantizar la espontaneidad y veracidad de la declaración testifical.

La declaración del agraviado es considerada un testimonio más y, como tal, es tratada por la Ley procesal (art. 143° del Código de 1940 y 212° del Código de 1991). Si su declaración ha sido solicitada y aceptada por el órgano jurisdiccional, debe declarar antes que los testigos. Además, tiene la posibilidad de presentarse voluntariamente al acto oral y solicitar que sea examinado, en cuyo caso el interrogatorio se llevará a cabo antes de la acusación (arts. 260° y 261° del Código de 1940). En este último caso, GARCÍA RADA considera que la declaración se producirá indefectiblemente antes de la acusación [503]; sin embargo, es de considerar que lo que la ley prescribe es la factibilidad de la declaración del agraviado, aun cuando no haya sido

---

[500] *El Peruano*, Lima, 4 de agosto de 1944; *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1952, Lima, p. 2613.

[501] *Revista de los Tribunales*, 1948, Lima, p. 253.

[502] Ejecutoria suprema de 11 de octubre de 1943 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 117-118).

[503] GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 289.

citado por el órgano jurisdiccional, por lo que esta podrá llevarse a cabo siempre que la presentación del agraviado se produzca antes de la acusación. Resulta obvio que si se presenta al inicio de la audiencia, la declaración se producirá antes que los testigos propiamente dichos y en el momento en que corresponda la prueba testifical.

B.4. La prueba pericial

El art. 259° CPP 1940 reconoce expresamente la necesidad de examinar a los peritos o técnicos citados, tomándoseles juramento o promesa de honor de decir la verdad; su omisión, según antigua jurisprudencia suprema, es sancionada con la nulidad de la sentencia y del juicio(504). El CPP 1991 sencillamente hace mención en el art. 282°, segundo párrafo, al examen de los peritos, el mismo que se realizará directamente por las partes, remitiendo su actuación a las normas pertinentes de la instrucción o investigación.

La indicada norma se pone en un escenario distinto del previsto en los arts. 167° y 158° CPP 1940. Las últimas normas están referidas a los informes y al examen pericial sumarial, mientras que del art. 259° CPP 1940 está circunscrita a la pericia del juicio oral. La doctrina procesalista tiene establecido, al respecto, lo siguiente:

1. Que la *actividad pericial*, en un primer momento, consta de dos elementos, (a) el *acto pericial*, que comprende el reconocimiento o percepción –aspecto fáctico o perceptivo y aspecto técnico– del objeto a peritar –que incluso pueden aportar un hecho nuevo al proceso–, la realización de las necesarias operaciones técnicas o análisis, y la deliberación y redacción de conclusiones; y, (b) el *informe o dictamen pericial*, que no es otra cosa que la formalización por escrito de todo lo anterior, y que el art. 224° CPP 1991 describe con amplitud.

2. Que esa actividad pericial, en sus dos momentos, puede incluso ser extraprocesal o provenir de otro proceso, esto es, aquella practicada antes del proceso o fuera del mismo. Ello significa que la *pericia procesal*, la realizada a instancias de un nombramiento judicial o por encargo judicial (*vid.* arts. 160° y 161° CPP 1940), no es la única que es de valorarse en sede del juez de sentencia, pues dicha actividad puede tener lugar en cualquier momento del proceso e incluso puede producirse con inmediata anterioridad a su nacimiento; todas ellas tienen el carácter de pruebas preconstituidas. Por tanto, el informe pericial puede producirse tanto en la etapa de instrucción como durante la etapa

(504) Ejecutoria Suprema de 1 de junio de 1944 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 134-136).

del juicio oral, aunque antes de comenzar las sesiones del debate; asimismo, puede presentarse antes de iniciarse la instrucción, en sede preliminar –policial o fiscal– con ocasión de levantarse el Atestado o las actuaciones fiscales[505], de suerte que pueden denominarse, como precisa CLIMENT DURÁN, *informe pericial policial* (incluimos, por nuestra parte, el informe pericial fiscal, de suerte que ambos pueden designarse genéricamente "informe pericial preliminar"), informe pericial sumarial e informe pericial plenarial[506].

3. Que, en cuanto a los peritos, desde una perspectiva procesal, es de precisar que no solo son aquellos nombrados individualmente por el Juez, pues actualmente la actividad pericial –legalmente reconocida– la realizan (a) órganos públicos u oficiales como tales, integrados por expertos dedicados a la labor pericial y sujetos a estrictos marcos administrativos, por ejemplo, el Instituto de Medicina Legal, órgano dependiente del Ministerio Público (*vid.* Ley N° 24128, de 23 de mayo de 1985), y los peritos de la Policía Nacional, a través de sus laboratorios o de sus equipos profesionales que desarrollan su labor en sus propias dependencias o adscritos a los órganos del Ministerio Público o del Poder Judicial[507] (en la estructura de la Policía Nacional aparece como órgano de apoyo la Dirección de Criminalística [*vid.* art. 21° LOPNP, N° 27238, y art. 13°.5 del Reglamento de la LOPNP, Decreto Supremo N° 008-2000-IN]); y, (b) instituciones profesionales (*vid.* art. 275° TUO LOPJ).

4. Que el otro elemento, el segundo, de la actividad pericial, y determinante para su consideración de acto de prueba, se denomina *prueba pericial* propiamente dicha. Normalmente el Informe Pericial se da en sede preliminar o en la instrucción, muy raras veces en la etapa intermedia o en los pasos del juicio oral. Empero, desde una lógica acusatoria, la prueba pericial, que propiamente es la *ratificación o examen pericial*, se produce en el acto oral, en acatamiento de los principios de oralidad, publicidad, inmediación y posibilidad de contradicción, que precisamente es a este momento el que se refiere el art. 259° CPP 1940, y no al puntualizado en el art. 167° del mismo Código. Como se sabe, la regla es que los peritos

---

(505) Señala ASENCIO MELLADO (*Derecho procesal penal*, cit., p. 150), que en materia de pericias no es posible realizar una clara diferenciación entre actos de investigación periciales y prueba como tal, ya que la pericia constituye un acto complejo que se desenvuelve, comúnmente en dos momentos diferenciados. Así, insiste el autor, por razones obvias de posibilidad de desaparición del objeto de la pericia, así como por el tiempo que la misma requiere, que se opone a la concentración propia del juicio oral, siempre han de tener lugar en un momento previo.

(506) CLIMENT DURÁN, Carlos: *La prueba penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 506.

(507) El art. 60° CPP 1940 establece claramente que la Policía realiza labor pericial, al punto que sus pericias deben anexarse al Atestado Policial.

concurran al Tribunal y se sometan a las preguntas y repreguntas sobre la pericia que han elaborado; empero, gradualmente, en el específico caso de los peritos que integran instituciones públicas (Instituto de Medicina legal y Dirección de Criminalística) tal exigencia ha venido flexibilizándose, al punto que cierta doctrina señaló que no es necesario tal examen cuando el informe pericial está centrado en los aspectos puramente técnicos y el cuestionamiento de las partes se centra en ellos, no así cuando el cuestionamiento está radicado en los aspectos fácticos o perceptivos que sirven de soporte al informe pericial, esto es, cuando se alegue su falsedad, caso en el que es imprescindible la presencia y el testimonio contradictorio de quienes los han percibido personalmente (STSE, de 23 de febrero de 1989). Empero, con mayor corrección procesal, debe entenderse aprobada esta doctrina, siempre y cuando las partes prestaren su consentimiento expreso o tácito por ausencia de impugnación en tiempo hábil respecto del resultado o respecto de la competencia e imparcialidad profesional de los peritos (STSE N° 806/1999, de 10 de junio, aprobada por el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo español de 21 de mayo de 1999)[508]. Por lo demás, como acota MORENO CATENA, el único medio para impugnar o desvirtuar la pericia es el de citar a los peritos al juicio oral y someterlos a interrogatorio, a cuyo efecto cita la STC N° 24/1991, que señala que el "único modo de desvirtuar la fuerza de convicción que pruebas preconstituidas pueden tener es interrogar al perito en el acto del juicio oral, para lo cual deberá ser reclamado por la parte que pretende o ratificar su dictamen o, como podía haber sido aquí el caso, impugnar el mismo"[509].

---

[508] Acota GIMENO SENDRA (GIMENO SENDRA, Vicente; GARBERÍ LLOBREGAT, José; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido: *Los procesos penales*, Bosch, Barcelona, 2000, T. 5, p. 559) que esta última doctrina, en rigor, confirma "que los hechos que deben ser objeto de prueba son los controvertidos y si sobre una determinada cuestión técnica existe un dictamen técnico en las actuaciones, emitido por Organismos Oficiales fiables, que no es cuestionado por la defensa, en el supuesto de que la acusación prescinda de llevar al juicio oral a los técnicos informantes, [...] la defensa, que no cuestionó el resultado de la pericia, no puede en casación negar con éxito su valor probatorio, precisamente porque aceptó expresa o tácitamente su resultado". Ello, indica el autor, constituye un criterio dirigido a evitar el fraude que representa cuestionar en casación lo que se asumió en la instancia.

[509] MORENO CATENA, Víctor (Dir.): *El proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Vol. III, p. 2218. Esta es la denominada doctrina de la "aceptación tácita", respecto de la cual PAZ RUBIO (PAZ RUBIO, José María; MENDOZA MUÑOZ, Julio: OLLE SESÉ, Manuel; RODRÍGUEZ MORICHE, Rosa: *La prueba en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1999, p. 179) anota que "se ha venido aplicando, con carácter general, a todos aquellos informes periciales emitidos por organismos oficiales y policiales o funcionarios públicos, los cuales, al gozar de las notas de objetividad, imparcialidad e independencia, tienen, *a priori*, eficacia probatoria, aun cuando no sean ratificados en el plenario".

Por otro lado, esclarecido el ámbito complejo de la prueba pericial, es de precisar que, como es obvio, la citación a los peritos tiene como objeto, apunta MONTÓN REDONDO, el interrogatorio sobre el contenido de su informe o sobre las cuestiones que se estimen oportunas. Si se trata de peritos nuevos (prueba pericial propuesta "*ex novo*"), como es obvio, presentarán su informe y serán examinados sobre su contenido. Las declaraciones de los peritos, a diferencia de los testigos, se harán conjuntamente por todos ellos, si hubieran de manifestarse sobre unos mismos hechos(510). El interrogatorio, como apunta el art. 228° del Código de 1991 estará orientado a "*obtener una mejor explicación sobre la comprobación que hayan efectuado respecto al objeto de la pericia, sobre los fundamentos y la conclusión que sostienen*".

El art. 259° del Código de 1940 incorpora una regla básica en materia de prueba pericial: la lectura obligatoria del informe de los peritos, previa al interrogatorio de los mismos. Este interrogatorio busca, según SOSA ARDITI y FERNÁNDEZ, ampliar y esclarecer los puntos sobre los cuales las partes se interesen, incluso los peritos podrán ser preguntados sobre cuestiones no tratadas en su dictamen, contando siempre con la pertinencia genérica de la interrogatoria(511).

El citado art. 259° del Código de 1940 privilegia esta prueba, pues no somete a una estricta regla de preclusión la solicitud de examen pericial. Dicha norma señala que las partes pueden solicitar que se examine a los peritos o técnicos en el caso que no hubiesen sido citados por el Tribunal, el que resolverá si procede o no ese examen.

En la audiencia, de existir disconformidad entre las conclusiones de las pericias, debe abrirse un debate contradictorio, cuyo contenido debe ser incluido en el acta, a fin de que consten las razones aducidas por los peritos(512). Por lo demás, si en el debate contradictorio, unos peritos hacen suyas las conclusiones del dictamen de los otros, quedando así rectificada la conclusión a la que llegaron aquéllos, en el acta respectiva deben constar íntegramente las razones por las cuales se uniformaron las opiniones discrepantes de los peritos(513).

---

(510) En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1991, cit., T. III *(Proceso penal)*, pp. 353-355.

(511) SOSA ARDITI / FERNÁNDEZ: *Juicio oral en el proceso penal*, cit., p. 106.

(512) Ejecutoria Suprema de 24 de setiembre de 1995, Exp. N° 942-75, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, pp. 481-482).

(513) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1976, p. 328.

B.5 La prueba documental

Una vez culminados los interrogatorios de los peritos, corresponde el examen de la prueba instrumental u oralización de los medios probatorios. Para este efecto, señalan los artículos 262° del Código de 1940 y 283° del Código de 1991, deben precisarse las piezas o documentos incorporados al expediente, en cualquier etapa del procedimiento. El Código de 1940 contempla la necesidad de la lectura íntegra de las piezas o documentos, mientras que el Código de 1991 exige que la parte que ofrece la prueba exponga un resumen oral de su contenido, salvo que se solicite su lectura, en cuyo caso indefectiblemente debe leerse.

La Corte Suprema tiene expuesto, en primer lugar, que "la lectura de las piezas o documentos tiene como objetivo actualizar y destacar su contenido para que los sujetos procesales adquieran plena conciencia sobre la significación probatoria que pudieran contener y de ese modo, cada uno pueda integrar convenientemente su conocimiento sobre el caso materia de juzgamiento"; y, en *segundo lugar*, que si se omite dar lectura a las piezas pertinentes del proceso a petición de los sujetos procesales, se vulnera los principios de oralidad, publicidad, concentración, contradicción e inmediación respecto a las piezas a leerse(514).

En tanto que en el debate debe haberse recibido toda la prueba existente y necesaria para resolver el caso, enseñan SOSA ARDITI y FERNÁNDEZ, se hace indispensable que se introduzcan mediante su lectura, oralizándola, toda aquella que esté materializada en constancias escritas y merezca la consideración necesaria(515). Es de significar que los documentos preconstituidos al proceso mismo, tales como contratos, certificaciones o constancias, etc., pueden ser tachados en el acto oral, siempre que se hubieran presentado en el curso del juicio oral, caso contrario serán considerados como argumentos de defensa (art. 262° *in fine* del Código de 1940).

En principio, y más allá de su eficacia probatoria, se entiende por documento todo aquello que puede servir para atestiguar la realidad de un hecho y que se haya incorporado en la causa, bien uniéndolo materialmente a los autos o conservándose a disposición del órgano jurisdiccional. Se leerá, dice MONTÓN REDONDO, sin duda alguna, el documento que contiene la representación gráfica del pensamiento que se plasma por escrito; y se apreciará, obviamente, todo otro instrumento mueble apto para la incorpo-

---

(514) Ejecutoria Suprema de 29 de marzo de 1999, Exp. N° 285-99, Huaura (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 212).

(515) SOSA ARDITI / FERNÁNDEZ: *Juicio oral en el proceso penal*, cit., p. 127.

ración de señales expresivas de un pensamiento y que lo reproducen, más o menos fidedignamente, tales como videos, cine, fotografías, grabaciones magnetofónicas, disquetes, etc.[516].

Ambos Códigos procesales no tienen límites en cuanto a la oralización o lectura de documentos. Puede tratarse de actas judiciales como policiales, sin que en este último caso, como por ejemplo, lo hace el Código nacional argentino, se exija la ratificación de los intervinientes ante el Juzgado Penal. Sin embargo, respecto a la prueba personal (preventivas, testimoniales y exámenes periciales), es de precisar en orden a las exigencias del principio de oralidad, y como explica CLARIÁ OLMEDO, que la regla es la recepción oral de la declaración, la que solamente puede ser suplida, bajo sanción de nulidad, cuando se dé un supuesto de excepción expresamente previsto en la ley[517]. Al respecto, resulta interesante lo dispuesto en el art. 250° de la OPP alemana, que dice: "*Si la prueba de un hecho se basa en la observación de una persona, ésta debe declarar en el debate. La declaración no puede ser reemplazada por la lectura de un acta labrada sobre una declaración anterior o de una aclaración escrita*".

En aras de consolidar un juicio justo y equitativo, es de advertir, siguiendo a GIMENO SENDRA, que solo se leerá lo que no se pueda reproducir en el debate[518]. En tal virtud, siguiendo lo mejor del Derecho comparado, solo se leerán las actas que comprendan: a) la prueba anticipada; b) la declaración preliminar o instructora de un testigo o de un perito que hubiere fallecido, se encuentre ausente o no se le pueda ubicar, así como cuando éste haya declarado mediante exhorto internacional; c) las actas policiales; en este caso su posible lectura está condicionada a que el agente policial hubiera sido interrogado previamente como testigo; d) la declaración de los imputados contumaces o condenados como intervinientes en el delito objeto del juicio oral; y, e) la prueba preconstituida, tales como la denuncia, los documentos propiamente dichos, el informe de los peritos, las confrontaciones siempre que los declarantes hayan sido examinados en el debate, las actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación, etc. (arts. 511°-514° del Código de Procedimiento Penal italiano, art. 251° de la Ordenanza Procesal Penal alemana, art. 300° del Código Procesal Modelo para Iberoamérica y art. 331° del Proyecto de Código peruano de 1995).

---

(516) En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1991, cit., T. III *(Proceso penal)*, p. 356.

(517) CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VI, p. 244.

(518) GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal*, cit., T. II (*Proceso penal*), p. 445.

La lectura y examen procura garantizar que haya prueba contradictoria sobre el documento[519]. Por consiguiente, un acta labrada en sede judicial o extrajudicial, será prueba, libremente valorada, siempre que se haya desarrollado con arreglo a las exigencias legales correspondientes y en la medida en que en su propia actuación o en el juicio oral hayan sido actuadas en condiciones que permiten a la defensa someterla a contradicción[520].

La lectura de los documentos se hace por su orden. El art. 262° del Código de 1940 prescribe, al igual que el art. 283° del Código de 1991, que en primer lugar se lee y examina la prueba ofrecida por el Fiscal, luego de la parte civil y, finalmente, del acusado. El Código de 1991 aclara que antes de la estación de lectura piezas requeridas por el Defensor, corresponde hacer lo propio a las solicitadas por el tercero civil.

Por otro lado, el art. 262° del Código de 1940 prescribe que contra las pruebas instrumentales presentadas en el juicio oral proceden las tachas, las que se resolverán en la sentencia; por consiguiente, deviene improcedente tachar instrumentos agregados en otras etapas del proceso[521].

La ley procesal vigente señala que deben ser sometidas a debate las declaraciones de los testigos que no asistan a la audiencia, así como las testimoniales actuadas en el sumario judicial que se consideran necesarias o las solicitadas por las partes. Al respecto la Corte Suprema resolvió que no sólo se deben leer las testificales de cargo, sino también, aun cuando su lectura no haya sido pedida por la defensa, las de descargo, para lo cual está facultado el Tribunal al amparo de sus poderes de instrucción de oficio[522].

4. EL PERÍODO DECISORIO

Una vez que se ha verificado toda la actividad probatoria, el Ministerio Público y las partes privadas, tienen la oportunidad de expresar definitivamente sus planteamientos teniendo en consideración el resultado de la prueba. Precisamente el período decisorio está destinado, en primer lugar, a las alegaciones del Fiscal y las demás partes procesales, cuyo sustento es la prueba actuada en el curso del juicio oral y, su límite, la acusación fiscal y el auto de enjuiciamiento (*discusión final*); y, en segundo lugar, la deliberación y lectura de la sentencia en acto público.

---

[519] ESCUSOL BARRA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 475.

[520] RIVES SEVA: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 203.

[521] Ejecutoria Suprema de 13 de julio de 1990, Exp. N° 184-90-ISP, Callao (*Normas Legales*, T. 207, agosto, Trujillo, 1993, pp. 436-438).

[522] Ejecutoria Suprema de 16 de junio de 1941 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 282-283).

A. La discusión final

La discusión final es el momento del juicio oral a cargo de las partes procesales, destinado al análisis crítico del conjunto de la prueba realizada en el debate. CLARIÁ OLMEDO señala que la discusión final es un momento dialéctico de contradicción sobre el fondo de la cuestión debatida y es obra de las partes, las cuales deben actuar bajo la dirección del Tribunal, que está obligado a moderar la discusión y a solicitar aclaraciones de conceptos oscuros o de omisiones fundamentales en el discurso de las partes(523).

Se llama final a esta discusión, aclara Giovanni LEONE, para distinguirla de las eventuales discusiones acerca de las cuestiones preliminares o incidentales; mientras que en estas últimas se discuten solo las específicas cuestiones planteadas, en la discusión final las partes discuten todo el contenido de la causa y tienen, por tanto, la más amplia libertad para elegir el tema o los temas de discusión, que quedan encomendados a la sensibilidad y sagacidad del defensor(524).

Es, como acotan SOSA ARDITI y FERNÁNDEZ, una etapa obligatoria que no puede obviarse de ninguna manera. Deben intervenir en ella todas las partes, a quienes con tal fin se les concede el uso de la palabra(525). Es un período que, en atención a los principios que sustentan este modo de enjuiciamiento, se cumple oralmente y ante el público y, como insiste CLARIÁ OLMEDO, no pueden leerse memoriales o apuntes, lo que no impide que con la moderación del caso, se lean normas legales, resúmenes de jurisprudencia, breves trozos de doctrina, fracciones de documentos introducidos al proceso u operaciones numéricas(526). Por otro lado, las exposiciones no deben ser interrumpidas –cuya vigencia es de responsabilidad del Tribunal– a menos que el alegato contenga alguna omisión, sea necesario aclarar algún punto, se exceda del tiempo prudencial que se le otorgue o resulte manifiestamente impertinente o temerario.

El orden de exposición de las partes está taxativamente contemplado en la ley procesal. El art. 272° del Código de 1940 estipula que expondrán oralmente, por su orden, el Fiscal, el defensor de la parte civil, el defensor del acusado, el defensor del tercero civil y, al final, el acusado. El art. 295° del Código de 1991 respeta en lo esencial ese orden, aunque estipula que el defensor del tercero civil hace uso de la palabra antes que el defensor

(523) CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VI, p. 300.

(524) LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 407.

(525) SOSA ARDITI / FERNÁNDEZ: *Juicio oral en el proceso penal*, cit., p. 131.

(526) CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VI, p. 302.

del acusado, a quien le pertenece la última palabra, antes que lo haga el propio acusado.

A.1. La exposición del Fiscal

El Fiscal tiene tres opciones: a) formular acusación oral, si lo actuado en el juicio oral, a su juicio, ratificó lo realizado en el sumario judicial y calificado en la acusación fiscal (art. 273° del Código de 1940 y 296° del Código de 1991); b) solicitar una prórroga para formular una acusación ampliatoria, si de los debates resultara que el delito reviste un carácter más grave que el indicado en el escrito de acusación (art. 263° del Código de 1940 y 293° del Código de 1991); y, c) retirar la acusación fiscal, siempre que en la audiencia se hayan producido pruebas nuevas modificatorias de la condición jurídica anteriormente apreciada (art. 274° del Código de 1940 y 291° del Código de 1991).

Las dos últimas opciones han sido tratadas como supuestos de suspensión del juicio oral. No obstante ello, es del caso precisar lo siguiente:

a) Que, en el caso de acusación ampliatoria, el *elemento base* estriba en que el Fiscal en la acusación escrita calificó jurídicamente los hechos objeto del proceso penal y, sobre esa base, tuvo lugar el juicio oral y las partes acusadas estructuraron su estrategia de defensa.

b) Que como nuestro ordenamiento procesal exige, desde la promoción de la acción penal por su titular y del auto judicial que se pronuncia respecto de ella, la calificación exacta del delito que debe ser investigado (arts. 94° de la LOMP, 77° del Código de 1940, y 114° y 115° del Código de 1991), toda variación del requerimiento fiscal desde una perspectiva que agrave la situación jurídica del acusado, requiere, en primer lugar, una aprobación judicial, y, en segundo lugar, un debate ampliatorio para asegurar la defensa del imputado. La Corte Suprema estipuló, sobre el particular, que el Fiscal no puede evitar el trámite de pedir prórroga para formular acusación ampliatoria, pues si no lo hace está obligado a mantener la acusación escrita[527].

c) Que esta situación tiene lugar, ejemplifica MIXÁN MASS, si el juicio oral se inicia por un delito tipo (básico) o por un delito atenuado, pero el debate oral permite descubrir la verdad concreta de un delito "calificado por agravación", como sería el caso de homicidio simple frente a un asesinato[528]. En todo caso, si se acepta la prórroga, el Tribunal debe proceder

---

(527) Ejecutoria Suprema de 7 de setiembre de 1979, Lima (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, pp. 24-25).

(528) MIXÁN MASS: *Juicio oral*, cit., ed. 1993, p. 354.

de conformidad con el procedimiento establecido en el art. 264° CPP 1940, pues al existir nueva acusación debe señalarse nuevo día y hora para el inicio del nuevo juzgamiento y no proseguir con el que ya se ha iniciado[529].

d) Que, por otro lado, en el caso de retiro de la acusación escrita, el Fiscal puede hacerlo cuando, como consecuencia de la actividad probatoria del plenario resulta evidente para el Ministerio Público que el acusado no ha intervenido en el delito objeto del proceso o que éste no ocurrió; la duda no puede fundar el retiro de la acusación, sino el convencimiento de la inculpabilidad del acusado[530].

La Corte Suprema en una decisión, ratificando otras anteriores, y seguida por otra dictada al año siguiente[531] precisó que el retiro de la acusación solo es posible si se han producido en la audiencia nuevas pruebas modificatorias de la condición jurídica anteriormente apreciada y que no cabe sustentar el retiro de la acusación en diligencias actuadas en el debate que ya lo han sido en la etapa de instrucción, no obstante que los órganos de pruebas variaron o rectificaron sus versiones prestadas ante el Juez Instructor[532].

En otra decisión, el Supremo Tribunal resolvió que las diligencias actuadas en la etapa de instrucción, al igual que las mismas testificales o exámenes periciales, llevadas a cabo en el acto oral, deben ser apreciadas en su integridad y en relación con las otras pruebas al sentenciarse el proceso[533]. En esa misma línea, el Alto Tribunal sancionó que "...el Fiscal para retirar su acusación no puede fundarse en los mismos elementos de la instrucción que sirvieron de base a la acusación escrita: la concurrencia al acto oral de testigos y peritos no constituye la nueva prueba que exige el art. 274° del Código, sino que ella ha tenido por objeto el mejor esclarecimiento de los hechos, materia de la investigación, cuyo resultado debe apreciarse y compulsarse debidamente en el debate y sentencia que ponga término al juicio oral"[534].

---

[529] Ejecutoria Suprema de 24 de mayo de 1999, Exp. N° 1442-99, Arequipa (CHOCANO RODRÍGUEZ/VALLADOLID ZETA: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 371-373).

[530] *Revista del Foro*, 1938, Lima, p. 872.

[531] Ejecutorias Supremas de 12 de julio de 1976 (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1976, Lima, p. 577); y, de 19 de diciembre de 1977, Exp. N° 1771-77, Arequipa (*Anales Judiciales*, T. LXIX, Lima, 1977, p. 372).

[532] Cfr. MIXÁN MASS: *Juicio oral*, cit., ed. 1993, p. 358; GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 295.

[533] Ejecutoria Suprema de 12 de julio de 1976, Exp. N° 2274-75, Junín (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, pp. 515-517).

[534] Ejecutoria Suprema de 24 de marzo de 1959 (*Anales Judiciales*, T. LIV, Lima, 1959, p. 173).

e) Que, sin embargo, tal concepción en cuanto define lo que debe entenderse por "*nueva prueba*" parte de una perspectiva inquisitiva del acto de prueba, al otorgarle tal condición a toda actuación sumarial o acto de investigación, obviando el principio de igualdad de armas que en la actividad probatoria expresan la inmediación, la contradicción, la oralidad y la publicidad.

f) Que, en consecuencia, desde nuestra concepción acusatoria del acto de prueba, lo "*nuevo*" debe entenderse como todo *elemento de prueba*, esto es, dato objetivo incorporado legalmente al proceso con capacidad para producir un conocimiento acerca de los extremos de la incriminación delictiva, que introduzca en el debate aportes fácticos relevantes que no estaban presentes cuando el fiscal formuló acusación escrita.

Por lo demás, la Corte Suprema ha delimitado el retiro de la acusación fiscal al aspecto probatorio de la pretensión penal, mas no al cambio de apreciación jurídico-penal del hecho imputado, así éste deviene en atípico o en falta[535].

Es claro que al producirse el retiro de la acusación fiscal se debe dictar el auto correspondiente, no siendo legal que la decisión del Tribunal se haga constar en el acta de la audiencia "porque esa constancia no es la resolución que conforme a ley debe dictarse[536]. Ante el retiro de la acusación fiscal, el Tribunal puede disponer que se amplíe la instrucción o que pasen los autos a otro fiscal para que formule nueva acusación (ex art. 275° CPP 1940), pero no puede declarar improcedente el retiro de la acusación fiscal[537]. Más precisamente, ha estipulado el Supremo Tribunal que "si el fiscal solicita el retiro de la acusación fiscal contra alguno de los acusados, según su facultad contenida en el artículo 274° del Código de Procedimientos Penales, el colegiado debe conceder el uso de la palabra a los defensores de las partes y exigirles a éstos, así como al Fiscal Superior, sus conclusiones escritas, luego de lo cual se 'suspenderá' la audiencia para resolver lo que corresponda. Si se consideran fundados los argumentos del Fiscal Superior, se dictará auto declarando retirada la acusación, se ordenará la libertad del acusado (si está detenido), y se archivará definitivamente el proceso. En cambio, si considera

---

(535) Ejecutoria Suprema de 3 de abril de 1978, Exp. N° 825-77, Puno (*Anales Judiciales*, T. LXX, Lima, 1983, p. 380).

(536) Ejecutoria Suprema de 24 de noviembre de 1945 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 286-287).

(537) Ejecutoria Suprema de 21 de febrero de 1984, Exp. N° 2972-82, Tacna (*Jurisprudencia Penal [1984-1992]*, cit., p. 197).

infundados los argumentos, resolverá alternativamente mandando ampliar la instrucción o disponiendo que los autos sean elevados al Fiscal Supremo, si en concepto de la Sala no existen nuevas pruebas que modifiquen la situación jurídica anteriormente apreciada, esto último en aplicación analógica del artículo 220° del Código adjetivo acotado, modificado por la Ley N° 24388. La inobservancia de dicho procedimiento acarrea la nulidad de la sentencia recurrida, en razón a que dicha omisión de manera ineludible afecta el sentido de la resolución y por ende es insubsanable"[538]. El auto que no admite el retiro de la acusación es irrecurrible en nulidad por las partes[539].

En una decisión de hace décadas, la Corte Suprema precisó que si son dos o más los acusados, el Tribunal no puede dar por retirada la acusación respecto de uno de ellos, sino hasta la terminación de la audiencia[540]. Esta decisión es equivocada, dado que el retiro de la acusación, parcial en este caso, constituye un incidente que por su propia naturaleza exige una decisión de previo y especial pronunciamiento; no se puede esperar la culminación de los alegatos para decidirla, desde que la sentencia solo tiene mérito en función a una pretensión penal válida y subsistente, lo que no se da cuando se produce el retiro de la acusación en un extremo de la misma.

En cuanto a la *acusación oral*, el art. 273° del Código de 1940 estipula que el Fiscal debe exponer los hechos que considere probados en el juicio y su calificación legal, la responsabilidad de los acusados y la civil que afecta a terceros, así como todas las consideraciones conducentes a ilustrar al Tribunal, cuya omisión determina la nulidad del juicio[541]. Dicha norma, a su vez, impone: a) un límite a la exposición oral: mantenerse dentro de los términos fijados en el escrito de acusación; y, b) la necesidad de una conclusión: plantear los hechos sobre los que debe pronunciarse el Tribunal, pidiendo la pena que juzgue legal y la indemnización que corresponda, la cual debe pasarlas por escrito al Tribunal. La omisión de las conclusiones escritas ha sido considerada en el pasado como causal de nulidad del juicio[542].

La Corte Suprema ha entendido los límites de la acusación oral bajo los siguientes parámetros: a) que el Fiscal no puede variar la condición jurídica del acusado, considerándolo como autor de delito distinto o que no

---

(538) Ejecutoria Suprema de 31 de mayo de 1999, Exp. N° 49-99, Lambayeque (CHOCANO RODRÍGUEZ/VALLADOLID ZETA: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 331-333).

(539) Ejecutoria Suprema de 31 de julio de 1964 (ANDÍA CHÁVEZ, Juan: *Repertorio de Jurisprudencia Penal*, Grijley, Lima, 1996, p. 25).

(540) *Anales Judiciales*, 1946, Lima, p. 197.

(541) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1974, Lima, p. 1363.

(542) *El Peruano*, Lima, 6 de enero y 5 de setiembre de 1944.

fue materia de la instrucción; b) que si a juicio del Fiscal el delito reviste más gravedad, debe solicitar una acusación ampliatoria; y, c) que no puede pedir una pena distinta por el mismo delito objeto de acusación escrita(543). Tampoco puede promover una impugnación contradictoria con su dictamen acusatorio(544).

Sin embargo, este modo tan rígido de entender la relación entre acusación escrita y oral es insatisfactorio, pues en buena cuenta limita la función del juicio y supervalora la de la instrucción, a la par que cae en el serio error de estimar que los actos de investigación tienen calidad de prueba y, por tanto, que el Fiscal debe asumir una posición pasiva respecto a las incidencias del juicio oral al atarlo a un pedido de pena y reparación civil, sin que pueda asumir en su alegato final el valioso material aportado en el debate. MIXÁN MASS considera que tal rigorismo, limitado a la imposibilidad de variar la pena y la reparación civil, en tanto se mantenga dentro del mismo tipo penal o uno progresivamente de menor entidad, siempre dentro del mismo rubro y bien jurídico lesionado, es una tautología, por lo que estima que es razonable que el Fiscal adecue esos detalles (monto de pena y reparación civil) a lo que corresponde de acuerdo con la realidad emergente del debate oral precedente(545).

Tal concepción, felizmente, ha sido superada por una jurisprudencia posterior(546), que respetando el contenido esencial del principio acusatorio, es decir, atando al fiscal al delito objeto de acusación escrita, le permite variar la pena y la reparación civil, aumentándola o disminuyéndola, lo cual ha sido consagrado legislativamente en el art. 296° *in fine* del Código de 1991. Es de entender que la opción del Fiscal de pedir en la acusación oral una pena más grave, solo se justifica en la medida en que se mantenga dentro la escala penal del delito objeto de acusación oral, mientras que el pedido de una pena menor le permitiría invocar un tipo penal distinto, de menor entidad, siempre que se mantenga dentro del mismo rubro y bien jurídico lesionado, pues de otro modo se perjudicaría el entorno jurídico del acusado incurriéndose en indefensión de sus derechos.

---

(543) *El Peruano*, Lima, 20 de setiembre de 1954; *El Peruano*, Lima, 5 de junio de 1955; *Revista de los Tribunales*, 1946, Lima, p. 119.

(544) Ejecutoria Suprema de 8 de agosto de 1990, Exp. N° 187-90, Loreto (RETAMOZO-PONCE: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, cit., pp. 338-340).

(545) MIXÁN MASS: *Juicio oral*, cit., ed. 1993, p. 234.

(546) Ejecutoria Suprema de 10 de diciembre de 1965 (*Anales Judiciales*, T. LX, Lima, 1965, p. 266).

Finalmente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 265° del Código de 1940, repetida en el art. 309° del Código de 1991, el Fiscal –en todos los casos– si de los debates surge responsabilidad sobre persona no acusada, o se descubra otro hecho delictuoso, debe pedir la apertura de instrucción. Si no lo hace, el Tribunal debe mandar formar cuaderno aparte y elevarlo en consulta al Fiscal Supremo en lo Penal(547).

Todo lo expuesto líneas arriba permite sostener, en principio, que la conclusión fiscal, al final del debate, está limitada a lo que, en estricto, es la acusación fiscal (art. 225° del Código de 1940 y art. 260° del Código de 1991), que es la que precisamente provoca el juicio e introduce la hipótesis fáctica y jurídica que, en su momento, valorará el Tribunal. Si bien, como apuntan Julio MAIER y Máximo LANGER, la conclusión fiscal solo representa una opinión sobre la acusación escrita(548), en nuestro proceso, ella tiene importantes efectos, al punto que impide que el Tribunal siga con la causa, aunque le faculta instar el procedimiento para forzar la acusación, situación que puede llevar a pensar en una tergiversación del principio acusatorio, confundiéndolo con el dispositivo, al entender que la "*acusación oral*" integra finalmente la imputación. El Proyecto de Código de 1995, siguiendo el modelo italiano, modifica la vigente estructura legal y solamente atribuye al Fiscal solicitar la absolución, sin que dicha solicitud merezca una decisión de previo y especial pronunciamiento, al punto que el Tribunal puede absolver o condenar libremente.

A.2. La exposición de la parte civil

Una vez que el Fiscal acusó oralmente, corresponde su turno al abogado de la parte civil. En tanto que la parte civil tiene legitimación sobre la acción civil *ex delicto* y esta se encuentra atada a la acción penal, el alegato debe circunscribirse a la fundamentación de los respectivos derechos restitutorio, reparatorio e indemnizatorio. En tal virtud, el abogado de la parte civil puede invocar a la prueba de cargo y rechazar la de descargo, a fin de sostener la existencia del delito y la cuantía de la reparación civil. El art. 276° del Código de 1940 permite a la parte civil "*esclarecer con toda amplitud los hechos delictuosos que originan la responsabilidad y las demás circunstancias que influyan en su apreciación, absteniéndose únicamente de calificar el delito*". A su vez, el art. 297° del Código de 1991 autoriza al abogado del actor civil a realizar un

(547) Ejecutorias Supremas de 2 de diciembre de 1981, Exp. N° 1081-81, Cusco (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. II, pp. 63-64).

(548) MAIER, Julio B. J. y LANGER, Máximo: "Acusación y sentencia", en: *Nueva Doctrina Penal*, 1996/B, Buenos Aires, 1996, p. 622.

análisis de la prueba en orden a sostener la existencia del hecho delictuoso y la cuantía de la reparación civil. En ambos casos, es imprescindible que se presenten las conclusiones escritas, en las que, acota GARCÍA RADA, la parte civil resumirá su punto de vista y expondrá sus pretensiones económicas[549].

A.3. La exposición del abogado del tercero civil

A continuación toca el turno a las partes acusadas. El Código de 1991 concede el primer turno al abogado del tercero civil y el segundo turno al abogado del acusado; turnos que están invertidos en el Código de 1940. En tanto que es privilegio de la parte acusada alegar en último término, a fin de que pueda contestar las imputaciones formuladas por las partes acusadoras, y correspondiendo el papel más trascendente, en cuanto parte necesaria, al defensor del acusado y al propio imputado a través de la autodefensa, resulta por de más lógico que, de existir parte civil constituida en autos, sea ella la que alegue en el primer turno.

El alegato del abogado del tercero civil está limitado a convenir o negar la obligación indemnizatoria. En este último caso, podrá alegar la inexistencia del daño, la falta de motivos generadores de responsabilidad solidaria, y todo aquello que convenga a la exoneración del tercero civil. De igual forma presentará sus conclusiones escritas. En tanto que la calidad de parte del tercero civil en el proceso penal se limita a la acción civil, su ámbito de actuación se circunscriba a probar que no existe el vínculo de obligación o que la responsabilidad invocada por las partes acusadoras es de menor gravedad[550]; además, en tanto la responsabilidad del tercero civil es subsidiaria, podrá pronunciarse acerca de la solvencia económica del acusado y, en consecuencia, solicitar que se le libere de todo pago[551].

A.4. La exposición del abogado defensor del acusado

El último alegato técnico corresponde al del defensor del acusado. El defensor tiene amplia libertad para evaluar la prueba actuada, lo que no obsta, al decir de CLARIÁ OLMEDO, a ser claro, concreto y específico en sus conclusiones, tanto con respecto a la cuestión penal como a la civil[552]. Le corresponde: a) analizar los elementos de cargo y de descargo; b) realizar la correspondiente apreciación jurídico-penal de los hechos y del derecho en

---

(549) GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 296.

(550) MIXÁN MASS: *Juicio oral*, cit., ed. 1993, p. 280.

(551) GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 297.

(552) CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VI, p. 305.

defensa de los intereses del acusado, tanto desde el punto de vista del juicio de culpabilidad –que involucra tanto el análisis de la antijuricidad penal del hecho imputado cuanto de la imputación personal–, como en su caso, del juicio de determinación de la sanción; y, c) concluir pidiendo la absolución o la disminución de la pena solicitada por el Fiscal, todo lo que se fijará por escrito. La conclusión escrita debe establecer los puntos de hecho sobre los que debe pronunciarse el Tribunal y la calificación del delito que reconozca.

Es de recordar que nuestro sistema procesal, a diferencia de otros ordenamientos como el art. 393° del Código Procesal Penal de la Nación argentina, no permite a las partes acusadoras replicar y a las partes acusadas duplicar. Sobre el particular, la jurisprudencia ha establecido que: "En el juicio oral, producida la defensa del acusado, no proceden las aclaraciones o rectificaciones solicitadas por el Fiscal o la defensa; debiendo votarse las cuestiones de hecho inmediatamente después de terminados los informes"[553].

A.5. La autodefensa: el derecho de última palabra del acusado

Concluidos los informes orales de las partes acusadoras y de las partes acusadas, el Ley procesal reconoce un derecho o facultad procesal al acusado: decir ante el tribunal la última palabra. Como apunta GIMENO SENDRA, tal exposición es una actividad propia de la autodefensa, la cual consiste en la intervención directa y personal del imputado en el proceso, realizando actividades encaminadas a preservar su libertad: impedir la condena u obtener la mínima sanción penal posible[554]. Este derecho a la última palabra, que permite al acusado dirigirse directa, personalmente y de viva voz al tribunal, exponiendo lo que crea conveniente a su posición jurídica, emana –como puntualiza IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO– del deseo de conservar siempre un acto de defensa con inmediación absoluta y total por el que el acusado tiene la seguridad y garantía de ser oído en cuanto desee, sin más limitaciones que la pertinencia respecto al hecho debatido y, en cuanto a la forma, que en su uso no se ofenda a la moral, ni al respeto debido al Tribunal o a las personas que hayan intervenido en el proceso[555]. La omisión de este trámite vicia de nulidad el juicio y el fallo[556].

El art. 301° del Código de 1991 precisa que, en cuanto derecho potestativo, si el acusado desea ejercer la última palabra, limitará su alegato a lo

---

[553] Ejecutoria Suprema de 25 de julio de 1941 (*Revista de los Tribunales*, 1941, Lima, p. 375).

[554] GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 359.

[555] IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO: *Curso de Derecho procesal penal*, cit., p. 270.

[556] Ejecutoria Suprema de 11 de setiembre de 1942 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 294-245).

que es materia del juicio y se ceñirá al tiempo fijado. Si no se le sujeta a las limitaciones impuestas, absolutamente razonables, se le conminará a que lo haga, y en caso negativo, podrá darse por terminada su exposición y, en caso grave, disponer se le desaloje de la Sala de Audiencia.

B. La deliberación y sentencia

Una vez que el acusado haya culminado de hacer uso de la palabra, se inicia el momento final del debate: la deliberación y expedición de la sentencia. Siguiendo a CLARIÁ OLMEDO[557], este momento está integrado por dos pasos esenciales: 1. La deliberación y votación de las cuestiones sometidas a decisión como consecuencia del debate; y, 2. El pronunciamiento y documentación de la sentencia.

El art. 279° del Código de 1940 estipula que concluidos los informes de las partes y la autodefensa, "(...) *se suspenderá la audiencia para votar las cuestiones de hecho y la sentencia. Reabierta la audiencia, que no podrá dejar de serlo en el mismo día, será leída la votación de las cuestiones de hecho y la sentencia. La expedición de la sentencia no podrá postergarse por más de 24 horas, bajo pena de nulidad*". El art. 301° del Código de 1991 elimina las cuestiones de hecho o veredicto, razonable desde que no existe un sistema de enjuiciamiento por jurados, y permite la suspensión de la audiencia para la expedición de la sentencia hasta por un día hábil, bajo pena de nulidad.

La Corte Suprema, ratificando lo previsto en el art. 279° del Código de 1940, ha señalado que constituye causal de nulidad que para plantear y votar las cuestiones de hecho y dar lectura a la sentencia, no se suspenda la audiencia por breve término[558].

B.1. La deliberación

Este paso tiene dos características fundamentales: 1. Sucede al debate inmediatamente, sin solución de continuidad; y, 2. Es absolutamente reservado o secreto. Explican SOSA ARDITI y FERNÁNDEZ que lo primero se fundamenta en el hecho de que el debate ha sido una vivencia y, por ello es menester que quienes la han percibido resuelvan lo más inmediatamente posible, a fin de evitar que se desdibuje esa percepción; y, lo segundo, en que se busca impedir que argumentaciones posteriores de terceros puedan influir de cualquier modo en la resolución, pues los jueces deben resolver teniendo únicamente en cuenta todo lo que acaba de ocurrir en el debate

---

(557) CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VI, p. 310.

(558) Ejecutoria Suprema de 21 de junio de 1977, Exp. N° 526-77, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXIX, Lima, 1977, pp. 358-359).

cerrado, y es menester cuidar que ello suceda así[559]. El requisito de continuidad, si es violado, se sanciona con la nulidad del juicio; en cambio, el requisito del secreto, solo importará la nulidad del juicio si su vulneración es obra de una de las partes.

La deliberación está regulada en los arts. 281° y 282° del Código de 1940. El art. 281° señala, en primer lugar, que el Tribunal debe plantear, discutir y votar las cuestiones de hecho, a cuyo efecto tendrá en consideración las conclusiones escritas de las partes. En segundo lugar, votadas las cuestiones de hecho, el Tribunal procederá a votar la pena, siempre –claro está– que la conclusión fuese incriminatoria. El art. 282° prescribe que para la resolución de las cuestiones de hecho, así como para condenar o absolver, bastará mayoría de votos (dos votos conformes son suficientes). Si la disconformidad fuere de la pena, se procederá a una segunda votación, esta vez sólo de los puntos en que se haya disentido. Si en esa segunda ocasión continúa la disconformidad entre los tres magistrados, se pondrá la pena intermedia. Es de entender que si dos magistrados están conformes con una pena y el otro discrepa de ella, no se seguirá el procedimiento de segunda votación.

Las cuestiones de hecho o veredicto exigen del Tribunal que se concrete exclusivamente a establecer los puntos probados y no probados objeto del proceso penal, haciéndose total abstracción de consideraciones jurídicas y concentrándose en lo fáctico. La Corte Suprema ha establecido lo siguiente, respecto de las cuestiones de hecho: a) que deben responder cada una a una sola circunstancia del hecho sub-júdice y votarse separadamente de la pena; b) que deben constar en pliego aparte y ser firmadas con indicación de la fecha por todos los miembros del Tribunal y autorizada por el Secretario; c) que deben responder a cada una de las propuestas por las partes; d) que deben comprender todos los temas de relevancia jurídica, es decir, todas las circunstancias que permiten formarse juicio sobre la culpabilidad o inculpabilidad del acusado, así como los elementos calificativos del delito; e) que no solo deben concretarse a la materia controvertida, sino que además deben ser planteadas de modo que puedan ser absueltas afirmativa o negativamente con los monosílabos "sí" o "no"[560].

La Corte Suprema ha señalado que las cuestiones de hecho deben ser planteadas interrogativamente, de modo que puedan ser absueltas, cada una, en forma afirmativa o negativa[561]. Asimismo, ha precisado que para formular

---

[559] SOSA ARDITI / FERNÁNDEZ: *Juicio oral en el proceso penal*, cit., p. 145.

[560] GUZMÁN FERRER: *Código de Procedimientos Penales*, cit., pp. 478-480.

[561] Ejecutoria Suprema de 12 de julio de 1976, Exp. N° 618-76, Arequipa (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, p. 468).

las cuestiones de hecho debe tener en cuenta las conclusiones escritas del fiscal, de los defensores y de la parte civil[562]. También ha estipulado que es nulo el fallo y el juicio si se votan las cuestiones de hecho sin que el fiscal haya presentado sus conclusiones escritas[563]; y que se declarará la nulidad de lo actuado si las cuestiones de hecho son ambiguas y contradictorias y si alguna de ellas no es tomada en cuenta en el fallo[564], si no se precisa la fecha en que se cometieron los hechos materia del juzgamiento[565], o si no se refieren a todos los delitos y acusados[566].

Todo lo expuesto, en buena cuenta, se precisó con alguna nitidez en la Circular N° 4, de 1945 del Supremo Tribunal. Dicha Circular dejó sentado: 1. Que las cuestiones de hecho deben referirse a cada uno de los hechos y circunstancias que constituyan el suceso o sucesos investigados (querrá decir ¡juzgados!): antijuricidad penal, importancia de su gravedad, lugar de comisión, calidad y caracteres de la participación delictiva, condiciones personales del agente; 2. Que las cuestiones de hecho deben corresponder cada una a una sola circunstancia, para evitar la imprecisión y confusión inevitables cuando en una sola interrogación se incluye referencias a tiempo, lugar, modo, etc. y aun al agente y a las atenuantes o agravantes de su responsabilidad[567].

El Supremo Tribunal ha establecido que debe existir plena coherencia entre las cuestiones de hecho y la sentencia, siendo nulo el fallo y el juicio oral, si el contenido absolutorio de las primeras no guarda relación con la sentencia[568], o son incongruentes con el fallo[569]. Una reciente decisión del Supremo Tribunal ha señalado que: "Las cuestiones de hecho planteadas y votadas por la Sala Penal Superior, tienen como finalidad establecer la existencia o realización efectiva del acto o actos materia del juzgamiento, así

---

(562) Ejecutoria Suprema de 13 de octubre de 1976, Exp. N° 1243-76, Junín (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, p. 492).

(563) Ejecutoria Suprema de 10 de mayo de 1979, Exp. N° 677-75, Ancash (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., p. 320).

(564) Ejecutoria Suprema de 1° de abril de 1963 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 318-319).

(565) Ejecutoria Suprema de 1° de abril de 1969 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 292-293).

(566) Ejecutoria Suprema de 9 de octubre de 1976, Exp. N° 2101-75, Piura (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., p. 291).

(567) FREYRE VILLAVICENCIO, Herbert: *Manual del juicio oral*, Sesator, Lima, s/f, p. 147.

(568) Ejecutoria Suprema de 17 de agosto de 1992, Exp. N° 785-91, Lima (*Normas Legales*, T. 226, marzo, Trujillo, 1995, pp. J28-J29).

(569) Ejecutoria Suprema de 12 de octubre de 1976, Exp. N° 1098-76, Ica (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, p. 521).

como establecer si los mismos han sido perpetrados por la persona a quien se juzga y destacar las circunstancias de su perpetración, especialmente, aquellas que la ley considera como eximentes, atenuantes o agravantes de responsabilidad. Se plantean y se votan respecto de la conducta de cada acusado y no de manera escueta y genérica. Hacer lo contrario acarrea la nulidad de la sentencia que es materia de grado"[570]; en términos más escuetos, en otro fallo se precisó que "(...) las cuestiones de hecho constituyen el postulado de la sentencia y deben comprender todas las circunstancias de la comisión del hecho y las que eliminan, atenúan o agravan las condiciones de culpabilidad y las que deben apreciarse para la aplicación de la pena"[571]. Asimismo, la Corte Suprema sanciona con la nulidad de la sentencia y de todo el juicio si el acta que contiene las cuestiones de hecho obra sin la respectiva firma del Presidente de la Sala[572].

Como quiera que las "cuestiones de hecho" no tienen sentido en tribunales integrados por jueces profesionales, a quienes les corresponde en la sentencia pronunciarse acerca de la prueba actuada y de todas las cuestiones jurídicas consiguientes, tal como lo exigía originariamente el Código de 1940, normas posteriores han venido suprimiendo la necesidad de un veredicto previo a la emisión de la sentencia. El Decreto Legislativo N° 126 prescribió que la votación de las cuestiones de hecho es facultativa: a) cuando corresponda imponer una condena condicional (por extensión, debe entenderse comprendida en esta norma la reserva de fallo condenatorio, por constituir una alternativa a la pena privativa de libertad de corta duración cuyo fundamento preventivo especial es el mismo que la condena condicional); b) en los supuestos de sentencia absolutoria; y, c) cuando la sentencia fuere emitida por un Juez o un Tribunal Unipersonal. En consecuencia, la obligatoriedad de las cuestiones de hecho ha quedado reducida a las sentencias condenatorias a pena efectiva emitidas por Tribunales Colegiados. Esta evolución ha culminado con el Código de 1991, pues no consagra la institución de las "cuestiones de hecho".

El Código de 1991, en cuanto a las reglas para la deliberación, únicamente sanciona que en las Salas Penales Superiores es suficiente la mayoría de votos para hacer resolución. Por consiguiente, ha de estarse a lo prescrito en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Así tenemos las siguientes reglas: a) el art.

---

[570] Ejecutoria Suprema de 24 de mayo de 1999, Exp. N° 1442-99, Arequipa (CHOCANO RODRÍGUEZ/VALLADOLID ZETA: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 371-373).

[571] Ejecutoria Suprema de 20 de mayo de 1999, Exp. N° 241-99, Lima (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 221).

[572] Ejecutoria Suprema de 23 de marzo de 1999, Exp. N° 103-99 (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 222).

133° del TUO de la LOPJ afirma el secreto de la deliberación, obligando a todos a la reserva sobre las opiniones vertidas durante el curso de la misma; b) el art. 138° obliga a que la votación de la sentencia deba estar precedida de una ponencia escrita del Vocal Ponente o, en este caso, Director de Debates (la naturaleza oral del debate y el requisito de inmediatez del momento de deliberación, permiten concluir que, en todo caso, la ponencia debe ser oral y no escrita); c) el art. 142° señala que los Vocales emiten su voto comenzando por el Ponente o Director de Debates y luego por los demás siguiendo el orden del menos al más antiguo; y, d) el art. 149° estatuye que los Vocales están obligado, a emitir su voto, aun en caso de impedimento, traslado, licencia, vacaciones, cese o promoción.

B.2. El pronunciamiento y documentación de la sentencia

Una vez que se han votado las cuestiones de hecho y la pena, corresponde redactar la sentencia, en cuyo texto se dará cuenta de lo discutido y votado en el momento de deliberación. La sentencia, como se ha precisado, será firmada por los tres miembros del Tribunal, o solo por el Juez en caso de Tribunal Unipersonal. Si se trata de una sentencia acordada por mayoría, tal situación debe reflejarse en su texto; esto es, si un Vocal discrepa de los fundamentos de la sentencia, debe emitir por escrito y suscribir su voto singular; en cambio, si solo discrepa de determinados fundamentos de la sentencia, pero no de su sentido, debe firmar dicho fallo y fundamentar por escrito su voto singular, que el Secretario certificará (arts. 143° y 146° *in fine* del TUO de la LOPJ).

Acordada la sentencia se reabrirá la audiencia. Esta reapertura, en el Código de 1940 debe producirse en el mismo día de la suspensión una vez escuchada la autodefensa del acusado, mientras que en el Código de 1991 puede producirse hasta un día hábil después de ocurrida la suspensión. El Código de 1940 permite que el mismo día de la suspensión solo se lean las cuestiones de hecho y que la expedición de la sentencia pueda realizarse hasta 24 horas después de la lectura del veredicto.

Reabierta la audiencia, en primer lugar, se leerán las cuestiones de hecho y, luego, la sentencia. El Código de 1940 exige la presencia de las partes cuando se lean las cuestiones de hecho y la sentencia; sin embargo, una Ejecutoria Suprema precisó que la inconcurrencia del acusado a las audiencias en las que se produjo su defensa y fueron leídas las cuestiones de hecho y la sentencia, de la que el acusado interpuso recurso de nulidad, no anulan el juicio oral[573]. Las innumerables dificultades que confronta un modelo

---

[573] *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1980, Lima, p. 78; GUZMÁN FERRER: *Código de Procedimientos Penales*, cit., p. 472.

de lectura del fallo en presencia de los acusados, determinaron que el art. 301° del Código de 1991 permita la lectura del fallo no estando presente el acusado, siempre que con anterioridad hubiera sido expulsado de la Sala de Audiencia por indisciplina manifiesta o cuando por causas no imputables al Juzgador no pueda cumplirse con el oportuno traslado del acusado a la Sala de Audiencia, en cuyo caso debe asistir su Defensor o el nombrado de oficio.

Culminada la lectura de las cuestiones de hecho y de la sentencia, corresponde al Presidente preguntar al acusado y al Fiscal si interponen el correspondiente recurso impugnatorio. En este caso, el acusado, previa consulta con su abogado defensor, puede interponer en el acto recurso impugnatorio, sin necesidad de fundamentarlo; si se está ante un acusado ausente o contumaz debe preguntarse al defensor de oficio, quien representa al acusado, si interpone o no recurso de nulidad[574]. Asimismo, al igual que el Fiscal, puede reservarse, por un día, el derecho de impugnar, oportunidad en que solo podrán hacerlo por escrito (art. 289° del Código de 1940).

El alto Tribunal ha precisado que si no se pregunta a los acusados y al fiscal si interponen recurso de nulidad, tal comisión acarrea la nulidad de la sentencia y del juicio[575]. Igualmente tiene declarado que si el acusado se conforma con el fallo en el acto de la audiencia, deviene improcedente que, luego, interponga recurso de nulidad por escrito[576]. Llama la atención, sin embargo, que en decisiones posteriores sostenga que impedir que el sentenciado cambie de opinión y, por ende, desestimar su recurso por escrito se opone al derecho de defensa y derecho al recurso previstos en la Constitución y en la Convención Americana de Derechos Humanos[577], desde que el derecho al recurso se desarrolla en el ámbito legalmente previsto y si una de las partes consistió en el fallo, tal situación determina que este pase a tener el carácter de cosa juzgada; además, es de tener presente que al sentenciado se le brindó la posibilidad de impugnar en el acto, consentir o

---

[574] Ejecutoria Suprema de 17 de febrero de 1976, Exp. N° 2178-75, Huánuco (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, p. 509).

[575] Ejecutorias Supremas de 5 de noviembre de 1973 Exp. N° 1371-93, Piura (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, p. 77); y, de 2 de julio de 1997, Exp. N° 490-96, Lima.

[576] Ejecutorias Supremas de 11 de julio de 1977, Exp. N° 562-77, Cusco (*Anales Judiciales*, T. LXIX, Lima, 1977, p. 360); y, de 31 de julio de 1992, Exp. N° 313-92-B, Lima (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., p. 413).

[577] Ejecutorias Supremas de 9 de agosto de 1995, Exp. N° 426-94-B, Lima (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 410-411); y, de 31 de agosto de 1995, Exp. N° 887-94-B, Lambayeque (*Normas Legales*, T. 247, diciembre, Trujillo, 1996, pp. A18-A19).

reservarse el derecho, de suerte que no es posible estimar que se le restringió el derecho de defensa y el de recurrir, integrante este último del derecho a la tutela judicial efectiva.

La parte civil y también el tercero civil pueden impugnar por escrito en el plazo de un día luego de leída la sentencia. Es de mencionar que el art. 290° del Código de 1940 únicamente se refiere a la parte civil, sobre la que precisa que solo puede impugnar el monto de la reparación civil, salvo el caso de sentencia absolutoria. La omisión al tercero civil, sin embargo, no es relevante, desde que constitucionalmente tiene derecho impugnatorio; la referencia específica a la impugnación oral solo se circunscribe a las partes principales y necesarias, sin que por ello pueda entenderse que, como los Códigos de 1940 y 1991 no hacen referencia expresa al tercero civil, no puede impugnar.

Es de tener presente que la impugnación de la parte civil no alcanza a la pena en una sentencia condenatoria, puesto que, como señala el Alto Tribunal, su intervención se limita únicamente a reclamar los daños y perjuicios causados por el delito(578). En otra decisión, el Supremo Tribunal precisó que no es posible que la parte civil recurra de la pena impuesta, por cuanto el art. 276° del Código limita su intervención prohibiéndole calificar el delito, por lo que si no puede esto último tampoco puede recurrir solicitando una pena más grave(579). Finalmente, la Corte Suprema ha permitido categóricamente a la parte civil a impugnar la sentencia absolutoria, en tanto que ella afecta su derecho al resarcimiento del daño sufrido(580).

El Código de 1991 exige la motivación de las impugnaciones (art. 334°), la cual sin embargo puede hacerse posteriormente, aunque es indispensable que el impugnante haga una específica mención de los puntos objeto de agravio (art. 322°). El Proyecto de Código de 1995, en su art. 354°, introduce la idea de formalización del recurso ratificando de este modo el presupuesto de motivación. El recurso se interpone en el acto de la lectura de la sentencia y se formaliza dentro de tercero día, bajo apercibimiento de tenerlo por no interpuesto, si no cumple con fundamentarlo.

---

(578) Ejecutoria Suprema de 27 de setiembre de 1967 (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1967, Lima, p. 1209).

(579) Ejecutoria Suprema de 4 de noviembre de 1979 (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1971, Lima, p. 126).

(580) Ejecutoria Suprema de 19 de junio de 1969 (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1969, Lima, p. 979).

Capítulo XXIII
LA SENTENCIA PENAL

SUMARIO: I. Concepto. **II.** Formación. **III.** Estructura externa: 1. Encabezamiento. 2. Parte expositiva o antecedentes. 3. Parte considerativa o motivación. 4. Parte dispositiva o fallo. **IV.** Génesis lógica: 1. El juicio histórico. 2. El juicio jurídico. **V.** Exhaustividad. **VI.** Efectos de la sentencia. 1. Aspectos generales. 2. Eficacia negativa de la cosa juzgada penal. 3. Eficacia positiva de la cosa juzgada penal. 4. Límites de la cosa juzgada. **VII.** Perspectivas actuales de la correlación entre acusación y sentencia. 1. Introducción. 2. La determinación alternativa en la jurisprudencia nacional.

I. CONCEPTO

Una vez culminado en el curso del juicio oral el momento de la *discusión final* se inicia, dentro del período decisorio, el momento final de la *deliberación y sentencia*. El último paso del debate es el *pronunciamiento y documentación de la sentencia*[581]. En tal virtud, la sentencia, explica GÓMEZ ORBANEJA, es el acto jurisdiccional que cierra la instancia, decidiendo definitivamente la cuestión criminal[582]. El art. 280° del Código de 1940 sanciona puntualmente que la sentencia pone término al juicio. Hacia ella se encamina todo el proceso, siendo por consiguiente el acto típico de terminación o finalización del procedimiento penal.

Podemos definir la sentencia, siguiendo a DE LA OLIVA SANTOS, como la resolución judicial que, tras el juicio oral, público y contradictorio, resuelve sobre el objeto del proceso y bien absuelve a la persona acusada (arts. 284° del Código de 1940 y art. 303° del Código de 1991) o declara, por el contrario, la existencia de un hecho típico (en rigor, típicamente antijurídico) y punible, atribuye la responsabilidad de tal hecho a una o varias personas y les impone la *sanción penal* correspondiente (pena o medida de seguridad,

---

(581) La Corte Suprema tiene sancionado que: "abierto el juicio oral y no habiéndose producido ni la prescripción ni el retiro de la acusación, el proceso sólo puede concluir con una sentencia absolutoria o condenatoria" (Ejecutoria Suprema de 25 de octubre de 1945 [*Revista de Jurisprudencia Peruana*, N° 26-27, Lima, 1945]).

(582) GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 283.

según el caso) y –agregamos nosotros– la *reparación civil* a que hubiere lugar (arts. 285° del Código de 1940 y art. 304° del Código de 1991)[583].

Desde el punto de vista de su *naturaleza jurídica*, siguiendo a VIADA-ARAGONESES, la sentencia es tanto un juicio lógico y una convicción psicológica, cuanto una declaración de ciencia y de voluntad del juez. El Juez en la sentencia no solo refleja una simple operación lógica (el silogismo judicial), sino también su convicción personal e íntima, formada por la confluencia no sólo de la relación de hechos aportados al proceso, sino de otras varias circunstancias (impresiones, conductas, ambientes, fuerzas sociales, etc.). Además, la sentencia encierra una declaración de ciencia, una declaración o expresión de voluntad, en cuya virtud el juez, después de realizar el juicio de hecho y el de derecho, dicta el fallo como conclusión entre la relación de aquellos dos juicios, equivalentes al juicio histórico y al juicio lógico[584].

La Corte Suprema, en concordancia con lo expuesto, considera que: "La sentencia constituye la decisión definitiva de una cuestión criminal, acto complejo que contiene un juicio de reproche o de ausencia del mismo, sobre la base de hechos que han de ser determinados jurídicamente. Es por eso que debe fundarse en una actividad probatoria suficiente que permita al juzgador la creación de la verdad jurídica y establecer los niveles de imputación"[585].

II. FORMACIÓN

Finalizado el período probatorio con la autodefensa del imputado, inmediatamente se inicia el período decisorio con sus momentos de deliberación y sentencia. El art. 279° del Código de 1940 exige la suspensión de la audiencia para el inicio de este periodo, la cual deberá ser reabierta el mismo día para votar las cuestiones de hecho y la sentencia, bajo pena de nulidad. El art. 301°, segundo párrafo, del Código de 1991 fija el término en un día hábil (el Proyecto de 1995, art. 349° *in fine*, fija el término en 6 días naturales). Es de precisar, como luego se verá, que el Código de 1940 dispone que una vez suspendida la audiencia, en el mismo día debe leerse obligatoriamente las cuestiones de hecho, pudiendo postergarse la lectura del fallo por no más de 24 horas, igualmente bajo pena de nulidad.

---

[583] DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit., p. 501.

[584] VIADA, Carlos y ARAGONESES, Pedro: *Curso de Derecho procesal penal*, Editorial Prensa Castellana, Madrid, 1971, T. I, p. 425.

[585] Ejecutoria Suprema de 11 de noviembre de 1999, Exp. N° 3947-99, Ayacucho (CHOCANO RODRÍGUEZ/VALLADOLID ZETA: *Jurisprudencia penal*, cit., p. 334).

La Ley Orgánica del Poder Judicial determina el sistema de votación de las sentencias en los casos de tribunal colegiado. Sin embargo, en los casos penales, el Código de la materia (arts. 282° del Código de 1940 y 302° *in fine* del Código de 1991) precisa que hay resolución con mayoría de votos, es decir, con dos votos. El resultado así emitido, anota GÓMEZ ORBANEJA, vale como voluntad unitaria del tribunal como un todo, incluso de aquel de sus componentes que hubiese disentido de la mayoría[586]. El Vocal que discrepa del voto de mayoría debe emitir su voto singular. No caben discordias, lo que se explica técnicamente por la vigencia de los principios de oralidad, inmediación y contradicción en el acto oral[587].

Es de tener presente que a la *votación* precede la *discusión* o *deliberación*. La discusión importa la exposición del Vocal Ponente o Director de Debates, la lectura de las piezas del expediente que resulten pertinentes y el intercambio de puntos de vista entre los integrantes del Tribunal, "sobre cada uno de los pronunciamientos de hecho y de derecho que hayan de hacerse"[588]. Se verifica a puerta cerrada y es secreta.

El art. 142° del TUO de la LOPJ señala que la votación comienza con el voto del Vocal Ponente o Director de Debates y luego por los demás siguiendo el orden del menos al más antiguo. La votación puede ser separada para cada pronunciamiento o conjunta de todos los pronunciamientos, según lo decida el Colegiado. Si el acuerdo es una sentencia condenatoria y no existe conformidad sobre la pena, se produce una segunda votación y si continúa la disconformidad se impondrá la pena intermedia, esto es, "(...) *la pena por la que votó el miembro del Tribunal en disentimiento, con los que votaron por pena superior o inferior*", tal como lo señala el art. 282° del Código de 1940. Terminada la votación, recuerda IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, el magistrado ponente redacta la sentencia, salvo que haya votado en contra, en cuyo caso se encarga a otro magistrado de redactarla, que firmarán todos los magistrados que no se encuentren impedidos para hacerlo[589]. Solo terminada la redacción y firma de la sentencia se lee en audiencia pública.

---

(586) GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 283-284.

(587) La Corte Suprema ha sancionado que: "Para la votación y resolución de las cuestiones de hecho, así como para condenar o absolver, bastará mayoría de votos. El voto discordante se debe emitir por escrito, en observancia de lo dispuesto por el artículo 114° de la Ley Orgánica del Poder Judicial" (Ejecutoria Suprema de 20 de setiembre de 1994, Exp. N° 1968-93, Arequipa [ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., p. 422]).

(588) TOMÉ GARCÍA, en: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit., p. 342.

(589) IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO: *Curso de Derecho procesal penal*, cit., p. 287.

La formación adecuada de la sentencia requiere, sostiene GÓMEZ ORBANEJA, que sobre la cuestión principal, absolución o condena, se decida previamente, con independencia de las diversas razones o motivos de hecho y de derecho en que la conclusión se apoye. Sólo así el acuerdo corresponde a la voluntad común del tribunal. Este es el criterio dominante hoy en la doctrina[590].

En el Código de 1940, al considerarse que el Tribunal actúa como *jurado de hecho*, se impone al Colegiado la redacción –previa discusión y votación– de las denominadas *cuestiones de hecho* o veredicto, cuya omisión acarrea la nulidad de la sentencia[591]. El veredicto, acota la Corte Suprema, debe referirse, bajo sanción de nulidad, a todos los acusados y delitos[592].

Sin embargo, la modificatoria del art. 286° de dicho Código dispuesta por el Decreto Legislativo N° 126 de 1981 estableció que tratándose de sentencias absolutorias y de suspensión de ejecución de la pena, las cuestiones de hecho son facultativas[593]. En vía de interpretación analógica es posible extender esa posibilidad a la reserva del fallo condenatorio, que es una modalidad alternativa a la pena de privación de la libertad efectiva. No es posible, sin embargo y por el mismo motivo anteriormente expuesto, que proceda para otras clases de pena, si es que son efectivas. Tratándose de tribunales unipersonales, igualmente, no es obligatoria la votación de las cuestiones de hecho.

El Código de 1991 no contempla la posibilidad de emitir cuestiones de hecho, pero a su vez es más riguroso en la determinación de los hechos probados, que forma parte de la sentencia.

La sentencia es leída en acto público y en presencia del imputado. La Circular N° 15–H, de 25 de octubre de 1977, reconoció una excepción. Señaló que cuando el juicio no pueda continuar por inconcurrencia del acusado debida a la imposibilidad de su traslado al Tribunal por causa de fuerza mayor, para evitar la frustración del juicio oral se realizará la audiencia sin dicha concurrencia, con intervención del defensor del acusado, quien podrá

---

(590) GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 284-285.

(591) Ejecutorias Supremas de 16 de junio de 1988, Exp. N° 289-88, Cusco (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, p. 188); de 2 de setiembre de 1988, Exp. N° 844-88, Puno (*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1988, p. 286); y, de 2 de setiembre de 1988, Exp. N° 844-88, Lima.

(592) Ejecutoria Suprema de 9 de febrero de 1976, Exp. N° 2101-75, Piura (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, p. 419).

(593) La Corte Suprema ha declarado que: "Es facultativo votar las cuestiones de hecho en los casos en que se expida sentencia absolutoria o condicional" (Ejecutoria Suprema de 22 de diciembre de 1989, La Libertad [RETAMOZO-PONCE: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, cit., p. 376]).

hacer uso de los recursos que la ley le franquea. Por su parte, el art. 301° del Código de 1991 reconoce dos excepciones a la lectura de la sentencia en presencia del imputado: a) cuando el imputado es expulsado de la Sala de Audiencias por razones disciplinarias; y, b) cuando por causas no imputables al juzgador no pueda cumplirse con el oportuno traslado del acusado a la Sala de Audiencias; en ambos casos, debe estar presente el abogado defensor.

Las sentencias se leen, lo que presupone su previa confección por escrito. Nuestro sistema procesal no permite las sentencias *de viva voz* o *in voce* y su ulterior protocolización por escrito. La Constitución, art. 139°.5, exige la motivación escrita de las resoluciones; por consiguiente, cuando el Tribunal ha de emitir una resolución en el curso del juicio oral debe redactarla por escrito en la forma prevista por el art. 122° del Código Procesal Civil y, luego, disponer su lectura.

III. ESTRUCTURA EXTERNA

En cuanto a la estructura externa de la sentencia penal, han de combinarse los arts. 284° y 285° del Código de 1940 (arts. 303° y 304° del Código de 1991) con las normas pertinentes del Código Procesal Civil (art. 122°) y del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En virtud de dichos preceptos, la sentencia de primer grado se compone de las siguientes partes:

1. ENCABEZAMIENTO

En esta primera parte, debe constar: a) lugar y fecha del fallo; b) el número de orden de la resolución; c) los hechos objeto del proceso: indicación del delito y del agraviado, así como las generales de ley del acusado, vale decir, sus nombres y apellidos completos, apodo, sobrenombre y sus datos personales, tales como su edad, estado civil, profesión, etc.; y, d) el nombre del magistrado ponente o Director de Debates y de los demás jueces.

2. PARTE EXPOSITIVA O ANTECEDENTES

En esta segunda parte, se incorporan dos secciones. La primera, que consiste en la exposición de la imputación, es decir, de los hechos y de los cargos tal y como han sido formulados por el Fiscal en su acusación; su omisión –ha declarado el Supremo Tribunal– genera la nulidad del fallo[594]. La segunda, que importa detallar el itinerario del procedimiento en sus extremos más importantes (art. 122°, cuarto párrafo, CPC).

---

[594] Ejecutoria Suprema de 10 de julio de 1989, Exp. N° 266-8, Lima.

3. PARTE CONSIDERATIVA O MOTIVACIÓN

En esta tercera parte, se integran dos secciones. La primera, denominada *fundamentos de hecho*; y, la segunda, denominada *fundamentos de derecho*, tal como lo prescribe el art. 122°.3 del CPC. Cada fundamento fáctico o jurídico debe ser objeto de una enumeración independiente y correlativa entre sí, sujetándose por cierto al mérito de lo actuado y al derecho.

A. Fundamentos de hecho

Esta sección constituye el análisis claro y preciso, así como la relación de hechos que estuvieren enlazados con las cuestiones que hayan de resolver en el fallo, sin perjuicio de hacer declaración expresa y terminante, excluyente de toda contradicción, de los que se estimen probados. Cada referencia fáctica, configuradora de todos elementos que integran el hecho penal, debe estar acompañada de la justificación probatoria correspondiente.

La Corte Suprema sanciona con la nulidad la sentencia que no contiene la exposición del hecho delictuoso, la apreciación de las pruebas en que se funda la culpabilidad, ni las circunstancias del delito[595]. También ha declarado nula aquella sentencia que consigna fecha errada de la comisión del evento delictuoso, así como –desde los fundamentos jurídicos– omite los elementos calificativos del delito[596].

Señala DE LA OLIVA SANTOS que la exigencia de una motivación puntual se expresa en tres supuestos: a) cuando la prueba es indiciaria, en que debe darse suficiente razón del enlace apreciado; b) cuando se debe emitir un pronunciamiento preciso acerca de la ilicitud o de la irregularidad de determinadas pruebas, en cuyo caso ha de explicar por qué ha atribuido o rechazado atribuir valor a unos determinados elementos probatorios; y, c) cuando se debe atribuir o no valor a determinados elementos probatorios, en aquellos casos en que la fuerza probatoria de unos medios de prueba se ven contradichos por otros elementos probatorios[597]. Las especiales precisiones que debe hacer el tribunal en estos casos constituyen exigencias no solo del principio jurisdiccional de motivación, sino también del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

En esta sección no puede hacer uso de conceptos jurídicos que predeterminen el fallo. Esta exigencia, apunta CORTÉS DOMÍNGUEZ, responde a la

---

[595] Ejecutoria Suprema de 20 de enero de 1989, Exp. N° 967-88, Huánuco (*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1979, pp. 219-220).

[596] Ejecutoria Suprema de 17 de agosto de 1973 (*Anales Judiciales*, T. LXV, Lima, 1973, pp. 197-198).

[597] DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit., p. 505.

necesidad jurídica de motivación de las sentencias con la incidencia que ello puede tener en el derecho de defensa y su tutela, puesto que la utilización de tales conceptos (por ejemplo, *premeditación*) excluye el análisis fáctico y la exposición en la sentencia de los hechos, que sólo tras una valoración jurídica, podrían ser calificados como de conducta premeditada; si esos hechos no se exponen, si no se indican cuáles son, difícilmente la parte podrá luchar no sólo contra una calificación jurídica defectuosa, sino contra la misma existencia de los hechos desconocidos, que así han sido calificados [598].

B. Fundamentos de derecho

En esta sección, se consignan las razones de la calificación jurídica que los hechos penales han merecido al Tribunal. Comienza con la exposición de los fundamentos dogmáticos y legales de la calificación de los hechos probados. En consecuencia, (1) se debe abordar la subsunción de los hechos en el tipo penal propuesto en la acusación o en la defensa. Si el resultado de esa operación enjuiciadora no conduce a la absolución por falta de tipicidad –positiva o negativa– o de otros factores, (2) se debe proceder a consignar los fundamentos jurídicos del grado de participación en el hecho y si se trata o no de un tipo de imperfecta ejecución; su omisión acarrea la nulidad de la sentencia[599]. En tercer lugar (3), se debe analizar la presencia de eximentes de la responsabilidad penal en orden a la imputación personal o culpabilidad. En cuarto lugar (4), si se concluye que el acusado es un sujeto responsable penalmente, se deben tomar en consideración todos los aspectos vinculados a la determinación de la pena, desde las eximentes incompletas y atenuantes especiales, hasta las agravantes y atenuantes genéricas, en caso de haber concurrido. Finalmente (5), se deben incorporar los fundamentos doctrinales y legales de la calificación de los hechos que se hubieren estimado probados con relación a la responsabilidad civil en que incurrieren el acusado y el tercero civil.

Sobre este último punto, la Corte Suprema tiene fijado que constituye una grave irregularidad la omisión consistente en no invocar los dispositivos legales pertinentes[600], así como también si omite indicar el delito y el nombre de los agraviados[601].

---

[598] En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 609-610.

[599] Ejecutoria Suprema de 30 de octubre de 1952 (*Revista del Foro*, N° 3, Lima, 1952, pp. 611-612).

[600] Ejecutoria Suprema de 13 de julio de 1990 (*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, p. 175).

[601] Ejecutoria Suprema de 30 de julio de 1990, Exp. N° 703-90, Ancash (*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, p. 178).

Es de tener presente que si el resultado de la operación judicial conlleva a la emisión de un fallo absolutorio, de conformidad con los arts. 284° del Código de 1940 y 303° del Código de 1991, corresponde declarar que el delito no se ha realizado o que las pruebas han demostrado la inocencia del acusado o que éstas no son suficientes para establecer su responsabilidad, esto es, para destruir el estado de inocencia constitucionalmente garantizado de que goza. La Corte Suprema ha señalado que "(...) la sentencia absolutoria deberá contener la exposición del hecho imputado y un análisis de las pruebas actuadas teniendo en cuenta, además, las conclusiones del fiscal y de la defensa, para concluir estableciendo que el delito o la culpabilidad del acusado no están acreditados"[602].

Si, por el contrario, el resultado de la operación judicial conlleva a la emisión de un fallo condenatorio, corresponde exponer la forma y circunstancias de la comisión del delito, apreciar las pruebas de cargo y, en último término, citar los dispositivos legales aplicables. No está de más precisar que si se opta por cualquiera de las cuatro alternativas reconocidas por el Código Penal para evitar la imposición de penas efectivas privativas de la libertad: condena condicional (art. 57°), reserva del fallo condenatorio (art. 62°), sustitución de pena (art. 32°) o conversión de pena (art. 52°), en los fundamentos de derecho se debe incorporar una motivación especial que justifique su utilización.

4. PARTE DISPOSITIVA O FALLO

Esta parte debe contener el pronunciamiento sobre el objeto del proceso y sobre todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y de la defensa (principio de exhaustividad de la sentencia), así como de los incidentes que quedaron pendientes en el curso del juicio oral. Es obvio que esta parte del fallo debe ser congruente con la parte considerativa, bajo sanción de nulidad[603].

Si la sentencia es absolutoria debe disponer la anulación de los antecedentes policiales y judiciales del imputado, por los hechos materia del juzgamiento, así como el levantamiento de las medidas cautelares o restrictivas de derechos que se hubieran dictado en el curso del proceso. El art. 3° del Decreto Ley N° 20579 agrega que también se devolverán de inmediato los documentos personales de identificación del procesado.

---

(602) Ejecutoria Suprema de 5 de diciembre de 1972, Exp. N° 1781-72, Piura (*Anales Judiciales*, T. LXV, Lima, 1973, p. 199).

(603) Ejecutoria Suprema de 9 de junio de 1992, Exp. N° 668-91-A, Lima (*Normas Legales*, T. 222, noviembre, Trujillo, 1994, p. J-38).

Si la sentencia es condenatoria la pena debe estar perfectamente delimitada. Debe indicarse la fecha en que debe iniciarse y el día de su vencimiento, así como su modalidad si es del caso. Si se trata de la imposición de una pena privativa de libertad, por imperio del Decreto Ley N° 20602, de 7 de junio de 1974, no se señala el lugar de cumplimiento de la pena, lo que es de competencia de la Administración Penitenciaria. Finalmente, debe indicarse el monto de la reparación civil, la persona que debe percibirla y los obligados a satisfacerla.

Como se colige de lo expuesto, las sentencias en el orden penal deben ser absolutorias o condenatorias. Pero si se trata de un homónimo no cabe que se le absuelva, sino que por medio de un auto declarar tal condición y levantar las medidas cautelares que pesan en su contra, tal como lo ha determinado el Tribunal Supremo en la Ejecutoria Suprema de 7 de agosto de 1985 (604).

IV. GENÉSIS LÓGICA

CORTÉS DOMÍNGUEZ precisa que la determinación de si el acusado es o no responsable penal, si su conducta merece pena o no, impone al juez un doble juicio: *histórico*, tendente a establecer si un determinado hecho o conjunto de hechos ha existido o no con anterioridad al proceso; y, *jurídico*, que tiende a concluir si el hecho que históricamente sucedió puede ser calificado como delito y merece pena. El resultado negativo del juicio histórico evita el juicio jurídico; en cambio, la evidencia sobre la irresponsabilidad penal del acusado no evita la realización del juicio histórico, pues de este pueden surgir posiciones más favorables al acusado(605).

La Corte Suprema, asumiendo estas variables, ha expresado que la expedición de la sentencia: "(...) impone al juzgador recurrir a un doble juicio: *histórico*, de un lado, que recae sobre los hechos objeto de la acusación fiscal, con la finalidad de determinar si los mismos se dieron o no en el pasado; y *jurídico* por otro, siempre que el juicio histórico sea positivo, con la fina-

---

(604) Exp. N° 1614-84, Huánuco (*Anales Judiciales*, T. LXXIV, Lima, 1986, pp. 210-211).

(605) En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 602-603. En igual sentido, Jacobo LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA ("La motivación de las sentencias", en: AA.VV.: *La sentencia penal*, Consejo General de Poder Judicial, Madrid, 1992 [Cuadernos de Derecho Judicial], p. 38) anota que "toda sentencia condenatoria se compone de dos operaciones, sin perjuicio de que éstas a su vez se descompongan en otras varias". Una primera operación se concentra en determinar el "hecho probado" y la otra, una vez conocido el hecho, se ocupa de la labor de subsunción de dicho hecho en alguno o algunos preceptos penales. A la primera operación se la denomina "juicio histórico" y a la segunda se la conoce con el nombre de "juicio jurídico".

lidad de subsumir el hecho en el tipo penal concreto, analizar los tipos de imperfecta ejecución, la autoría y la participación o advertir la presencia de alguna causa de justificación que obligue a la absolución"[606].

1. EL JUICIO HISTÓRICO

El juicio histórico recae sobre los hechos objeto de acusación fiscal. Corresponde al órgano jurisdiccional determinar si los hechos que fueron objeto de acusación se dieron o no en el pasado.

El Tribunal está vinculado, obviamente, al hecho acusado, a su núcleo central y, por tanto, su conclusión no puede ser distinta que afirmar o negar su producción o acaecimiento. En estas condiciones, siendo la correlación entre acusación y sentencia una institución procesal derivada del principio acusatorio y del derecho de defensa, resulta de primera importancia saber hasta qué punto puede sostenerse que el resultado del juicio histórico es negativo e imposibilita la entrada al juicio jurídico, por el hecho de que no haya coincidencia absoluta entre lo acusado y lo declarado probado por el juez. Al respecto, la Corte Suprema tiene declarado que es nula la sentencia por delito que no fue instruido ni fue materia de acusación Fiscal[607].

El criterio para apreciar si el resultado del juicio histórico respeta los términos de la acusación fiscal y de la calificación formulada por la defensa en reacción a lo sostenido por el Ministerio Público asume forzosamente criterios normativos vinculados a la actividad del imputado, al resultado de esa actividad y al bien jurídico lesionado. Desde este punto de vista, anota CORTÉS DOMÍNGUEZ, el resultado del juicio histórico no será negativo si entre el hecho acusado y el hecho condenado existe coincidencia al menos de los elementos típicos de ejecución lesionándose el mismo bien jurídico por el resultado de aquella actividad[608]. La Corte Suprema ha dejado sentado que si el Tribunal incluye en el fallo un delito no acusado, se incurre en nulidad de la sentencia[609].

DE LA OLIVA SANTOS apunta que si el tribunal entiende que puede ser aplicable una *agravante* no alegada por la acusación o que tal vez debiera apreciarse un mayor *grado de perfección* de la conducta criminal o un *grado de participación* más intenso, no podrá incorporarlo en el fallo a menos que

---

(606) Ejecutoria Suprema de 19 de agosto de 1999, Exp. N° 2639-99, Callao (CHOCANO RODRÍGUEZ/VALLADOLID ZETA: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 343-344).

(607) Ejecutoria Suprema de 22 de abril de 1964 (*El Peruano*, Lima, 15 de febrero de 1965).

(608) En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 604.

(609) Ejecutoria Suprema de 17 de octubre de 1986, Exp. N° 888-86, Lima.

utilice la "tesis" exigida por la Ley española (que en nuestro modelo recién se ha incorporado en el art. 353° del Proyecto de 1995), desde que, de no haberse podido producir una defensa relativa a una agravante o grado de participación, etc., no contenidos en las calificaciones acusatorias –en nuestro sistema "calificación acusatoria" del Ministerio Público, en singular–, la sentencia que tuviera en cuenta esos elementos para la condena infringiría el principio de contradicción y vulneraría el derecho de defensa(610).

Si bien ORTELLS RAMOS no considera que deba incluirse en la prohibición la apreciación de un diferente grado de ejecución del delito o de participación en el mismo, entiende que el tribunal puede optar por una figura penal distinta, pero que vulnere el mismo bien jurídico del delito acusado, en tanto no importe un tipo penal conminado con pena más grave, y, por ende, puede imponer inclusive a una pena, mayor o menor, que la pedida por el Fiscal(611).

Es de entender que las pruebas y su posterior valoración son los instrumentos con que cuenta el tribunal para llevar a cabo el enjuiciamiento histórico. Si el juicio histórico es negativo deberá absolverse al imputado.

2. EL JUICIO JURÍDICO

El juicio jurídico se realiza en la medida en que el juicio histórico sea positivo. Aquí debe subsumirse el hecho en un tipo penal concreto, incluyendo los tipos de imperfecta ejecución y de autoría y participación, así como advertir si se presenta un tipo de justificación que obligue a la absolución. Acto seguido, como ya se explicó, debe enfocarse la categoría culpabilidad o imputación personal y analizar si se presenta una causal de exclusión de culpabilidad o de exculpación. A continuación debe determinarse la existencia de atenuantes especiales y genéricas, así como de agravantes genéricas, para luego ingresar al punto de la individualización de la pena, en las condiciones previstas en los arts. 45°-46° del Código Penal.

Está claro que el órgano jurisdiccional podrá desvincularse de los términos de la acusación fiscal, en tanto respete los hechos ciertos que son objeto de acusación fiscal, sin que cambie el bien jurídico protegido por el delito acusado, y siempre que respete el derecho de defensa y el principio contradictorio. Es de entender que una calificación distinta eventualmente puede afectar el derecho de defensa, en tanto puede introducir

---

(610) DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit., p. 509.

(611) MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1991, cit., T. III *(Proceso penal)*, p. 400.

temas jurídicos y elementos fácticos no discutidos por las partes (de ahí que es central tener presente las conclusiones del Fiscal y de la defensa), por lo que siempre resulta imprescindible que el juzgador pueda tener la posibilidad de llamar la atención de las partes tanto sobre la posibilidad de un cambio en la tipificación como sobre la posible presencia de circunstancias relevantes no abordadas en el curso del debate (*vid.* art. 353° *in fine* del Proyecto de 1995).

La Corte Suprema, en un primer momento, no consolidó un cuerpo de doctrina coherente y principista sobre la materia. Solamente se ha pronunciado, de modo genérico, sobre la amplia posibilidad de desvinculación en orden a la tipicidad que tiene el Tribunal, para lo cual exige (1) una motivación específica que justifique la distinta calificación[612] y (2) que el delito acusado y el delito condenado pertenezcan al mismo rubro. En este último aspecto, constituyen ejemplos de cambio de tipificación los siguientes: 1. Del delito de homicidio al delito de lesiones seguidas de muerte. 2. Del delito de robo al delito de encubrimiento, ahora denominado receptación[613]. 3. Del delito de homicidio simple al delito de homicidio culposo[614]. 4. Del delito de abigeato al delito de apropiación ilícita[615]. 5. Del delito de violación de menor al delito de seducción[616]. 6. Del delito de lesiones seguidas de muerte a homicidio culposo[617]. 7. Del delito de robo agravado a estafa[618]. En esta última Ejecutoria, el Supremo Tribunal sostuvo que era del caso convalidar la sentencia de instancia que había efectuado tal desvinculación "(...) en aplicación de los principios de economía procesal y celeridad procesal".

---

[612] Ejecutoria Suprema de 31 de agosto de 1990, Exp. N° 425-90, Ica.

[613] Para jurisprudencia de estos dos ítems: *Revista Jurídica*, 1955, Lima, p. 256; *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1955, Lima, p. 606; Ejecutoria de 21 de mayo de 1981, Exp. N° 1034-81, Ancash (*El Magistrado*, Año 1, Lima, 1981, p. 189); y, Ejecutoria Suprema de 16 de marzo de 1982, Exp. N° 106-82, Piura (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, p. 116).

[614] Ejecutoria Suprema de 21 de julio de 1986, Exp. N° 1335-85, Piura (*Anales Judiciales*, T. LXXIV, Lima, 1986, pp. 237-238).

[615] Ejecutoria Suprema de 16 de agosto de 1960 (*Revista del Foro*, N° 3, Lima, 1960, pp. 290-291).

[616] Ejecutoria Suprema de 17 de julio de 1986, Exp. N° 77-86, Piura (*Anales Judiciales*, T. LXXIV, Lima, 1986, pp. 233-234).

[617] Ejecutoria Suprema de 5 de julio de 1976, Exp. N° 540-76, Arequipa (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, pp. 463-464).

[618] Ejecutoria Suprema de 9 de julio de 1996, Exp. N° 2364-96, Lima (*Normas Legales*, T. 258, noviembre, Trujillo, 1997, pp. A22-A23).

Por otro lado, la Corte Suprema no acepta la desvinculación entre los delitos de robo agravado y tentativa de violación por el delito de lesiones[619], ni del delito de terrorismo por el delito de peligro común [620]. Sí acepta, en cambio, la desvinculación por un delito más grave, como es el caso de tentativa de homicidio simple a tentativa de homicidio calificado [621].

Resulta interesante la Ejecutoria suprema de 25 de abril de 1961, que cambió la tipificación de la sentencia de instancia del delito de falsedad material al delito de estafa, delito este último que había contemplado en el auto de apertura de instrucción. En ese caso, la Corte Suprema declaró que "(...) siendo uno el hecho por el cual se instruye, [...] cuando se trata de acto delictivo de la misma naturaleza, el Tribunal tiene libertad para su calificación legal sin que le obligue la que por su parte haga el Fiscal en su acusación escrita; que por la misma razón el Ministerio Público tampoco está constreñido por los términos del auto que abre instrucción para calificar de acuerdo con éste la acción u omisión punible y señalar los artículos del Código Penal que sean aplicables (...)"[622]. Una limitación que ha incorporado estriba en que si previamente se declaró haber lugar a juicio oral por delito de lesiones seguidas de muerte y que no procedía pasar a audiencia por delito de homicidio, ya no puede condenarse por este último delito, pues ello importa la adopción de un criterio contradictorio con la primera resolución[623].

La Corte Suprema, al examinar el grado, ha sentado la doctrina jurisprudencial en virtud de la cual si considera que es errónea la apreciación jurídica de la Sala Penal Superior y del Juez Penal, al momento de calificar los hechos objeto de denuncia, no considera del caso absolver al imputado, sino ordenar la ampliación del auto de apertura de instrucción para que se comprenda el delito que corresponda y se actúen las diligencias propias de la instrucción, en tanto se trata de un delito que tutela un bien jurídico distinto al que se siguió en el proceso [624].

---

[619] Ejecutoria Suprema de 2 de febrero de 1988, Exp. N° 891-87, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, p. 226).

[620] Ejecutoria Suprema de 3 de febrero de 1992, Exp. N° 1688-91, San Martín (*Normas Legales*, T. 218, julio, Trujillo, 1994, pp. J14-J15).

[621] Ejecutoria Suprema de 11 de febrero de 1988, Exp. N° 906-87, Piura (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 149-150).

[622] *Anales Judiciales*, T. LVI, Lima, 1961, p. 167.

[623] Ejecutoria Suprema de 10 de octubre de 1972, Exp. N° 1298-72, Lambayeque (*Boletín Judicial*, N° 5-7, Lima, 1972, pp. 308-309).

[624] Ejecutoria Suprema de 24 de marzo de 1992, Exp. N° 1380-91, Lima (*Normas Legales*, T. 235, diciembre, Trujillo, 1995, pp. J34-J35).

V. EXHAUSTIVIDAD

Una característica esencial de la sentencia, determinante de su eficacia jurídica, es que sea exhaustiva o completa, esto es, debe pronunciarse sobre todos los extremos sometidos a su conocimiento(625); que debe explicarse y entenderse por sí mismo, sin necesidad de recurrir a los autos; además, debe haber –bajo sanción de nulidad– coherencia entre los fundamentos o motivaciones con lo acontecido en la secuela del procedimiento(626). La sentencia no debe omitir ninguno de los pronunciamientos precisos para responder a los puntos objeto de acusación y defensa, los cuales deben ser precedidos por la correspondiente motivación; si omite hacerlo, no pronunciándose por uno de los cargos la sentencia es nula(627). Desde esta perspectiva, la Corte Suprema ha precisado que debe existir correspondencia entre acusación y sentencia, la cual debe limitarse a los hechos que la fundan, por lo que todos los delitos que son materia de la acusación deben ser objeto del juzgamiento(628). En otro fallo, estipuló que es nula la sentencia que no contiene la exposición del hecho delictuoso, la apreciación debida de las pruebas en que se funda la culpabilidad, ni las circunstancias del delito(629).

El juez en un modelo propio del juicio informado por el principio de contradicción en el fallo debe responder dialécticamente a lo propuesto por el Fiscal y lo alegado por la defensa. Desde esta perspectiva, destaca DE LA OLIVA SANTOS(630), es del caso formular dos observaciones:

En *primer lugar*, exhaustividad y motivación están estrechamente implicadas, por lo que no cabe la denominada "desestimación tácita" que consiste en los silencios de la sentencia respecto de cuestiones o puntos planteados por las partes; la Corte Suprema ha declarado que una sentencia sumamente discreta en la enunciación de cargos, valoración de las pruebas y argumentos

---

(625) Ejecutoria Suprema de 6 de agosto de 1997, Exp. N° 96, Tacna (FRISANCHO APARICIO, Manuel: *Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima 2002, pp. 433-435).

(626) Ejecutoria Suprema de 15 de enero de 1990 (*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, p. 143).

(627) Ejecutoria Suprema de 14 de mayo de 1991, Exp. N° 202-90, Ayacucho (*Normas Legales*, T. 208, setiembre, Trujillo, 1993, pp. 391-392).

(628) Ejecutoria Suprema de 25 de setiembre de 1943. Exp. N° 1343-43, Cusco.

(629) Ejecutoria Suprema de 20 de enero de 1989, Exp. N° 967-88, Huánuco (*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1989, pp. 219-220).

(630) DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit., pp. 507-508.

esgrimidos para absolver a los acusados carece de eficacia jurídica, y, por tanto, debe ser anulada[631].

En *segundo lugar*, si el fallo omite un pronunciamiento que, sin embargo, se encuentra formulado en un fundamento anterior, la parte dispositiva de la sentencia debe entenderse integrada con aquel, tal como lo reconoce el art. 370° del Código Procesal Civil. Por lo demás, los arts. 298° del Código de 1940 y 326° *in fine* del Código de 1991 prescriben que en estos casos no cabe declarar la nulidad del fallo, sino completarla o integrarla, siempre y cuando se trate de una omisión referida a un punto accesorio, incidental o subsidiario.

Constituyen, a mi juicio, casos típicos de complementación o integración, los siguientes: 1. Cuando en la parte expositiva de la sentencia se indica el nombre del agraviado y en la resolutiva se omite[632]. 2. Cuando el Tribunal omite indicar expresamente el vencimiento de la pena impuesta[633]. 3. Cuando el Tribunal en la parte resolutiva del fallo no se pronuncia respecto de la situación jurídica de un encausado, pese a que en la parte considerativa se pronunció, porque no está acreditada su responsabilidad penal[634]; un caso exactamente igual se da cuando a la motivación de la imputación en la parte considerativa del fallo se agrega su inclusión en las cuestiones de hecho[635]. 4. Cuando se ha omitido disponer la expulsión del país del condenado extranjero[636]. 5. Cuando se ha omitido señalar a favor de quien se ha fijado la reparación civil[637]. 6. Cuando se omite imponer la inhabilitación como pena accesoria en los supuestos del art. 39° del Código Penal, sanción que se extiende, *en tanto pena tasada*, por igual tiempo que la

---

(631) Ejecutoria Suprema de 8 de setiembre de 1989 (*Normas Legales*, T. 209, Trujillo, 1993, p. 316).

(632) Ejecutoria Suprema de 13 de agosto de 1990 (*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, p. 183).

(633) Ejecutoria Suprema de fecha 23 de octubre de 1985, Exp. N° 1041-85, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXIII, Lima, 1985, pp. 295-297).

(634) Ejecutoria Suprema de 15 de octubre de 1985. Exp. N° 1447-85, Junín (*Anales Judiciales*, T. LXXIII, Lima, 1985, pp. 288-291).

(635) Ejecutoria Suprema de 27 de diciembre de 1996, Exp. N° 4532-95-B, Puno (GÓMEZ MENDOZA: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 28-29).

(636) Ejecutoria Suprema de 9 de febrero de 1994, Exp. N° 2745-93, Callao (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 438-440).

(637) Ejecutoria Suprema de 4 de diciembre de 1995, Exp. N° 3489-95, Callao (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 433-434).

pena principal[638]. 7. Cuando luego de absolver al acusado se omite disponer el archivo definitivo del proceso[639]. 8. Cuando se ha omitido considerar a los agraviados del delito de robo cometido por el procesado pese a que en la parte considerativa del fallo se ha expuesto que se ha probado la responsabilidad del procesado en el delito en perjuicio de los agraviados, lo que constituye un error material[640]. 9. Cuando se ha omitido pronunciarse en la parte resolutiva del fallo respecto a las excepciones, no obstante haberlas analizado en su parte considerativa[641].

Un supuesto, sin duda problemático y opinable, al que la Corte Suprema extendió la facultad de integración, se da en los casos de omisión de la determinación de la reparación civil[642]. En la Ejecutoria Suprema de 21 de octubre de 1988 se justificó esta decisión en la "la economía procesal y celeridad en la Administración de Justicia"[643], argumentos sin duda alguna carentes de sustento normativo, que solo serían aceptables en la medida en que del tenor del fallo de instancia se advierta con claridad el monto de la reparación civil que se impondría al imputado. En otro fallo, se justificó la integración en que la reparación constituye una cuestión accesoria de la sentencia[644]; en una decisión posterior, igualmente, invocó la accesoriedad de la reparación civil y que tal integración era posible "cuando no afecten el sentido de la misma (sentencia de instancia)[645]. Esta tesis tampoco es aceptable tanto porque la reparación civil tiene entidad propia y debe imponerse al declarar la culpabilidad de una persona –en la medida que se cause un daño resarcible–, como porque el monto de la misma está sujeto a una medida que impide su determinación en instancia única. Resulta de este modo adecuado a lo expuesto que, posteriormente, la Corte Suprema

---

(638) Ejecutoria Suprema de 23 de octubre de 1995, Exp. N° 3205-94-B, Ica (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., p. 147).

(639) Ejecutoria Suprema de 21 de mayo de 1990 (*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, p. 160).

(640) Ejecutoria Suprema de 10 de enero de 1989, Exp. N° 1375-88, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1989, pp. 249-250).

(641) Ejecutoria Suprema de 7 de abril de 1998, Exp. N° 3226-97, Junín.

(642) Ejecutoria Suprema de 4 de diciembre de 1985, Exp. N° 1073-83, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXIII, Lima, 1985, pp. 317-319).

(643) *Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, p. 289.

(644) Ejecutoria Suprema de 10 de febrero de 1993, Exp. N° 2003-92, Tacna.

(645) Ejecutoria Suprema de 23 de noviembre de 1990, Exp. N° 1073-90, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, pp. 137-139).

haya variado de criterio, considerando que tal omisión es causal de nulidad del fallo[646].

Otro supuesto problemático es el caso de la integración de un fallo de instancia que omitió señalar el plazo de suspensión de una condena condicional[647]. Según el art. 57° *in fine* del Código Penal, dicho plazo es de uno a tres años, por lo que corresponde al juez fijarlo desde una perspectiva mayormente preventivo-especial en orden a la exigencia o finalidad de la condena condicional, esto es, "(...)dentro de los términos que prescribe el art. 57° del Código Penal, y en atención a la naturaleza y modalidad del hecho punible perpetrado, así como a las condiciones personales de los agentes"[648]. La Corte Suprema consideró que se trata de una cuestión accesoria en tanto que imperativamente debe fijarse al decidir suspender la ejecución de la pena; empero, ello no es un supuesto de accesoriedad, es más bien un requisito necesario o imprescindible que integra el instituto aludido.

De igual manera se da el caso de integración de una sentencia de instancia respecto de las penas de multa que deben imponerse como principales y acumulativamente a la pena privativa de libertad, que es el caso del segundo párrafo del art. 124° del Código Penal. En este supuesto, el Supremo Tribunal ha considerado que cuando se produce una omisión por el tribunal de instancia es posible integrar el fallo, aunque no ha explicitado las razones de esta afirmación[649]. Si se tiene en cuenta, empero, que se está ante una pena principal, que además no es tasada, resulta indebida la integración desde que tampoco puede imponerse una sanción en instancia única y más aún si no tiene carácter accesorio.

También está presente en la jurisprudencia suprema, la integración del fallo de instancia cuando la Sala Penal Superior omite fijar el importe de días-multa, conforme al art. 43° del Código Penal[650]. Es de tener presente,

---

(646) Ejecutoria de 12 de diciembre de 1996, Exp. N° 4465-95-B (GÓMEZ MENDOZA: *Jurisprudencia penal*, cit., T. III, p. 19).

(647) Ejecutorias Supremas de 27 de diciembre de 1991, Exp. N° 745-91, Ica (*Anales Judiciales*, T. LXXIX, Lima, 1991, pp. 318-319); de 30 de diciembre de 1996, Exp. N° 5121-96, Puno (GÓMEZ MENDOZA: *Jurisprudencia penal*, cit., T. III, pp. 91-92); y, de 9 de octubre de 1997, Exp. N° 4369-96, Puno.

(648) Ejecutoria Suprema de 10 de enero de 1997, Exp. N° 3992-95, Lima (GÓMEZ MENDOZA: *Jurisprudencia penal*, cit., T. III, pp. 166-167).

(649) Ejecutorias Supremas de 28 de abril de 1998, Exp. N° 1162-98, Cusco; y, de 8 de abril de 1976, Exp. N° 2094-75, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, pp. 432-433).

(650) Ejecutoria Suprema de 25 de julio de 1997, Exp. N° 3770-96, Lima.

sin embargo, que la norma penal invocada no contiene un monto fijo o único, pues el porcentaje varía entre el 25% al 50% del ingreso diario del condenado cuando viva exclusivamente de su trabajo. En tal virtud, el problema se presenta con la fijación de una cuantía no sujeta a ulterior impugnación.

Un último supuesto se produce cuando se omite tanto disponer como regla de conducta la reparación del daño causado, cuanto imponer la pena de inhabilitación en los delitos cometidos por funcionarios públicos y contra la administración de justicia: Capítulos II y III del Título XVIII del Libro II del Código Penal, tal como está prevista en el art. 426° del Código Penal [651]. Esta pena, asimismo, es principal y no accesoria[652]; además, dicha pena está sujeta a una dosificación que el juez debe especificar en el caso concreto y que varía entre uno a tres años. Pese a lo dicho anteriormente, solo sería factible la integración en la medida en que se dicta una pena que no supere a la de privación de libertad y, por otro lado, no aumente de modo significativo la carga lesiva de la sanción inicialmente impuesta.

En materia de integración de fallos, finalmente, resulta muy ilustrativa la Ejecutoria Suprema de 3 de julio de 1982. En ella, se precisa que es obligación del Tribunal evaluar la prueba, puntualizar la existencia del hecho delictuoso y establecer la irresponsabilidad o la responsabilidad del acusado, y aún más, en este último supuesto, el grado de ejecución del delito. Si las omisiones recaen en estos puntos, señala el Supremo Tribunal, por su propia naturaleza, no son susceptibles de subsanación, porque tienen la calidad de ser revisables, por lo que si así se hiciera, se quebraría la garantía constitucional de la instancia plural[653].

Por otro lado, la Corte Suprema reconoce la necesidad de motivación y exhaustividad de las sentencias. Al respecto ha establecido que toda sentencia debe presentar una parte introductoria, otra expositiva sobre los hechos, así como otra destinada a la precisión de las pruebas y a la valoración de las mismas, sin perjuicio que el voto singular debe estar debidamente fundamentado bajo los mismos requisitos que el voto de mayoría que forma resolución. Su vulneración, según la Ejecutoria Suprema de fecha 26 de marzo de 1998, acarrea la nulidad del fallo de instancia[654]. En la

---

(651) Ejecutoria Suprema de 2 de abril de 1998, Exp. N° 6300-97-B, Ica.

(652) Un error semejante se incurre en la Ejecutoria Suprema de 26 de diciembre de 1996, Exp. N° 5017-96-B (GÓMEZ MENDOZA: *Jurisprudencia penal*, cit., T. III, pp. 101-102), al considerar como accesoria la pena de multa del tipo penal de *receptación* (art. 194° del Código Penal), cuando en puridad es principal.

(653) *El Peruano*, Lima, 12 de julio de 1982, pp. 687-690.

(654) Exp. N° 717-98, Cusco.

Ejecutoria suprema de 18 de abril de 1970 señaló: "(...) La motivación de las sentencias constituye una de las garantías de la administración de justicia y al mismo tiempo un mandato constitucional. La motivación es el conjunto de razones de hecho y fundamentos de derecho que explican la razón de ser de una resolución"(655). En otro fallo, el Supremo Tribunal exigió que en la sentencia condenatoria se debe precisar con claridad absoluta los medios de probanza e indicios concurrentes que debidamente analizados señalan, de manera indubitable, la comisión del hecho punible(656). Precisando los ámbitos de la motivación constitucionalmente exigible precisó que la motivación no sólo debe limitarse a los hechos y a la subsunción normativa, sino también a la determinación judicial de la pena, pues "(...) la obligación de que el juzgador deba exponer y razonar la motivación acogida para imponer las penas, reside en la necesidad de que el penado sepa porqué se le castigó de tal modo, como también para hacer constar, incluso a efectos de un posible recurso, cuáles han sido las circunstancias (gravedad del hecho y personalidad del procesado) tomadas para obtener el resultado"(657).

VI. EFECTOS DE LA SENTENCIA

1. ASPECTOS GENERALES

En nuestro sistema procesal penal la sentencia tiene efectos en el proceso vinculados a la *cosa juzgada*, cuyo fundamento estriba en la necesidad de que los litigios tengan su fin y la resolución final que en él recaiga sea inimpugnable(658). No tiene efectos económicos vinculados a las *costas* y a los *costos*, que están radicados al proceso civil (arts. 410°-419° CPC), con excepción de los procedimientos por *delitos privados*.

Es de recordar, sin embargo, que los efectos de cosa juzgada no solo comprenden a las sentencias, sino también a toda resolución que pone fin definitivamente al proceso: autos de sobreseimiento definitivo(659), de ahí que no pueda condenarse por un delito por el que se declaró la improceden-

---

(655) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1970, Lima, p. 617.

(656) Ejecutoria Suprema de 1° de agosto de 1988 (*Normas Legales*, T. 155, Trujillo, 1988, p. 624).

(657) Ejecutoria de 23 de enero de 2001, Exp. N° 4200-2000, Lima (FRISANCHO APARICIO: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 254-257).

(658) VIADA / ARAGONESES: *Curso de Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 432.

(659) Incluido el que declara no haber mérito para pasar a juicio oral. Así lo señala la Ejecutoria Suprema de 14 de noviembre de 1980, proveniente de Ayacucho (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. II, pp. 81-82).

cia del juicio oral[660] y los que declaran fundada una excepción, salvo por cierto la de naturaleza de juicio. El inc. 13 del art. 139° de la Constitución incorpora la amnistía, el indulto y la prescripción; empero, cabe acotar que la amnistía y la prescripción es tratada procesalmente como una excepción –art. 5° CPP–, mientras que el indulto es un derecho de gracia que funciona luego de la imposición de una sentencia firme (art. 89° del Código Penal). Por nuestra parte también incluimos el auto que declara sin lugar la apertura de instrucción o investigación formal, en tanto que califica un hecho como irrelevante penalmente.

La Constitución se limita a sostener que la cosa juzgada importa "*la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada*" (art. 139°.13 Const.), sin embargo, no contiene una definición acabada de la institución. Los arts. 5° del Código de 1940 y 8°.3 del Código de 1991, en cambio, la define íntegramente, al sostener que esta se produce "*...cuando el hecho denunciado o punible ha sido objeto de una resolución firme nacional o extranjera en el proceso penal seguida contra la misma persona*".

En este orden de ideas, la Corte Suprema ha establecido que la cosa juzgada tiene como requisito indispensable la existencia del fallo definitivo capaz de impedir un segundo juzgamiento por el mismo hecho punible[661]. Sobre el particular ha insistido que la resolución ejecutoriada que constituye cosa juzgada es no sólo el auto de sobreseimiento, sino también el auto que ordena el corte de la secuela del procedimiento por minoría de edad del imputado[662]. Por otro lado, ha sentado la doctrina que los hechos deben ser idénticos, al igual que los agraviados y la persona del encausado, sin que a ello obste la calificación jurídica de los hechos punibles[663]. En una decisión de 2 de mayo de 1994 exige que se trate de una resolución en cuya virtud el órgano jurisdiccional resuelva en forma definitiva, luego de un debate contradictorio y con las garantías del debido proceso[664].

Por consiguiente, la cosa juzgada impide el nuevo castigo y, a su vez, protege contra un segundo proceso, contra una ulterior persecución legal por el mismo hecho y que, a esos efectos, es irrelevante si la primera sentencia

---

(660) Ejecutoria Suprema de 10 de octubre de 1972, Exp. N° 916-72, Cusco (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, p. 115).

(661) Expediente N° 1522-92, La Libertad; y, Ejecutorias Supremas de 30 de marzo de 1993, Exp. N° 1425-93, Puno, y de 24 de marzo de 1994.

(662) Ejecutoria Suprema de 26 de mayo de 1292, Exp. N° 318-9, Huánuco.

(663) Ejecutoria Suprema de 28 de diciembre de 1995, Exp. N° 3283-95, Lima.

(664) Ejecutoria Suprema de 2 de mayo de 1994, Exp. N° 717-93, Lambayeque (*Normas Legales*, T. 234, noviembre, Trujillo, 1995, pp. J47-J48).

era condenatoria o absolutoria, inclusive si la resolución no tiene la calidad de sentencia: solo requiere que se trate de una resolución ejecutoriada. Sobre el particular, GÓMEZ COLOMER enfatiza que la cosa juzgada aparece como la institución que sirve para que esa resolución y, sobre todo, el proceso como un todo, alcance el grado de certeza necesario, primero, haciéndole irrevocable en el proceso en que se ha dictado; segundo, dotándole de una impronta especial frente a cualquier otro proceso presente o futuro(665).

La cosa juzgada produce, dentro del proceso, efectos preclusivos y ejecutivos, en cuya virtud la sentencia emitida no está expuesta a ningún ataque desde ningún punto de vista, que es lo que se denomina *cosa juzgada formal*. Por otro lado, la sentencia, a su vez, también produce efectos más allá del proceso en que se dictó (*cosa juzgada material*), en cuya virtud resulta inadmisible que pueda dictarse otra resolución posterior en proceso distinto sobre lo que fue objeto del primer proceso, a la vez que dicha resolución no tiene efectos vinculatorios para el contenido de la resolución que haya de recaer respecto de otras personas(666). La cosa juzgada material se apoya en el principio *ne bis in idem*.

2. EFICACIA NEGATIVA DE LA COSA JUZGADA PENAL

La sentencia penal tiene especiales connotaciones, que la hacen diferente a la sentencia de otros órdenes jurisdiccionales. En cuanto a la eficacia negativa, CORTÉS DOMÍNGUEZ sostiene que la sentencia penal o la resolución penal firme definitiva impide una nueva sentencia sobre el mismo objeto penal enjuiciado con anterioridad, impide –en suma– que una misma persona sea enjuiciada penalmente dos veces por los mismos hechos(667).

Esto último significa, al decir de GÓMEZ ORBANEJA, que la cosa juzgada penal importa excluir, como impedimento procesal, un segundo juicio, o en todo caso la condena por el hecho ya juzgado, y respecto de la misma persona(668).

3. EFICACIA POSITIVA DE LA COSA JUZGADA PENAL

La sentencia civil, como se sabe, tiene una función positiva o prejudicial. En cambio, esta función no es de recibo en el proceso penal, por cuanto aquí

---

(665) En: MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho Jurisdiccional*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, T. III (*Proceso penal*), p. 385.

(666) BELING: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 197 y 200.

(667) En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 624.

(668) GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 293.

"(...) no existen relaciones jurídicas que puedan dar lugar a causa jurídico penales prejudiciales y que afecten al mismo sujeto"[669]. Ello significa, acota GÓMEZ ORBANEJA, que el hecho ya juzgado no determina *prejudicialmente* el contenido de la segunda sentencia, ni respecto de otro inculpado –por el mismo hecho– ni del mismo inculpado por un hecho distinto, aun conexo del hecho juzgado o condicionado por él[670].

4. LÍMITES DE LA COSA JUZGADA

Desde el punto de vista *objetivo*, la cosa juzgada se extiende sólo a los hechos que han sido objeto de la acusación y posterior juicio. Las calificaciones efectuadas por el Fiscal e, inicialmente, en el auto de apertura de instrucción o aprobación judicial de la promoción de la acción penal, no integra el objeto procesal, por lo que resulta indiferente la concreta calificación típica. Al respecto CORTÉS DOMÍNGUEZ apunta que "el *ne bis in idem* como exigencia de la libertad del individuo lo que impide es que unos mismos hechos sean enjuiciados repetidamente, siendo indiferente que éstos puedan ser contemplados desde distintos ángulos penales, formal y técnicamente distintos"[671].

Los hechos descritos en la sentencia constituyen el límite objetivo de la cosa juzgada. Esta afirmación se basa, enseña GÓMEZ COLOMER, en un recto entendimiento del principio acusatorio, puesto que en su virtud se exige que el hecho por el que se absuelve o condena a una persona sea el mismo que fue objeto de la acusación, dándose los caracteres esenciales que lo identifican[672].

En consecuencia, apunta DE LA OLIVA SANTOS, hay cosa juzgada, cuando en el segundo proceso aparecen unos hechos que, ellos mismos solos o juntos con otros, fueron juzgados en el primero, aunque se presenten con el aspecto de un delito distinto, si el "objeto normativo" es el mismo: lesiones, en vez de homicidio. Y también debe apreciarse cosa juzgada si el cambio, de un proceso a otro, se refiere a la forma de la autoría o consiste en varias de esta a la complicidad o al encubrimiento: entra en juego el criterio del "bien jurídico lesionado" o el de la conexión[673].

---

[669] En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 625.

[670] GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 293.

[671] En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 626.

[672] En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1997, cit., T. III (*Proceso penal*), p. 388.

[673] DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit., p. 531.

Desde el punto de vista procesal y, sobre todo, desde la perspectiva de las limitaciones objetivas de la cosa juzgada, el tratamiento de los denominados *casos especiales* presenta las siguientes singularidades: a) en cuanto al *delito continuado* (art. 49° del Código Penal), la cosa juzgada cubre todos los hechos homogéneos, comprendidos los realizados con anterioridad al proceso, aunque no hubiesen sido objeto de acusación, así como los que hubiesen sido descubiertos con posterioridad; b) respecto al *delito habitual* (v. gr.: art. 363° del Código Penal), en la medida en que en estos delitos se castiga la habitualidad, la cosa juzgada afecta a todos los hechos que puedan contribuir objeto de esa habitualidad, aunque no hubiesen sido acusados o conocidos, y se hubiesen producido antes del proceso; y, c) en lo atinente al *concurso ideal* (art. 48° del Código Penal), se entiende que aunque la acción sea unitaria, los hechos son distintos.

Desde el punto de vista *subjetivo*, la cosa juzgada despliega sus efectos solo y exclusivamente sobre la persona del acusado. En consecuencia, no hay extensión subjetiva de la eficacia de la cosa juzgada penal, pues de lo contrario no habría certeza y seguridad jurídicas.

La persona del acusador, señala GÓMEZ COLOMER, no juega ningún papel en la identidad subjetiva(674). La Corte Suprema ha establecido que "...la identidad de persona, respecto de la cosa juzgada, se refiere sólo a la del procesado y no a la parte acusadora"(675). Desde esta perspectiva, la función negativa de la cosa juzgada está concebida para evitar que una misma persona se vea sometida o sujeta más de una vez a un proceso en virtud de unos mismos hechos.

VII. PERSPECTIVAS ACTUALES DE LA CORRELACION ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA

1. INTRODUCCIÓN

Sobre el principio de correlación y el juicio de desvinculación, se han pronunciado tanto la Corte Suprema, en una jurisprudencia que ha evolucionado en dos grandes etapas, como el Tribunal Constitucional, en cuatro sentencias de especial importancia.

---

(674) En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1997, cit., T. III (*Proceso penal*), p. 388.

(675) Ejecutoria Suprema de 24 de abril de 1975, Exp. N° 4-75 (*Boletín Judicial*, Año IV, N° 16, Lima, 1975, pp. 83-84).

La Corte Suprema en el año 1997 (Ejecutoria de 4 de julio de 1997, Exp. N° 260-97, Callao. Inédita) empezó una nueva etapa en el desarrollo del principio de correlación, pues –a diferencia de la etapa anterior, en que se reconocía, aunque no linealmente y sin mayores elaboraciones, la posibilidad del juez de variar la tipificación del delito propuesta en la acusación fiscal[676]– incorporó un conjunto de elementos que deben cumplirse para que sea posible admitir que el órgano jurisdiccional puede modificar en la sentencia la tipificación propuesta por el Fiscal en su acusación, denominando a tal institución "*determinación alternativa*", siguiendo sin mayores cautelas las propuestas germanas.

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha dictado por lo menos cuatro fallos en los que, de cara al derecho de defensa y al debido proceso, fija algunas líneas específicas en la materia, cuestionando parcialmente la forma

---

(676) Así, por ejemplo: 1) desde el año 1923 ha venido sosteniendo que: "Los Tribunales Correccionales no están cohibidos, para expedir sus fallos, por la calificación formulada por la acusación fiscal respecto del hecho delictuoso que se juzga. Dichos Tribunales deben calificar libremente el hecho, sin limitaciones provenientes de los términos de la acusación fiscal" (*Anales Judiciales*, 1923, Lima, p. 80; *Anales Judiciales*, 1937, Lima, p. 289; *Anales Judiciales*, 1963, Lima, p. 167; *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1948, Lima, p. 683; *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1963, Lima, p. 512). 2) En otra ocasión, mediante Ejecutoria de 4 de agosto de 1981, precisó con carácter general que "Corresponde al Tribunal Correccional, con arreglo a ley, tipificar en la sentencia condenatoria el delito que resulta cometido" (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. I, p. 95); asimismo, en la Ejecutoria de 21 de julio de 1986, estimó que el cambio de tipificación realizado por el Tribunal –de homicidio simple a homicidio por negligencia– no origina la insubsistencia del fallo recurrido (RAMOS BOHÓRQUEZ, Miguel: *Ejecutorias de la Corte Suprema en materia penal*, Berrío, Lima, 1995, pp. 17-18). 3) Esta línea, empero, no ha sido uniforme, pues en otros fallos anotó: "Es nula la sentencia que condena por delito distinto del contemplado en la acusación fiscal" (*Revista del Foro*, 1945, Lima, p. 652), o es "nula la sentencia que no se pronuncia sobre delito que ha sido objeto de la investigación y de la acusación fiscal" (Ej. Sup. de 20 de octubre de 1972 [*Boletín Judicial*, Año I, 1972, Lima, p. 305]), o no "puede condenarse por un delito por el que anteriormente, en el auto de enjuiciamiento, se declaró no haber lugar a juicio oral, pese a que según las actuaciones del juicio oral fluye que el tipo penal perpetrado es aquel por el que se sobreseyó la causa y no por el que se formuló acusación" (Ej. Sup. de 10 de octubre de 1972, Exp. N° 916-72, Cusco [TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, p. 115]). 4) Sin embargo, a partir de 1955 aceptó la modificación, si es que el delito acusado y delito condenado pertenecen al mismo rubro (*Revista Jurídica*, 1955, Lima, p. 606); en otra Ejecutoria de 17 de julio de 1986, puntualizó que, en efecto, el Tribunal tiene amplia facultad para calificar los hechos dentro del rubro genérico del delito acusado (RAMOS BOHÓRQUEZ: *Ejecutorias de la Corte Suprema en materia penal*, cit., pp. 124-125), precisando en el año 1990 que si "bien el Tribunal está facultado para tipificar los hechos materia de la acusación fiscal de manera diferente, debe fundamentar debidamente esta distinta calificación" (RETAMOZO-PONCE: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, cit., p. 96).

como el Supremo Tribunal concibe la determinación alternativa. Son de citar, por ejemplo, los Asuntos Rutaldo Elmer Alejo Saavedra (STC, Exp. N° 1029-20000-HC/TC, de 18 de enero de 2001)(677), César Humberto Tineo Cabrera (STC, Exp. N° 1230-2002-HC/TC, de 20 de junio de 2002)(678), Martha Guerra Carrasco (STC, Exp. N° 2082-2002-HC/TC, de 20 de setiembre de 2002)(679) y Marcial Mori Dávila (STC, Exp. N° 1330-2002-HC/TC, de 9 de julio de 2002)(680).

2. La determinación alternativa en la jurisprudencia nacional

A. Criterio del Supremo Tribunal

Según se anotó, existe un esbozo de postura jurisprudencial muy antigua del Supremo Tribunal en exigir correlación ("congruencia" se denomina en el proceso civil: "*sententia debet esse conformis libello*") entre el delito acusado y el delito condenado, que en nuestro ordenamiento procesal tiene un hilo de continuidad a partir del auto apertorio de instrucción y del auto de enjuiciamiento(681). Por lo demás, el art. 298°.3 CPP 1940 sanciona con la nulidad insanable del fallo "si se ha condenado por un delito que no fue materia [...] del juicio oral", esto es, de la acusación fiscal; y, el art. 263° del CPP 1940 obliga al Fiscal a solicitar la formulación de una acusación ampliatoria "si de los debates resultara que el delito reviste un carácter más grave que el indicado en el escrito de acusación (...)"(682). El citado principio, en

---

(677) *El Peruano*, Lima, 9 de setiembre de 2001, pp. 4590-4591.

(678) *El Peruano*, Lima, 29 de agosto de 2002, pp. 5266-5270.

(679) *Jurisprudencia penal*, ed. 2003, cit., T. I, pp. 49-52.

(680) *El Peruano*, Lima, 7 de marzo de 2003, pp. 5874-5475.

(681) VILLAVICENCIO, Víctor Modesto: *Derecho Procesal Penal*, Imprenta Rozas, Lima, 1965, pp. 279-280. Dicho autor da cuenta de por lo menos dos Ejecutorias Supremas emblemáticas al respecto: a) "Es nula la sentencia que condena a un acusado por delito distinto del contemplado en la acusación fiscal" (Ej. Sup. de 31 de marzo de 1945); y, b) "No procede condenar por un delito que no ha sido materia de instrucción ni de la acusación fiscal" (Ej. Sup. de 25 de noviembre de 1952).

(682) La jurisprudencia "antigua", conforme señala GARCÍA RADA (*Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 324), "a su vez ha precisado en qué casos no existe nulidad que declarar a pesar de que aparentemente se ha condenado por delito diferente al instruido. Si los hechos instruidos son los mismos que fueron apreciados por el Juzgador, pero mal calificados. Tal es el caso de la condena por delito de lesiones, pero se instruyó proceso por tentativa de homicidio. La Corte enmendó la calificación que era dentro del mismo rubro delictivo y declaró no haber nulidad" (*Revista Jurídica*, 1955, Lima, p. 256). Si el Tribunal condenó por encubrimiento, pero fueron procesados por robo, "no existía nulidad, limitándose la Suprema a cambiar la tipificación y declarar no haber nulidad" (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1955, Lima, p. 606).

consecuencia, no está expresamente formulado en el Código, por lo que el deber de correlación –como límite a la potestad de resolver– debe deducirse de la sanción procesal del citado art. 298°.3 CPP 1940.

El hecho que la ley procesal penal sancione la vulneración del "objeto del proceso", que es en buena cuenta de lo que se trata, con la nulidad insanable del fallo, no es sino el resultado de reconocer la importancia y gravedad de tal institución. Señala ROXIN, que el objeto procesal tiene tres funciones: designa el objeto de la litispendencia, demarca los límites de la instrucción y de la obtención de la sentencia, y define la extensión de la cosa juzgada, cuya importancia es idéntica en todas ellas(683). Se exige, en suma, la unidad del objeto procesal entre la acusación y la sentencia (*eadem res*).

La doctrina de la determinación alternativa se vio plasmada, entre otras, en la Ejecutoria de 15 de setiembre de 1998, recaída en el Asunto Miguel Ángel Chirre Hurtado y otros(684), en la que la *desvinculación*, tal como se la conoce en la doctrina procesalista, fue denominada –siguiendo la doctrina alemana– "determinación alternativa".

Dijo el Tribunal Supremo en esa ocasión que la desvinculación será correcta siempre que concurran los siguientes elementos: a) homogeneidad del bien jurídico tutelado; b) inmutabilidad de los hechos y pruebas; c) preservación del derecho de defensa; y, d) coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo. Dogmáticamente, apuntó la Sala Penal Suprema, la desvinculación se encuentra indisolublemente unida a los principios de legalidad penal, de instrucción y

---

(683) ROXIN: *Derecho procesal penal*, cit., p. 160.

(684) ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal (1996-1998)*, cit., T. II, pp. 91-95. Existe, por ejemplo, una de 8 de julio de 1998 bajo ese mismo derrotero (Exp. N° 2158-98, Jaén-Lambayeque. Inédita), así como otras: de 1 de setiembre de 1998, Exp. N° 3127-98, Arequipa; y, de 4 de marzo de 1998, Exp. N° 3310-97, Puno (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal [1996-1998]*, cit., T. II, pp. 96-98). De igual manera, las Ejecutorias de 8 de noviembre de 1999, Exp. N° 454-99, Lima, de 2 de junio de 1999, Exp. N° 96-99; y, de 30 de marzo de 1999, Exp. N° 355-99, Junín (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 220). Asimismo, las Ejecutorias de 17 de mayo de 2000, Exp. N° 7-2000, Lambayeque; de 12 de enero de 2001, Exp. N° 982-2000, Ancash; de 5 de marzo de 2001, Exp. N° 4592-2000, Ayacucho; y, de 11 de setiembre de 2000, Exp. N° 2577-2000, San Martín (FRISANCHO APARICIO: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 226, 296, 383 y 415). Otras cuatro Ejecutorias Supremas: de 10 de enero de 2000, Exp. N° 4288-99, Lima; de 30 de marzo de 1999, Exp. N° 355-99, Junín; de 22 de enero de 1999, Exp. N° 4144-98, Santa-Chimbote; y, de 21 de mayo de 1999, Exp. N° 993-99, Lima (ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal y procesal penal [1999-2000]*, Idemsa, Lima, 2002, T. I, pp. 89-93 y 130-142). Y, por último, la de 14 de julio de 1999, Exp. N° 2088-99, Santa (*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 1, Lima, 2000, p. 596).

de la verdad real, de suerte que cumple similar propósito que el *iura novit curia* del derecho privado.

Un elemento adicional es incorporado en el Asunto Ananías Flores Izquierdo (Ejecutoria Suprema de 11 de setiembre de 2000, Exp. N° 2577-2000, San Martín). Allí estableció la Corte Suprema, que deben concurrir en el cambio de tipo los elementos de tipicidad real o legalidad estricta y, esencialmente, de favorabilidad, de suerte que fijado el auto de enjuiciamiento por un determinado delito, en concordancia con la acusación fiscal, no es posible que en la sentencia se consigne un tipo penal más grave (v. gr.: homicidio simple por homicidio calificado).

B. Análisis crítico

La denominación que acríticamente utiliza la Corte Suprema, a partir de sus postulados, no es del todo exacta, pues confunde sus aplicaciones prácticas con el desarrollo jurídico realizado por la doctrina y jurisprudencia germanas.

1. Debe diferenciarse –en los términos de la dogmática alemana–, como enseña LEONE, lo que jurídicamente es desvinculación o inmutabilidad de la imputación con determinación alternativa de los hechos o declaración alternativa de certeza. La primera es un instrumento en manos del órgano jurisdiccional que permite, sin modificar los hechos expuestos en la acusación fiscal y que fue objeto del debate judicial, dar al mismo una calificación o definición jurídica diferente; la segunda, en cambio, importa la posibilidad de imputar un hecho distinto, alternativo o diferente, al propuesto en la acusación y sobre bases de tipos penales alternativos o de conductas que soportan una alternatividad[685].

2. La determinación alternativa del hecho, como aclara CURY URZÚA, constituye en principio el único punto auténtico de contacto entre el principio *in dubio pro reo* y el derecho penal sustantivo. Ello se presenta, dice el citado autor, en aquellos casos en los que, de acuerdo con la prueba recogida en el proceso, es indudable que el sujeto ha cometido uno de entre dos o más delitos, pero no se sabe con certeza cuál de entre ellos (v. gr.: existe certidumbre de que el autor se apoderó de una cosa ajena, pero no si –para hacerlo– empleó un engaño [estafa] o la sustrajo furtivamente [hurto], siendo, en todo caso, seguro que se valió de uno de esos dos medios). Así las cosas, siempre en una lógica excepcional, desde el derecho procesal es de exigirse certeza de que el imputado ejecutó una de dos o más acciones, cada una de las cuales satisfacen seguramente las exigencias de otros tantos

(685) *Vid.* LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 400.

tipos penales, y siempre que la duda relativa a la que efectivamente realizó sea imposible de superar; y, desde el derecho material es menester que los tipos susceptibles de ser aplicados sean semejantes, no sólo en el aspecto formal, sino también en cuanto a la índole del disvalor de que son portadoras las conductas descritas por ellos: equivalencia psicológica y ética del contenido de injusto(686).

3. La determinación alternativa del hecho surgió como una transacción entre el principio del Estado de Derecho y las exigencias de la política criminal. Según MAURACH, esto último exige reducirla a los márgenes más estrechos posibles; y, según opinión dominante y jurisprudencia sobre la materia, susceptibles de determinación alternativa son solo aquellos actos con un contenido de ilícito esencialmente equivalente, "circunstancias de hecho comparables desde la perspectiva ético-jurídica y psicológica" (BHG 9, 394)(687).

4. En esa misma perspectiva, explica JESCHECK, existen casos en los que según el convencimiento del juez resulta evidente que el acusado, en caso de no haber cometido el hecho del que se le acusa y que de acuerdo con el principio *in dubio pro reo* tuviera que ser absuelto, necesariamente debe haber cometido otro hecho determinado, cuya existencia, sin embargo, depende de que no haya cometido el primero. En estos casos, se admite, bajo ciertas condiciones, que se condene por la ley que imponga una pena menos grave con una fundamentación alternativa de los hechos. Se requiere como presupuestos: a) que se hayan agotado todos los medios probatorios procesalmente permitidos, que exista certeza de que el acusado solamente pudo haber actuado en una u otra forma, y que los reproches alternativos deben ser equiparables desde un punto de vista ético-jurídico y psicológico o, mejor aún, buscando la identidad del núcleo del injusto; b) que, más allá de cualquier debate, es unánime la consideración de que es de imponer una condena cuando es seguro que el autor ha cometido un delito determinado en una forma comisiva determinada legalmente a través de una de las dos acciones que desde el punto de vista jurídico son equivalentes, que es lo que se denomina "determinación alternativa equivalente"; y, c) que cuando sea admisible esta institución debe aplicarse la ley más favorable(688). En algo se afilia a esta posición la Ejecutoria Suprema de 15 de diciembre de 2000,

---

(686) CURY URZÚA, Enrique: *Derecho penal. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, T. I, pp. 90-91.

(687) MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl; ZIPF, Heinz: *Derecho penal. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1994, T. 1, pp. 166-167.

(688) JESCHECK, Hans Heinrich: *Tratado de derecho penal. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1981, Vol. I, pp. 194-201.

al declarar, de conformidad con el Fiscal Supremo, que la determinación alternativa es un instituto procesal alternativo al *in dubio pro reo*, que opera cuando no hay correspondencia entre los elementos fácticos y normativos, y sólo cuando de los debates se comprueba que los hechos merecen una calificación de menor gravedad(689). Decimos que esta postura es parcialmente coincidente con la sostenida en Alemania, porque en ese caso no se trata de que el autor ha cometido uno de entre dos o más delitos posibles, sino que de autos fluye que la conducta típica inequívocamente es distinta a la propuesta por el Fiscal.

5. Como es de observarse, la "determinación alternativa" germana tiene una relación más intensa con el Derecho penal material, pero esa relación se plantea a partir de sensibles problemas de insuficiencia probatoria respecto del tipo penal objeto de acusación. No es un problema, como el caso típico de la "desvinculación", derivado de una diferente opción por el Tribunal en orden a la tipificación del hecho acusado y declarado probado en la sentencia. En rigor, constituye el reconocimiento excepcional a una facultad del órgano jurisdiccional de apartarse del delito acusado a fin de evitar una absolución indebida y la aplicación en su caso del *ne bis in idem*, tal como ha sido declarado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el "caso Loayza Tamayo"(690).

Siendo así, desde la perspectiva procesal, ello exigirá, por mor del derecho constitucional de defensa y de los principios del contradictorio y acusatorio, no sólo que el Tribunal previamente advierta a las partes la posibilidad de la calificación alternativa, a fin de que se pronuncien al respecto y, en su caso, puedan ofrecer la respectiva prueba, sino también que tal planteamiento se haga en un momento procesal oportuno y compatible con un idóneo reordenamiento del debate.

C. Posición del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, en el Asunto Rutaldo Elmer Alejo Saavedra, consideró: 1° Que resulta un imperativo inexorable que, para los efectos del procesamiento y sanción penal, se debe observar el principio de concordancia entre la acusación y la determinación del tipo penal (habrá querido decir "correlación"), pues en él reside la garantía de que toda persona contra quien recae un cargo incriminatorio puede orientar su defensa a partir de argumentos específicamente dirigidos a neutralizar dichas imputaciones (Fundamento Jurídico 2°.b). 2° Que al condenarse a un imputado por un

(689) Exp. N° 4044-2000, Huánuco (*Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 5, Trujillo, 2001, pp. 210-221).

(690) *Vid.* SCIDH de 17 de setiembre de 1997.

delito distinto del acusado se vulnera su derecho de defensa, porque este se basó en el delito acusado no en el que fue materia de condena (Fundamento Jurídico 2°.c).

En puridad, el Tribunal Constitucional acoge una noción amplia de objeto procesal. Esta concepción ha sido reiterada por dicho alto Tribunal en el Asunto César Humberto Tineo Cabrera. Allí estableció: 1° Que el derecho de defensa no se respeta cuando, al variarse el tipo penal por el que un imputado venía siendo juzgado, se le impidió que pueda ejercer eficazmente su defensa, en tanto esta se encontraba destinada a probar que no era autor de un ilícito penal determinado, mientras que fue condenado por otro, que aunque del mismo género, sin embargo, no fue objeto del contradictorio (Fundamento Jurídico 18). 2° Que, por tanto, el Tribunal no puede, sin riesgo de afectar el derecho de defensa y el debido proceso –en concreto, la exigencia del conocimiento previo de la acusación formulada en su contra–, pronunciarse más allá de los términos de la acusación formulada en contra del imputado en el curso del proceso y, de esa manera, sin que tenga la posibilidad real y efectiva de defenderse de los cargos que se le imputan (Fundamento Jurídico 19). Asimismo, en el Asunto Martha Luz Guerra Carrasco, reitera que constituye una exigencia del derecho de defensa la necesidad de respetar la invariabilidad del delito acusado en relación al delito condenado, pues en ese caso al imputado se le niega la oportunidad de defenderse como corresponde e, internamente, se vulnera la necesaria congruencia entre los términos de la acusación fiscal y el pronunciamiento jurisdiccional (Fundamentos Jurídicos 4 y 8).

Empero, en el Asunto Marcial Mori Dávila, el Tribunal matiza su posición, al sostener que la variación de la tipificación efectuada por el órgano jurisdiccional –del art. 297°.7 CP, propio de la acusación fiscal, al art. 296° CP– no causó indefensión al recurrente en tanto el delito objeto de condena –que es el tipo genérico o básico– fue un delito menos grave que pertenece a la misma familia delictiva, y esencialmente no impidió que el imputado pudiera ejercer eficazmente su defensa, tanto es así que con su ejercicio se desvirtuó la modalidad agravada y sólo fue sancionado por el tipo base. Como se advierte, todo lo contrario se anotó en el Asunto Alejo Saavedra.

D. Evaluación general

Aquí es de tomar en consideración un punto referente a los alcances de los principios acusatorios y de contradicción. Al respecto, ARMENTA DEU sostiene que el primero dice de la exigencia de acción penal y de la posición imparcial del órgano enjuiciador, mientras que el principio de contradicción

se refiere al derecho a conocer la acusación y a la prohibición de indefensión[691]. Sin duda, el fundamento del principio acusatorio es garantizar la imparcialidad del juez, no propiamente el contradictorio de las partes, lo cual sin duda exige determinar los poderes que cabe atribuir al juzgador y configurar su concreto ejercicio en orden al mantenimiento de su posición de imparcialidad[692]. El principio de contradicción, en palabras de BELING, exige al Tribunal que tenga en cuenta las alegaciones fácticas y las proposiciones probatorias de las partes, de tal manera que considere verdaderos todos los hechos no discutidos entre las partes y que haga caso omiso de todos los hechos y medios de prueba no alegados por las partes[693].

PEDRAZ PENALVA puntualiza que, en puridad, el derecho a ser informado de la acusación es presupuesto de la garantía genérica de defensa y del debido proceso, así como un imperativo inescindible del principio acusatorio; y, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, Asunto Plissier y Sasso v. Francia, de 25 de marzo de 1999), afirma que tal exigencia es una condición esencial de la equidad del procedimiento, para lo cual en materia penal se requiere una información precisa y completa de los cargos que pesan contra un acusado, lo que incluye la calificación jurídica –en realidad, la razón jurídica de la imputación– que los Tribunales pudieran presentar en su contra[694].

En rigor, los principios acusatorio y contradictorio son complementarios. Siguiendo a ASENCIO MELLADO, el primero, asociado al axioma *nemo iure sine actore*, identifica todos los datos o elementos necesarios para individualizar la pretensión penal: son el hecho delictivo (suceso histórico o acontecimiento que en su esencialidad, y con referencia a una norma jurídica, es capaz de producir consecuencias punitivas) y la persona del imputado. El segundo, en cuanto se integra al derecho de defensa, cuida que el acusado

---

(691) ARMENTA DEU, Teresa: *Principio acusatorio y Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 33-34.

(692) ORTELLS RAMOS, Manuel: *El proceso penal abreviado. Nueve estudios*, Comares, Granada, 1997, p. 200.

(693) BELING: *Derecho procesal penal*, cit., p. 26.

(694) PEDRAZ PENALVA: *Derecho Procesal Penal*, cit., T. I, pp. 250-251. El principio acusatorio, insiste el mencionado autor, no permite que nadie pueda ser condenado por un hecho del que antes no se le ha advertido que se le imputaba, lo cual a su vez descansa en el derecho de defensa, que se vulnera si, al desconocer un motivo de acusación determinante de la condena, no se permitió al imputado introducir los elementos de descargo y practicar eventualmente los medios probatorios adecuados a fin de acreditar su inocencia (*loc. cit.*, pp. 262-263).

pueda manifestarse y producir todas las pruebas que estime necesarias para su interés respecto de ese objeto en su conformación inicial y sucesiva(695).

Ahora bien, es de hacer una pregunta clave para evaluar las doctrinas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema: En verdad, ¿existe una absoluta diferencia entre la jurisprudencia de la Corte Suprema y la desarrollada por el Tribunal Constitucional? Creo que, desde una perspectiva amplia –sobre todo a partir del Asunto Marcial Mori Dávila– no hay oposición manifiesta al respecto. Más bien conceptúo que ha operado una profundización de cara al derecho de defensa y, en buena cuenta, una complementariedad; y que, en rigor, el Tribunal Constitucional cubre un vacío esencial en la doctrina del Supremo Tribunal, referido al derecho de defensa, concretado en la interdicción de la sorpresa???, vinculado por consiguiente al principio de contradicción y no necesariamente al principio acusatorio, aunque ambos constituyen principios derivados de la garantía genérica de defensa en juicio. Dice al respecto ASENCIO MELLADO, que el derecho a la información de la acusación es un requisito ineludible para dar vigencia al principio de contradicción, para que el proceso adopte aquel contenido dialéctico que le es consustancial(696).

El Tribunal Supremo considera la preservación del derecho de defensa como un elemento esencial que integra el instituto de la desvinculación, pero no había problematizado –o llevado a sus últimas consecuencias– su aplicación en los casos concretos. Creo que aquí reside el aporte del Tribunal Constitucional, aunque oscurecido por la parquedad de su razonamiento jurídico, por la hipervaloración de la identidad de la calificación jurídica entre la tipificación fiscal y la judicial en la sentencia, y por la ausencia de soluciones jurisprudenciales desde la Constitución, lo que finalmente impide trazar con claridad algunos lineamientos generales.

Debe quedar claro, como apunta LEONE, que el imputado tiene un derecho fundamental expresamente reconocido: el derecho de conocer la acusación; y como correlato a este derecho, en tanto expresión fundamental del principio del contradictorio, se ofrece la "inmutabilidad de la imputación", que es una institución que se desdobla en dos reglas esenciales, en cuya virtud el juez puede dar al hecho imputado una definición jurídica diferente, pero no puede modificarlo(697). Pero no solo ello, sino que cuando

---

(695) ASENCIO MELLADO, José María: *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1991, pp. 70 y 94.

(696) ASENCIO MELLADO: *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, cit., p. 95.

(697) LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. I, pp. 390-392.

considere, como consecuencia de lo anterior, acudir a otro tipo penal, tal modificación de la vertiente jurídica, de suyo implica la variación de la estrategia defendida, lo que a su vez exigirá –si ella no es implícita a la nueva ordenación típica– su previo conocimiento por la defensa para garantizar el contradictorio.

La desvinculación es obviamente posible, aunque siempre es vista como facultad excepcional y, por ende, de aplicación restrictiva por el órgano jurisdiccional. Así lo reconoce la doctrina procesalista y, por ejemplo, la jurisprudencia española. El principio acusatorio en relación con el derecho de defensa (proscripción de la indefensión) sustentan una posición firme al respecto.

Una de las notas esenciales del principio acusatorio es la relativa vinculación del tribunal a los hechos y a las pretensiones de las partes (así GIMENO SENDRA y ASENCIO MELLADO). Se trata de identidad de hechos o circunstancias entre acusación y sentencia; esto es, *identidad del hecho histórico*. Como dice MORENO CATENA, para tal consideración habrá de existir homogeneidad o similitud de la actividad y del bien jurídico[698].

El Tribunal Constitucional español ha señalado:

1° Que "... la efectividad del principio acusatorio exige, *para excluir la indefensión*, que el hecho objeto de la acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya el supuesto fáctico de la calificación de la defensa. La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de la condena y objeto de la acusación (...), siendo inocuo el cambio de calificación si existe homogeneidad, entendida como identidad del bien o interés protegido en cuanto haya una porción del acaecer concreto o histórico común en la calificación de la acusación y en la de la sentencia" (STC N° 134/1986).

2° Que "... el Juzgador está prohibido de excederse de los términos en que viene formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no han sido objeto de consideración de la misma, no sobre los cuales, por tanto, el acusado ha tenido ocasión de defenderse, a no ser que el Tribunal sentenciador los ponga de manifiesto [previamente]; y, de no hacer uso de esa facultad no podrá calificar o penar los hechos de manera más grave de lo pretendido por la acusación, ni condenar por delito distinto, salvo que,

---

[698] MORENO CATENA, Víctor (Dir.): *El proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Vol. III, p. 2375.

respetando la identidad de los hechos, se trate de tipos penales homogéneos" (STC N° 205/1989).

Por tanto, el alcance del principio acusatorio, para la determinación de la fundamentación fáctica del objeto procesal, exige la identidad antes apreciada. ROXIN aclara que el hecho no es fijado estáticamente en la acusación en su identidad y, por tanto, admite ciertas modificaciones en la sentencia, en tanto "(...) únicamente la sustancia del acontecimiento acusado permanezca intacta"[699].

MANZINI expone sobre este punto que: a) existe mutación esencial del hecho acusado cuando los elementos materiales o aun solamente psíquicos que los constituyen, y que deben ser jurídicamente valorados, son distintos y más graves que los especificados en la imputación; b) no hay modificación del hecho, cuando para la nueva definición jurídica el juez toma en cuenta todos los elementos descritos en la acusación, ya cuando solo admite una parte de ellos, estando la parte comprendida en el todo; y, c) tampoco se presenta una mutación cuando el juez cambia los elementos secundarios, que no constituyan concretas circunstancias agravantes, o de simple modalidad, de forma que no dejen incertidumbre alguna sobre el objeto de la imputación ni quiten al imputado ningún conocimiento necesario para su defensa[700].

Cabe recordar que en el proceso penal eurocontinental, cuyas bases seguimos, el órgano jurisdiccional tiene a su cargo la potestad de dirigir el juicio oral, el poder de introducir –dentro de los hechos objeto de imputación– pruebas *ex officio*, y dentro de ese marco y potestades dictar la sentencia que corresponda; asimismo, como consecuencia de lo anterior, se le reconoce un concreto ámbito de poder oficial para determinar la calificación jurídica del hecho imputado. Ello, como expone ORTELLS RAMOS, no lesiona el acusatorio ni introduce un factor de prejuicio, dado que la única implicación activa del juzgador, absolutamente indiscutible, es la del ejercicio de su potestad de juzgar, que comprende la determinación de los hechos ciertos y la aplicación de la norma, proclamando el efecto jurídico que de ello derive[701].

---

[699] ROXIN: *Derecho procesal penal*, cit., p. 161. LEONE (*Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 392), en esa línea puntualiza que "diferente definición jurídica del hecho significa que el hecho continúa inalterado o hasta reducido (es decir, eliminados algunos elementos o circunstancias); pero que el juez reconduce tal hecho a una hipótesis de delito distinta de la imputada".

[700] MANZINI, Vincenzo: *Tratado de Derecho procesal penal*, EJEA, Buenos Aires, 1953, T. IV, pp. 361-368.

[701] ORTELLS RAMOS: *El proceso penal abreviado. Nueve estudios*, cit., pp. 201-203.

2. En cuanto a la fundamentación jurídica, en el ámbito del *título de condena*, es de acotar que la identidad de calificación entre acusación y sentencia –para los efectos de la vigencia del principio acusatorio– es parcialmente irrelevante, aunque es de tener en cuenta que la calificación jurídica del hecho condiciona su apreciación en cuanto a la concreción del bien jurídico vulnerado.

El principio *iura novit curia*, al dar cabida a diferentes calificaciones jurídicas del hecho acusado, debe matizarse incorporando como límite la existencia de homogeneidad –que no identidad matemática o absoluta– entre lo tipificado en la acusación y lo fijado en el fallo, siempre y cuando, como apunta la Casación argentina, el imputado haya tenido puntual noticia del hecho atribuido y pudo ejercer su defensa respecto de la calificación seleccionada en definitiva (CNCP, Sala I, de 30 de octubre de 2000)[702].

El título de condena afecta al principio contradictorio (el principio acusatorio queda constreñido únicamente a los hechos imputados). La calificación jurídica no es ajena al debate contradictorio, el cual también incluye, conjuntamente, los hechos imputados por el Fiscal. Desde esta última perspectiva, entonces, una tipificación distinta, con los límites del bien o interés jurídico homogéneo, exigirá que el Tribunal invite a las partes a su debate jurídico, pues de otra forma existiría fallo sorpresivo con vulneración del elemento: derecho a conocer la acusación, propio del derecho de defensa.

3. Desde esta misma perspectiva, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, Asunto Delcourt v. Bélgica, de 17 de enero de 1970) estableció que ambas cuestiones: el hecho y su calificación, forman parte del contenido del art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos: derecho a un juicio equitativo sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal (la acusación no solo debe estar bien fundada en los hechos, sino en el Derecho). En el Asunto Deweer (STEDH de 27 de febrero de 1980), recordando la doctrina sentada en el fallo anterior fija como pauta conclusiva que el sujeto pasivo de una acusación ha de poder conocer y contradecir en el juicio, tanto el fundamento fáctico, como la justificación jurídica de la misma, de modo que infringiría los derechos del art. 6° la sentencia que se pronunciara sobre una acusación respecto a la cual lo anterior no hubiera sido previamente garantizado. En el Asunto Adolf (STEDH 19 de diciembre de 1989), mencionó como derecho involucrado "el Derecho a ser informado detalladamente de la naturaleza y causa de la acusación". Finalmente, en el Asunto Colak v. Alemania (STEDH de 6 de diciembre de 1988) se consideró necesario que toda posible variación de la tipificación del hecho delictivo

---

(702) D'ALBORA: *Código Procesal Penal de la Nación*, cit., p. 871.

objeto de acusación debe ser previamente comunicada a la defensa, y que el Tribunal no necesariamente en la sentencia puede fallar de acuerdo con la tesis propuesta *ex officio* por él mismo –posibilidad que inclusive no presenta objeción alguna desde la perspectiva de la imparcialidad judicial–, aunque debe hacerlo fundándose solo en los resultados de las sesiones del juicio.

4. VERGER GRAU, siguiendo a ASENCIO MELLADO y ALMAGRO NOSETE, al entender que toda modificación de la vertiente jurídica conlleva necesariamente la variación de la estrategia defensiva (¡esa es la tesis de nuestro Tribunal Constitucional!), postula –a semejanza del art. 265°.1 OPP alemana[703]– que el Tribunal necesariamente debe ilustrar al imputado sobre el posible cambio de tipificación, dándole oportunidad de defensa[704]. Esta técnica procesal, puntualiza SCHLÜCHTER, se utiliza para evitar que, siendo un mismo hecho procesal, al no poder variar la tipificación, se le ponga la excepción procesal de cosa juzgada. En tal virtud, tal variación ha de ser indicada en cuanto a los cambios posibles del punto de vista jurídico, siempre que ello sea conocido[705].

GIMENO SENDRA realiza seguidamente dos acotaciones: 1° Que la sujeción de la condena a la acusación, sin embargo, no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio. 2° Que para constatar que se han infringido los arts. 139°.3 y 14 Const. no es decisiva la falta de homogeneidad formal entre objeto de acusación y condena, sino la efectiva constancia de que hubo elementos esenciales de la calificación final, que de hecho no fueron ni pudieron ser plenamente debatidos.

RIFÁ SOLER y VALLS GOMBAU sostienen –asumiendo una posición más flexible– que en tanto se respete el límite de la homogeneidad entre delito acusado y delito condenado, para desvincularse no será necesario plantear la tesis cuando: a) la condena impuesta sea por un delito de igual o menor gravedad que el señalado en la acusación; b) exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación

---

[703] *Art. 265° OPP República Federal de Alemania (Modificación de la calificación penal). Inc. 1°*: "El acusado no puede ser condenado en virtud de otra ley penal que la mencionada en la acusación admitida judicialmente sin que previamente se le haya indicado específicamente la modificación de la calificación y se le haya dado la oportunidad de defenderse".

[704] VERGER GRAU, Joan: *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 142.

[705] SCHLÜCHTER: *Derecho procesal penal*, cit., p. 83.

y declarado probado, constituya el supuesto fáctico de la calificación de la sentencia; c) todos los elementos fácticos del segundo tipo aplicado por el juez estén contenidos en el tipo delictivo objeto de la acusación: y, d) el delito acusado y el delito condenado sean de la misma naturaleza, o bien homogéneos por tratarse de tipos penales cuyo supuesto fáctico sea sustancialmente el mismo(706). La libertad del órgano jurisdiccional está limitada por el respeto al derecho de defensa del imputado, el mismo que –según apuntan CALDERÓN y CHOCLÁN– exige que en el proceso penal se haya podido debatir la total significación jurídica del hecho acusado(707).

El fallo de nuestro Tribunal Constitucional, a fin de darle un sentido muy delimitado, se circunscribió a cuestionar que en la variación de la tipificación llevada a cabo por el Tribunal Superior se incorporaran de oficio elementos normativos que no fueron objeto de debate contradictorio, lesionándose irrazonablemente la defensa del imputado.

Es de acotar, siempre siguiendo a GIMENO SENDRA, que el juego del principio acusatorio y del derecho de defensa impide que la sentencia –sorpresivamente– condene por un delito más grave que el objeto de acusación, aprecie agravantes o formas de ejecución y participación más gravosas que las planteadas por la acusación, y también que condene por delito distinto que no sea homogéneo, en el sentido que contenga elementos que no hayan sido objeto de debate y de los que el acusado no haya podido defenderse(708). Esta imposibilidad, empero, se superará en la medida en que el Tribunal plantee la "Tesis" y propicie un debate contradictorio al respecto.

E. Congruencia y determinación de la pena

También la congruencia tiene que ver con la determinación de la pena, esto es, si la pena pedida por el Ministerio Público –el *"petitum"* de la pena– tiene eficacia delimitadora del objeto del proceso penal. La doctrina procesalista mayoritariamente considera que la pena solicitada por el hecho causado no puede ser reputada como un elemento esencial de la pretensión punitiva, que se concentra en el sujeto, en el hecho y en su calificación, de modo que la modificación de oficio por el Tribunal de la pena pedida por las partes no se opone al principio acusatorio(709). Se agrega que la medición de

(706) RIFÁ SOLER, José María y VALLS GOMBAU, José Francisco: *Derecho procesal penal*, Iurgium, Madrid, 2000, p. 262.

(707) CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO: *Derecho procesal penal*, cit., p. 424.

(708) GIMENO SENDRA *et al.*: *Los procesos penales*, cit., T. 5, pp. 694-695.

(709) Por todos: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO: *Derecho procesal penal*, cit., p. 426.

la pena responde al principio de legalidad, el cual es el único límite para el juzgador, quien puede imponer la pena en los límites de la señalada para el delito objeto de acusación.

Empero, es del caso incluir una delimitación al poder del Tribunal para fijar una pena más grave que la pedida por el Fiscal. En acatamiento de la exigencia constitucional de motivación (art. 139°.5 Const.) el órgano jurisdiccional habrá de motivar específicamente, no solo el precepto que sirva de apoyo al incremento de la pena, sino también las razones que la justifican. Es decir, resulta necesario una especial motivación al respecto, cuya ausencia vulneraría el derecho a la tutela jurisdiccional, tal como, por ejemplo, lo tiene declarado el Tribunal Constitucional español en las Sentencias N° 59/2000, de 2 de marzo de 2000, y N° 122/2000, de 16 de mayo de 2000.

En el último fallo invocado, obra un voto singular de dos Magistrados, que consideran que la posibilidad de agravar de oficio la pena, imponiendo una por encima del requerimiento fiscal, excede el principio acusatorio. Consideran dichos Magistrados que desde la perspectiva del requisito de imparcialidad se lesiona la posición constitucional del juzgador cuando actúa *ex officio*, pues ello implica terciar espontáneamente en el debate y evitar que las partes tengan la oportunidad real de debatir esa "tercera posición", rompiendo su hieratismo o su indiferencia institucionales. Esta posición, por lo demás, fue aceptada en un aislado caso por el Tribunal Supremo español (STS de 7 de junio de 1993), posteriormente modificada por una Sentencia del Pleno de dicho Tribunal. Anotó en esa oportunidad la Sala de lo Penal que, en aras de lograr en el seno del proceso penal –conforme al principio acusatorio– una mayor protección de las garantías del inculpado, la función individualizadora de la pena que corresponde al órgano jurisdiccional tiene su techo en la pena pedida en la acusación, pues de lo contrario se actuaría sorpresivamente, sin conocimiento de las partes, privándolas de este modo de su derecho de alegar al respecto[710].

Tal vez la respuesta más contundente a esa postura ha sido proporcionada por DÍAZ CABIALE. Dicho autor anota que "impedir que el órgano jurisdiccional pueda modificar la pena al alza conlleva el craso error de entender que en el proceso penal resulta esencial el *"petitum"*, identificado éste con la cuantía de la pena, sin tener presente que en este proceso la elaboración del concepto de la pretensión no responde a la titularidad de las partes sobre el

---

[710] *Vid.* MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*, Comares, Granada, 1994, pp. 88-89.

«ius puniendi», sino a una construcción técnica derivada de la elaboración artificial de un proceso de partes que pretende salvaguardar la imparcialidad del órgano jurisdiccional"[711].

F. Conclusiones provisionales

Sobre la base de la inalterabilidad del hecho penal acusado e, inclusive, cuando existe alteración parcial del "hecho acusado", la desvinculación será posible si el Tribunal, para garantizar el principio de contradicción, invita a las partes (a esto se denomina procesalmente "plantear la Tesis") a pronunciarse sobre este punto. También podrá alzarse la exigencia de plantear la Tesis, si una de las partes postula el cambio de tipificación y ello ha sido de conocimiento de las demás partes, de modo que han tenido oportunidad de debatir y fijar posición al respecto. Con esto último, se supera la objeción al detrimento del derecho de defensa, en su ámbito de "previo conocimiento de los cargos". En todo caso, como ha precisado la Corte Suprema –y en la medida en que se cumplan los requisitos ya indicados–, si el Tribunal de instancia considera necesario cambiar la tipificación del delito, debe hacerlo y no absolver por el delito acusado y condenar al imputado por el delito que estima fue el que se perpetró[712].

El tema más conflictivo, asumiendo esta posición, es si la "Tesis" debe ser asumida por el Fiscal, cuando el Tribunal plantee la posible nueva tipificación. Sobre el particular, la reciente jurisprudencia ordinaria española considera imprescindible tal situación, en homenaje al principio acusatorio[713]. El fundamento aparente de esa doctrina descansa en dos razones: 1) Que el tribunal no puede asumir la función de acusador y, por tanto, la "tesis" sólo tiene eficacia ilustrativa para las partes acusadoras, pero el tribunal no puede acogerla si estas previamente no la asumen; y, 2) Que el acusado ha de conocer previa y suficientemente la acusación, y poder defenderse frente a ella con plenitud de medios y garantías[714].

Sin embargo, la doctrina procesalista estima que ello no es así, pues importaría introducir un elemento que es ajeno a la identidad objetiva del

---

(711) DÍAZ CABIALE, José Antonio: *Principio de aportación de parte y acusatorio: La imparcialidad del juez*, Comares, Granada, 1996, p. 386.

(712) Ejecutoria Suprema de 20 de septiembre de 1991, Exp. N° 991-91, La Libertad (*Normas Legales*, T. 216, mayo, Trujillo, 1994, pp. J11-J12).

(713) MARTÍNEZ ARRIETA: *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*, cit., pp. 73-74.

(714) ORTELLS RAMOS: *El proceso penal abreviado. Nueve estudios*, cit., p. 166.

hecho punible, centrado en la calificación jurídica, de lo que seguiría que, si las partes no aceptan la "Tesis", condicionarían la actividad del tribunal(715). Además, no se puede confundir acusación con la posición alternativa del tribunal frente a un hecho concreto ya deducido en el proceso por la parte acusadora.

(715) *Vid.* GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 218.

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, fuente y medio de prueba: 1. Elemento de prueba. 2. Órgano de prueba. 3. Fuente y 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. **VII.** Protección de órganos de prueba: 1. Ámbito de aplicación. 2. Las medidas de protección. 3. Presupuesto para la aplicación de medidas de protección. 4. Características de las medidas de protección. 5. Estructura de apoyo al sistema de protección. 6. Las medidas de protección en las demás normas sobre colaboración.

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. CARNELUTTI dice, al respecto, que "el conjunto de las normas jurídicas que regulan el proceso de fijación de los hechos controvertidos, constituye, pues, la *institución jurídica de la prueba*. Estas normas establecen una primera y más amplia obligación del Juez, de

---

(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.

contenido negativo: *obligación de no poner en la sentencia hechos discutidos que no hayan sido fijados mediante alguno de los procesos queridos por la ley*"[2].

El proceso penal, como se sabe, es el marco formal que permite dilucidar la aplicación del *ius puniendi* y solo a través de él debe descubrirse 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[3].

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 están condicionados 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[4]. En primer lugar, es la *base de la administración de justicia*, pues sin prueba no es posible reconstruir 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) CARNELUTTI, Francesco: *La prueba civil*, Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 44-45.

(3) CAFFERATA NORES, José Ignacio: *La prueba en el proceso penal*, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 4.

(4) 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[5] 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[6]. Cabe aclarar que si bien, como dato de principio, la finalidad de los actos de investigación no es la fijación definitiva de los hechos para que trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, le corresponde proporcionar los elementos necesarios para la acusación y defensa, así como para la dirección del debate contradictorio por el juzgador[7].

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,

---

(5) MANZINI, Vincenzo: *Tratado de Derecho procesal penal*, EJEA, Buenos Aires, 1952, T. III, pp. 198-199.

(6) GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1996, pp. 367-368.

(7) RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo: *Derechos fundamentales y garantías indivisibles en el proceso penal*, Comares, Granada, 2000, p. 449.

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[8].

En vista que el proceso penal nacional, desde la perspectiva constitucional, reconoce una etapa de investigación o instrucción al amparo de los arts. 158°.4 y 166° de la Ley Fundamental (es de recordar que la Constitución en dos artículos denomina a esta etapa con el vocablo de "instrucción", arts. 100° y 118°.21), de cariz reservada (arts. 73° del Código de 1940 y 99° del Código de 1991); y, otra fase de enjuiciamiento, eminentemente pública, que le da razón al proceso judicial mismo, según reza el art. 139°.4 de la Constitución y prescriben los arts. 207° del Código de 1940 y 268° 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 estos se dividen en actos de investigación, típicos de la instrucción, y actos de prueba, propios del debate oral. Esta obvia diferenciación, empero, no ha sido entendida y asumida por el Supremo Tribunal, tal vez por el tenor, absolutamente cuestionable, del art. 280° del CPP [9], que entre otras muchísimas decisiones tiene declarado que los "medios probatorios que se han actuado en las etapas del proceso penal –instrucción y juzgamiento–, conllevan a

---

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

[9] El art. 280° del CPP 1940 establece: "La sentencia que ponga término al juicio deberá apreciar la confesión del acusado y demás pruebas producidas en la audiencia, así como los testimonios, peritajes y actuaciones de la instrucción". Esta norma debe de concordarse con los arts. 72°, 253° y 262° del indicado Código, pero a su vez deben ser recusadas como directa derivación de la cláusula del debido proceso y la del derecho de inocencia, reconocidas en la Constitución y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La lógica contradictoria del procedimiento, la real valoración y primacía del juicio oral, así como la efectiva garantía del derecho de defensa del imputado necesariamente han de reconducir nuestros conceptos procesales. Según lo que se tiene expuesto, cualquier frente de información no es prueba; tal calificación jurídica sólo puede ostentarla aquella diligencia llevada a cabo en presencia del juez y con la activa participación igualitaria de las partes, siempre que no vulneren los derechos individuales y las normas ordinarias dictadas en garantías de la efectiva participación de las partes.

afirmar categóricamente que no se encuentra acreditada la comisión del delito (...)" [10].

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[11]. 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.

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. Solo 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. 2°.24. 'e' Const.).

---

[10] Ejecutoria Suprema de 27 de septiembre de 1999, Exp. N° 103-99, Callao (CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner y VALLADOLID ZETA, Víctor: *Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima, 2002, p. 309).

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

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. 211° y 226° 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. 157° 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. 168° 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[12].

---

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

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 ambas 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. 253°); y, 2. De la prueba instrumental (art. 262°), 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 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. 259°).

Adicionalmente, a tono con el alcance inusitado con que fue regulada la etapa de instrucción por el art. 72°, se permite la apreciación al juez de fallo de "...los testimonios, peritajes y actuaciones de la instrucción" (art. 280°, 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[13].

Los actos de prueba, para ser tales, exigen al decir de GIMENO SENDRA[14], 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 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. 139°.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 TOMÉ 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[15].

---

(13) MIRANDA ESTRAMPES: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 102.

(14) GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 374-375.

(15) 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 Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 445.

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 día al órgano jurisdiccional de enjuiciamiento. Estos dos cometidos concretos del aseguramiento de la prueba, apunta GIMENO SENDRA[16], definen los supuestos de prueba anticipada y prueba preconstituida, que sin embargo –recuerda ALMAGRO NOSETE[17]– 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 haya fijado progresivamente el campo propio de la prueba válida, suficiente y regularmente obtenida, capaz de enervar la presunción de inocencia[18].

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[19]. *Prueba preconstituida* es aquella prueba practicada tanto antes del inicio formal del proceso penal –en la denominada fase preprocesal– como en la propia fase de investigación, realizada siempre con las garantías constitucionales y

---

(16) GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 375.

(17) 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, Madrid, 1992 (Cuadernos de Derecho Judicial), pp. 24-25.

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

(19) 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.

legales pertinentes, y en la medida en que sean de imposible o de muy difícil reproducción[20].

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. 8°.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 en 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 solo 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. 262° del Código de 1940 y 283° 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, por otro, impedir

---

[20] HERNÁNDEZ GIL: "La prueba preconstituida", cit., p. 84.

que, a través del principio de examen de oficio de la prueba documental, pueda introducirse, en calidad de prueba, todos los actos de investigación que naturalmente quedan plasmados en las oportunas actas[21].

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 solo el principio de igualdad de armas, sino esencialmente el de contradicción. El Código de 1991 no trae innovaciones sobre el particular; el art. 264° 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. 283° fue 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 al carecer de los requisitos de inmediación y contradicción que diferencian un medio de prueba de un mero acto de investigación, aunque en la actualidad tal declaración debe ser matizada en cuanto a los datos objetivos y verificables. Señala Burgos Ladrón de Guevara[22], 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*.

---

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

[22] 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[23]. 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[24]. Así las cosas, ha puntualizado la Corte Suprema que: "El análisis serio de los actuados y documentos, Parte Policial y Atestado es fundamental y decisivo para establecer la real situación jurídica de los procesados, no siendo suficiente que el Tribunal se haya inclinado hacia el dicho de los acusados sin agotar el análisis de los elementos concurrentes y concomitantes, especialmente los actuados que se hubieran cumplido con asistencia del Ministerio Público"[25]. No obstante ello, debe quedar claro, como lo ha confirmado el Tribunal Constitucional español (STC N° 51/1995, de 23 de febrero de 1995), que "...las declaraciones vertidas en el atestado policial carecen de valor probatorio si no son posteriormente ratificadas en presencia judicial por los particulares declarantes, o bien, en ausencia de lo anterior, confirmadas por los funcionarios policiales mediante su testimonio en el acto del juicio oral"[26]. Es de aclarar que la exigencia de testimonio judicial, en el acto oral, se excepciona cuando el testigo ha fallecido, o se encuentra en el extranjero, no siendo factible lograr su comparecencia, o bien cuando

---

(23) Así, por ejemplo, ha expuesto la Corte Suprema que la mera incriminación de los agraviados hecha ante la Policía Nacional sin representante del Ministerio Público no es suficiente para condenar al acusado (Ejecutoria Suprema de 15 de setiembre de 1997, La Libertad [ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia procesal penal (1996-1998)*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, T. II, p. 382]). Asimismo, la Corte Suprema ha precisado que si para los efectos de demostrar la responsabilidad del acusado solo existe en autos el atestado policial, resulta insuficiente para acreditar la responsabilidad de un acusado, puesto que el atestado constituye una denuncia para los fines de la apertura del proceso (Ejecutoria Suprema de 31 de julio de 1997, Exp. N° 2046-96, Lima, Gaceta Jurídica [*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2001, p. 175]).

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

(25) Ejecutoria Suprema de 25 de junio de 1990, Exp. N° 1221-87, Lima (*Normas Legales*, T. 298, setiembre, Trujillo, 1993, pp. 382-386).

(26) RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ: *Derechos fundamentales y garantías indivisibles en el proceso penal*, cit., p. 395.

se encuentra en ignorado paradero, habiendo resultado infructuosas las diligencias practicadas para su citación y localización[27].

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[28].

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 profundamente 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[29].

Sin embargo, es de tener en cuenta, que dichos actos no constituyen prueba documental, ni tampoco pueden, al no ser diligencias sumariales, acceder al juicio mediante la lectura prevista por los arts. 262° del Código de 1940 y 283° del Código de 1991, basándose en que se refieren a actuaciones

---

(27) RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ: *Derechos fundamentales y garantías indivisibles en el proceso penal*, cit., p. 394.

(28) RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La prueba en el proceso penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 41-42.

(29) VEGAS TORRES, Jaime: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993, pp. 367-368.

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, en presencia judicial, sus percepciones sobre estados de cosas coetáneos o inmediatamente posteriores a la comisión del delito documentados en el Atestado[30].

B. Legislación nacional

El Código de 1991, en la concordancia de sus arts. 111°-113°, implícitamente volvió al texto originario del art. 62° 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. 118° *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"[31].

La legislación nacional dio dos vuelcos importantes sobre la materia. En un *primer momento*, con la entrada en vigor del Decreto Legislativo N° 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. 62°). Sobre esa base, el 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"[32]. En un *segundo momento*, la Ley N° 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

---

(30) VEGAS TORRES: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., p. 372.

(31) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, N° 341, Lima, 1972, p. 754; también en: ANDÍA CHÁVEZ, Juan: *Repertorio de jurisprudencia penal*, Grijley, Lima, 1996, p. 32.

(32) Ejecutoria Suprema de 13 de agosto de 1985 (*Anales Judiciales*, T. LXXIII, Lima, 1985, p. 242). Otra decisión del Supremo Tribunal insistió en que la declaración policial carece de mérito probatorio alguno, al haberse realizado sin presencia del Fiscal, esto es, sin ninguna garantía legal que dé verosimilitud a la misma (Ejecutoria Suprema de 1° de junio de 1999, Exp. N° 1524-99, Callao [CHOCANO RODRÍGUEZ/VALLADOLID ZETA: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 322-323]).

asistencia del defensor, mantendrán su valor probatorio para los efectos del juzgamiento (art. 72°).

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)[33]. Por otro lado, al amparo de la modificación del art. 61°, dispuesta por el Decreto Ley N° 21895, de 3 de agosto de 1977, 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 están presentes, sencillamente es un acto inidóneo para fundar en él una referencia concreta en un fallo judicial.

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[34]. 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

---

(33) En este sentido el alto Tribunal expresó que: "...La sindicación del agraviado, realizada en sede policial, no configura una mínima actividad probatoria de la que pueda deducirse racionalmente la responsabilidad penal del encausado y menos es suficiente [requisito formal] para destruir la presunción de inocencia" (Ejecutoria Suprema de 13 de octubre de 1999, Exp. N° 2918-99, La Libertad [CHOCANO RODRÍGUEZ/VALLADOLID ZETA: *Jurisprudencia penal*, cit., p. 328]). Esta misma tesitura ha sido reiterada en la Ejecutoria Suprema de 31 de mayo de 2001, Exp. N° 4468-2000, Lima (*Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 8, Trujillo, octubre, 2001, pp. 145-148).

(34) Ejecutoria Suprema de 22 de diciembre de 1988, Exp. N° 755-88, Lambayeque (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 296-298).

del Fiscal Provincial y abogado defensor"[35]. Finalmente, en una Ejecutoria Suprema de 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"[36].

El citado art. 72° *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[37].

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-policías 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. 267° hace mención a la posible lectura de la prueba instrumental, que el art. 252° únicamente comprende a los testigos que han declarado en la etapa de instrucción y que el art. 280° 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 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"[38].

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

---

(35) Ejecutoria Suprema de 24 de julio de 1989, Exp. N° 198-89, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1989, pp. 241-242).

(36) Exp. N° 100/89. Lima (*Normas Legales*, T. 205, junio, Trujillo, 1993, pp. 485-488).

(37) Ejecutoria Superior de Lima de 30 de junio de 1997, Exp. N° 2873-97 (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, Grijley, Lima 1999, p. 313).

(38) 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).

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. 62° 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"[39].

III. OBJETO DE LA PRUEBA

Se entiende por objeto de la prueba los hechos que constituyen el contenido mismo de la imputación[40]. Es aquello susceptible de ser probado; *aquello sobre lo que debe o puede recaer la prueba*[41].

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 de los requisitos del objeto de prueba en relación con un caso particular[42].

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[43].

El art. 192° 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

---

(39) Ejecutoria Suprema de 3 de enero de 1973, Exp. N° 1429-72, La Libertad (*Anales Judiciales*, T. LXV, Lima, 1973, pp. 182-183).

(40) FLORIÁN, Eugenio: *De las pruebas penales*, Temis, Bogotá, 1976, T. I, p. 98.

(41) CAFFERATA NORES: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 22.

(42) FLORIÁN: *De las pruebas penales*, cit., T. I, p. 96.

(43) CAFFERATA NORES: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 22.

ciencia o arte[44]. 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[45]. 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[46]. Tampoco se prueba lo que es objeto de cosa juzgada, en vista de 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. 14°.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 admisible 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. [47].

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:

---

(44) GARCÍA VALENCIA: *Las pruebas en el proceso penal*, cit., p. 100.

(45) DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Teoría general de la prueba judicial*, Víctor Zavalía Editor, Buenos Aires, 1976, pp. 73-74.

(46) MIXÁN MASS, Florencio: *Categorías y actividad probatoria en el procedimiento penal*, BLG, Trujillo, 1996, p. 355.

(47) MIXÁN MASS, Florencio: *La prueba en el procedimiento penal*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1991, pp. 188-189.

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[48].

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. 72° del Código de 1940 y 91° 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. 45° 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. 46° del Código Penal.

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[49].

La prohibición de probar ciertos hechos puede ser absoluta o relativa, según que impida cualquier prueba del hecho, o solo 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

---

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

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

la prohibición de prueba de la verdad de la difamación en los supuestos excluidos del art. 134° del Código Penal[50].

Una prohibición que fluye del art. 79° 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[51].

IV. ELEMENTO, ÓRGANO, FUENTE 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.

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[52]. MANZINI, a su vez, expone que *elemento de prueba* es el hecho y circunstancias en que se funda la convicción del juez [53].

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 lugar, el modo como se obtiene el elemento de prueba, y, en segundo lugar, el modo como se

---

(50) CAFFERATA NORES: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 25.

(51) FLORIÁN: *De las pruebas penales*, cit., T. I, p. 167.

(52) Citado por CAFFERATA NORES: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 14.

(53) MANZINI: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. III, p. 208.

incorpora al proceso. Las ilegalidades sobre el particular serán estudiadas en un capítulo independiente.

C. Relevancia

El elemento de prueba será tal, no solo cuando produzca certeza sobre la existencia o inexistencia del hecho objeto de imputación, sino también cuanto permita fundar sobre este 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.

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. 191° del Código de 1991 y 45° y 46° 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[54].

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[55]. Su función, enfatiza GARCÍA VALENCIA, es trasmitir al juez el conocimiento sobre el objeto de la prueba[56].

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.

---

[54] CLARIÁ OLMEDO, Jorge: *Tratado de Derecho procesal penal*, Ediar, Buenos Aires, 1966, T. V, p. 27.

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

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

3. FUENTE Y MEDIO DE PRUEBA

A. Concepto

Se debe a CARNELUTTI el mérito de haber distinguido entre fuente y medio de prueba, a menudo tan confundidos en la legislación y doctrina procesalista. Señaló dicho autor que *medio de prueba* es la actividad del Juez mediante la cual busca la verdad del hecho a probar, y *fuente de prueba* al hecho del cual se sirve para deducir la propia verdad(57). Siguiendo ese camino, SENTÍS MELENDO tiene expuesto que esta distinción es indispensable para el estudio completo de la prueba; que las *fuentes* son los elementos que existen en la realidad, y los *medios* están constituidos por la actividad para incorporarlos al proceso; que, por tanto, *fuente de prueba* es un concepto metajurídico, extrajurídico o a-jurídico, que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso; mientras que *medio de prueba* es un concepto jurídico y absolutamente procesal; que la *fuente* existirá con independencia de que se siga o no el proceso, aunque mientras no se llegue a él su existencia carezca de repercusiones jurídicas, mientras que el medio nacerá y se formará en el proceso; que buscamos las *fuentes* y cuando las tenemos proponemos los *medios* para incorporarlas al proceso; que la *fuente* es lo sustancial y material, mientras que el *medio* es lo adjetivo y formal(58).

Dicho lo anterior, cuya importancia más saltante se manifiesta hoy en día en el tema de la ilegitimidad en la obtención de las fuentes de pruebas, base de la prueba prohibida y de su inutilización, y, por otro lado, en las nulidades procesales, en especial de las anulaciones de procesos por incompetencia material, conviene precisar, entrando en lo propiamente procesal, que se entiende por *medio de prueba*, con fines estrictamente descriptivos, 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(59).

La ley regula taxativamente los medios de prueba. Indica cómo estos 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 institucio-

---

(57) CARNELUTTI: *La prueba civil*, cit., pp. 70-71.

(58) SENTÍS MELENDO, Santiago: *La prueba*, EJEA, Buenos Aires, 1979, pp. 151-156.

(59) CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 31.

nal", utilizándose analógicamente el medio de prueba que resulte más 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[60].

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 deben 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[61].

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 puede 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[62].

---

(60) CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 32.

(61) MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal argentino*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, T. I-b, pp. 587-588.

(62) CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, pp. 34-35.

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[63], al esfuerzo de todos los sujetos procesales tendiente a la producción, recepción y valoración de elementos de prueba[64].

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.

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.[65].

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,

---

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

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

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

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(66).

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 solo 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 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(67).

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. 14° 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,

---

(66) MIRANDA ESTRAMPES: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 83.

(67) GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 379-380.

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(68).

Bajo esta concepción, la Corte Suprema ha declarado que la prueba de cargo debe ser aportada por el Ministerio Público. En un caso, censuró al Tribunal de instancia, porque "(...) pese a que se señala que la falta de prueba de cargo no ha sido superada, se funda el fallo condenatorio en que los hechos no han sido debidamente esclarecidos por el acusado, invirtiéndose la carga de la prueba y atentándose de esta manera contra la seguridad jurídica que debe primar en todo proceso judicial"(69).

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(70).

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. 225°.5, 227°, 232° y 237°; mientras que, en el Código de 1991, únicamente en la etapa intermedia, con arreglo a los arts. 260°.6 y 264°.

En cuanto a los actos de investigación, fenómeno primario de los actos de aportación de hechos, las 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 in-

---

(68) Rives Seva: *La prueba en el proceso penal*, cit., pp. 30-32.

(69) Ejecutoria suprema de 5 de mayo de 1977, Exp. N° 3438-95, Cusco (Rojas Vargas, Fidel: *Delitos contra la administración pública*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2002, p. 636).

(70) Gómez Colomer, Juan Luis: *El proceso penal alemán*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 171.

vestigación. 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. 191° *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 adecuen 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, a la posibilidad de concurrir, incluso mediata e indirectamente, a la comprobación en curso[71] 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, con la relación correlativamente enumerada de los fundamentos de hecho y los respectivos de derecho que sustentan la decisión (arts. 121°, segundo párrafo, y 122° 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[72] 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 en el proceso se reciba la prueba, como de

---

(71) LEONE, Giovanni: *Tratado de Derecho procesal penal*, EJEA, Buenos Aires, 1963, T. II, p. 181.

(72) MONTERO AROCA, Juan: *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 158-159.

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[73], 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. 266°-267°). 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. 280°). 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[74].

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.

Solo 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. 282° 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

---

(73) BOVINO, Alberto: "El debate", en: MAIER, Julio B. J. (Comp.): *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 181.

(74) CAFFERATA NORES: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 37.

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. 339°).

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[75]. 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[76].

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 tales 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.

---

(75) GARCÍA VALENCIA: *Las pruebas en el proceso penal*, cit., p. 115.

(76) FLORIÁN: *De las pruebas penales*, cit., T. II, p. 5.

Comoquiera 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.

VII. PROTECCIÓN DE ÓRGANOS DE PRUEBA

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El Capítulo IV de la Ley N° 27378, de 21 de diciembre de 2000, instituyó las denominadas "*medidas de protección*"[77], circunscritas al procedimiento por colaboración eficaz para un conjunto de supuestos delictivos especialmente graves, mayormente cuando se cometen con pluralidad de personas y en el ámbito de organizaciones delictivas (*vid.* art. 1°). Los supuestos de la Ley son:

1) Delitos perpetrados por una pluralidad de personas o por organizaciones criminales, siempre que en su realización se hayan utilizado recursos públicos o hayan intervenido funcionarios o servidores públicos o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de estos.

2) Delitos de peligro común (arts. 279°, 279°-A y 279°-B CP), delitos contra la Administración Pública (Capítulo II del Título XVIII del Libro II CP), y delitos agravados (Decreto Legislativo N° 896). Estos delitos, deben haberse cometido por una pluralidad de personas o, al menos, que el agente integre una organización criminal.

3) Delitos contra la Humanidad (Capítulos I, II y III del Título XV-A del Libro II CP), delitos contra el Estado y la Defensa Nacional (Capítulos I y II del Título XV del Libro II CP).

Las normas del referido Capítulo IV se han extendido a los procesos por los delitos establecidos en el art. 11° del Decreto Legislativo N° 922, de 12 de febrero de 2003. Se trata de los: a) delitos de terrorismo, previstos en el Decreto Ley N° 25475, de 6 de mayo de 1992; b) delitos de apología terrorista (art. 316° *in fine* CP, modificado por el Decreto Legislativo N° 924, de 20 de febrero de 2003); c) delitos de lavados de activos (Ley N° 27765, de 27 de junio de 2002), si el agente conoce o puede presumir que el dinero, bienes,

---

(77) Recomendadas por Naciones Unidas. Así Resolución del Consejo de Seguridad 827/1993, de 25 de mayo; Informe del Secretario General de las Naciones Unidas S/25704 y Add. 1 (art. 21 c), dedicadas a la ex Yugoslavia. También admitidas por el TEDH en su Resolución N° 827/1993. Existen tratados de Derecho Internacional Penal que aceptan la protección de los órganos de prueba.

efectos o ganancias procede de la comisión de un delito de terrorismo, o si el agente comete el delito en calidad de integrante de una organización terrorista; y, d) delitos conexos.

De igual manera, el procedimiento por colaboración eficaz se extendió a los delitos de terrorismo y conexos, a los delitos de apología terrorista y a los delitos de lavado de dinero en supuestos de terrorismo, así como a todos los que han cometido otros delitos, pero que puedan brindar información eficaz sobre los delitos antes indicados (arts. 1° y 2° del Decreto Legislativo N° 925, de 20 de febrero de 2003). En consecuencia, también les resulta de aplicación el Capítulo IV de la Ley N° 27378.

Por otro lado, otras leyes anteriores también habían previsto la imposición de medidas de protección. Se trata de la legislación sobre tráfico de drogas (Sección II –Delitos de tráfico ilícito de drogas– del Capítulo III –Delitos contra la salud pública– del Título XII –Delitos contra la seguridad pública– del Libro II del CP), en el marco de un procedimiento por colaboración eficaz (art. 20° del Decreto Legislativo N° 824, de 24 de abril de 1996, y arts. 34° al 36° del Decreto Supremo N° 008-98-JUS, de 15 de octubre de 1998); y, de la legislación sobre delitos agravados –Decreto Legislativo N° 896, de 24 de mayo de 1998, modificados por la Ley N° 27472, de 5 de junio de 2001–, en el marco del Decreto Legislativo N° 902, de 1 de junio de 1998 (arts. 23° al 25°): se trata de los delitos de homicidio calificado, secuestro, violación sexual de menor de catorce años de edad, violación de menor de catorce años seguida de muerte o lesión grave, robo, robo agravado y extorsión (*vid.* arts.108°, 152°, 173°, 173°-A –estos dos últimos delitos de violación sexual fueron modificados por la Ley N° 27507, de 13 de julio de 2001–, 188°, 189° y 200° CP).

2. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Como se sabe, el proceso penal no puede funcionar sin una concreta actividad probatoria. Corresponde al Fiscal aportar, en esencia, la prueba de cargo, con la activa colaboración de la Policía, y frente a ella se reconoce al imputado el derecho a controvertir esa prueba y a realizar una actividad probatoria de descargo, en condiciones de igualdad procesal.

Ahora bien, las transgresiones perpetradas durante la obtención de las fuentes de prueba o ante una actuación de un medio de prueba, tradicionalmente, son sancionadas a través de las nulidades procesales, de la regla de exclusión o sanción de inutilización. Por otro lado, para evitar que las fuentes de prueba sean manipuladas o influidas, la ley estipula un conjunto de mecanismos de protección, tanto sobre los objetos, documentos o bie-

nes –a través de la incautación o secuestro conservativos–, cuanto sobre las pruebas personales: imputados, testigos, peritos y sus allegados, para lo cual instituye lo que se denominan "*medidas de seguridad*", con mayor énfasis para los terceros, esto es, para los testigos y peritos, que son ajenos a los hechos y a quienes se impone el deber jurídico de comparecer y de rendir una declaración de conocimiento sobre los hechos objeto del proceso(78).

La protección de testigos –el *colaborador* puede ser considerado testigo aun cuando también es un coimputado– y de peritos, desde el proceso, importa, de un lado, la necesidad de garantizar su integridad o incolumidad y, de otro lado, superar los problemas de la persecución penal e impunidad de presuntos delincuentes en delitos graves y, en alguna medida, de integrantes de redes criminales.

Las medidas de seguridad, no importan limitación de derechos individuales al imputado, de ahí que no puedan considerarse medidas provisionales con función aseguratoria de la prueba; el *fumus delicti comissi* y el *periculum in mora*, no son aplicables a las medidas de seguridad. Constituyen más bien prestaciones que el Estado realiza a sujetos vulnerables en sede procesal, en función al peligro que se cierne contra la integridad del testigo o perito; su objeto es evitar atentados en contra de ellos, y garantizarles seguridad y tranquilidad, a fin de que puedan cumplir con sus deberes procesales o con los compromisos a los que voluntariamente se sometió. En última instancia, es justo reconocerlo, las medidas de protección no confieren un derecho subjetivo al anonimato del informante (modalidad de medida de seguridad) o a la protección a favor de testigos y peritos, sino apuntan a "la consecución del interés público de control y erradicación de la criminalidad"(79).

3. PRESUPUESTO PARA LA APLICACIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Dice el art. 21° de la Ley N° 27378, que la imposición de una medida de protección procede cuando se *aprecie racionalmente un peligro grave* para la persona (integridad física o personal), libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ellas, su cónyuge o su conviviente, o sus ascendientes, descendientes o hermanos; y, en aplicación del principio de proporcionalidad, prevé el art. 22° de la citada Ley, la medida a aplicar estará en función al grado de riesgo o peligro para la integridad y protección del beneficiado.

---

(78) Cfr., MORENO CATENA, Víctor: "La protección de testigos y peritos en el proceso penal español", en: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y ANARTE BORRALLO, Enrique (editores): *Delincuencia organizada*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, pp. 137-137.

(79) MORENO CATENA: "La protección de testigos y peritos en el proceso penal español", cit., p. 140.

El art. 5° del Reglamento de este Capítulo, Decreto Supremo N° 020-2001-JUS, de 7 de julio de 2001, fija las circunstancias que para el juicio de peligro debe tomarse en consideración: 1) tipo y características de la información brindada; 2) actos de represalia o intimidación que pueda esperarse que se produzcan; y, 3) vulnerabilidad de las personas afectadas.

Señala al respecto FUENTES SORIANO que estas circunstancias reconocen una gran discrecionalidad para su apreciación racional, cuya imposición es posible en tanto se entienda que existe un *peligro grave*, que es la consecuencia de una ponderación previa de los bienes jurídicos protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto –básicamente derecho de defensa– y de las circunstancias concurrentes de los afectados en relación con el proceso[80].

4. CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

1. Los *sujetos amparados* por las medidas son los colaboradores, testigos, peritos o víctimas, así como –dice el último extremo del primer párrafo del artículo 21° de la Ley N° 27378– su cónyuge, conviviente, ascendientes, descendientes o hermanos.

Es de precisar que el *colaborador*, es siempre, un coimputado, en la medida que da información eficaz sobre delitos que conoce y que –en la mayoría de los casos– ha intervenido activamente, cuya declaración en tanto ha sido copartícipe de los hechos, denominada en algunos sectores como "testimonio impropio" –con las prevenciones del caso– no necesariamente puede desdeñarse o considerarse falaz. La única excepción la brinda la legislación sobre terrorismo, en que el colaborador puede ser un delincuente *extraneus* a la organización terrorista, que por diversas circunstancias se entera de lo que sucede alrededor de aquella o de actos concretos, a partir de lo cual procura obtener un beneficio premial.

2. Los *tipos de medidas* de protección están dirigidos a preservar la identidad del protegido, su domicilio, profesión y lugar de trabajo (*vid.* art. 22°, Ley N° 27378). Se trata de medidas específicas y medidas adicionales (*vid.* art. 9°, Reglamento).

Las *medidas específicas* son cinco: 1) *Protección policial*, que se entiende a la persona, al cambio de residencia y a la ocultación de su paradero. 2) *Reserva de su identidad* y demás datos personas en las diligencias procesales, pudiendo utilizar al efecto un número o una clave. 3) *Utilización de cualquier procedimiento* que imposibilite su identificación visual normal en las

---

(80) FUENTES SORIANO, Olga: "La Ley Orgánica 19/1994 de protección de testigos y peritos en causas criminales", en *Revista de Derecho Procesal*, N° 1, Madrid, 1996, pp. 146-147.

diligencias en que se practiquen. 4) *Fijación de domicilio procesal* en la sede de la Fiscalía. 5) Para los funcionarios del Poder y del Ministerio Público, la *protección de sus derechos laborales*. El Reglamento incorpora otras tres medidas de seguridad específicas: 6) *Utilización de procedimientos mecánicos o tecnológicos*, tales como videoconferencias u otros medios adecuados, tendentes a evitar que se ponga en peligro su identidad una vez develada su identidad; 7) Facilitación *de nuevos documentos de identidad* y, de ser el caso, de medios económicos para cambiar de residencia o lugar de trabajo, para lo cual se requieren "*...circunstancias excepcionales y de especial gravedad*" (si se trata del Fiscal Provincial, se requiere aprobación del Fiscal Superior Coordinador y consulta al Fiscal de la Nación, art. 9°. f, Reglamento); y, 8) *Ubicación del colaborador interno en un ambiente* idóneo que garantice su seguridad e integridad física.

Las *medidas adicionales* están previstas en el art. 23° de la Ley N° 27378. Comprenden: a) la *prohibición –y consecuente evitación– de que se tomen fotografías o imágenes* de los protegidos, a fin de evitar su identificación; b) el traslado en vehículos oficiales para las diligencias judiciales; y, c) un *ambiente reservado* en las dependencias judiciales para el uso exclusivo de los protegidos, convenientemente custodiado.

3. Cuando la causa aún no está judicializada, el encargado de dictarlas es el Fiscal, titular actual de la investigación preliminar y del procedimiento de colaboración eficaz en su etapa de corroboración. Cuando la causa está abierta, en sede judicial, corresponde al Juez dictarlas, modificarlas y hacerlas cesar, en su caso (*vid.* art. 23°, Ley; y, art. 6°, Reglamento).

Las medidas de protección se adoptan de oficio o a solicitud del interesado. Al finalizar el proceso de colaboración eficaz y, en su caso, el proceso que dio lugar las informes del colaborador, corresponde al Fiscal –no al Juez– mantener o hacer cesar las medidas de protección, aun cuando hayan sido dictadas por el Juez (*vid.* art. 8° Reglamento).

4. Un principio rector de las medidas de protección es su *variabilidad.* Atendiendo al principio de proporcionalidad pueden modificarse cuando correspondan a las circunstancias del momento. Una atribución excepcional ha sido reconocida a favor del Tribunal Superior –en cuanto órgano del enjuiciamiento– por el art. 24° de la Ley, que prevé la necesidad de decidir, en *primer lugar*, si las mantiene, modifica o suprime, todas o algunas, o si dicta otras nuevas; y, en *segundo lugar*, a solicitud de parte, si levanta la reserva de identidad de los protegidos de cara al juicio oral, en tanto su aporte sea pertinente, levantamiento que sólo se refiere a la facilitación del nombre y los apellidos de los protegidos, "...respetando las restantes garantías previstas en este Capítulo".

El art. 10° del Reglamento estatuye que, durante la etapa intermedia o al inicio del enjuiciamiento, previa solicitud motivada de las partes, la revocación de la reserva de identidad tiene por objeto: 1) Que el protegido pueda ser interrogado o que su declaración se someta a contradicción; 2) Que puedan interponer tachas contra los protegidos, dentro del tercer día de notificadas; y, 3) Que puedan ofrecer nueva prueba tendente a acreditar alguna circunstancia capaz de influir en el valor probatorio de la información proporcionada por el protegido, luego de conocer su identidad.

5. El conjunto de medidas de protección permite entender que algunas de ellas no afectan el desarrollo del proceso, de carácter básicamente extraprocesal, y otras, en cambio, tienen entidad suficiente para lesionar el derecho de defensa del imputado. Entre estas últimas se encuentra, sin duda alguna, la reserva de identidad del colaborador, víctima, testigo o perito. Desde luego, es posible tolerar que se mantenga en secreto la identidad del colaborador durante la etapa de investigación –lo que implicaría no realizar algunas diligencias de instrucción: confrontación, reconstrucción–, pero nunca durante el enjuiciamiento (el presupuesto, obviamente, es que el proceso, para ser constitucional, en su momento declarativo, requiere ineludiblemente de un juicio oral, público y contradictorio), y que una actividad probatoria que respete el principio de contradicción y el de igualdad de armas, debe permitir que un órgano de prueba deba ser conocido por la defensa, a fin de determinar su grado de credibilidad (permitiéndole ofrecer prueba que refute su atendibilidad), y ser pasible de interrogatorio por todas las partes, incluida la defensa.

Si bien es imposible mantener oculto a un colaborador durante la etapa intermedia y el enjuiciamiento, pues lo contrario significaría lesionar gravemente el derecho de defensa constitucionalmente garantizado, la propia Ley permite medidas alternativas de protección adicional, como sería: 1) el uso de la videoconferencia; y, 2) la modalidad del testigo oculto –no secreto– [81] y, para el proceso por terrorismo, siguiendo el modelo germano, la posibilidad de que el imputado se ausente durante la declaración del protegido (art. 12°.10 D. Leg. N° 922). En ambos casos la ley permite, por razones de apoyo psicológico al protegido, declarar en condiciones que impidan un

[81] Como recuerda FUENTES SORIANO ("La Ley Orgánica 19/1994 de protección de testigos y peritos en causas criminales", cit., pp. 157-161), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció la imposibilidad de fundamentar una sentencia en el testimonio anónimo (STEDH Asunto "Windich vs. Austria", de 27 de setiembre de 1990; STEDH Asunto "Kostovsky vs. Holanda", 20 de noviembre de 1989); en cambio, permitió la validez del testigo oculto, que declaró bajo una identidad protegida (STEDH Asunto "Ludi vs. Suiza", de 15 de junio de 1992).

atentado o amenazas directas, pero lo que puede aceptarse es que se oculte la identidad del testigo o que este no sea debidamente interrogado por la defensa. Fuera de los casos de la legislación de terrorismo, puede usarse la modalidad española, aprobada por su Tribunal Constitucional, de que la declaración del testigo se haga de tal modo que se impida que el acusado lo vea, y de ese modo pueda atentar contra él o amedrentarlo públicamente con efectos graves a la incolumidad del testigo[82].

En conclusión, las medidas protectoras, que pueden calificarse, siguiendo a GARCÍA PÉREZ[83], en medidas dirigidas a preservar, salvaguardar y ocultar la identidad del protegido en su *status* personal y profesional, hasta la celebración del juicio oral, y en medidas de protección policial para garantizar la seguridad personal y patrimonial del protegido y de concesión de ayudas económicas excepcionales, en todo caso, no deben perturbar la garantía de contradicción, imprescindible para que alcancen eficacia probatoria las declaraciones o informes sumariales de los colaboradores, lo que se traduce en el levantamiento del anonimato, que puede permitir el eventual incidente de tacha, dado que implícitamente ese mecanismo es típicamente inquisitivo. Lo que debe conocerse es la identidad del protegido, de suerte que una vez conocida se tolera que permanezca oculto en la sesión del juicio oral; lo que se prohíbe es el anonimato. Además, conforme a la STEH recaída en el Asunto "Ingro", de 19 de diciembre de 1991 (que siguió la línea del Asunto "Barberá, Messegué y Jaberdo vs. España", de 6 de diciembre de 1988), tratándose de pruebas personales, lo fundamental es conceder al imputado una oportunidad adecuada y suficiente de contestar los testimonios presentados en su contra, pudiendo en el ejercicio de su derecho de defensa interrogar al testigo en algún momento del proceso, por lo que cabe admitir la eficacia probatoria del testimonio leído en la vista oral de un testigo localizado, siempre que se hubiera podido –en fase sumarial– discutir y contradecir sus declaraciones por parte del inculpado; declaración, agregamos nosotros, que tiene como presupuesto conocer la identidad del declarante –no su domicilio y demás datos para ser ubicado–.

5. ESTRUCTURA DE APOYO AL SISTEMA DE PROTECCIÓN

El Decreto Supremo N° 020-2001-JUS, de 7 de julio de 2001, Reglamento de las medidas de protección de colaboradores, testigos, peritos y

---

(82) MORENO CATENA: "La protección de testigos y peritos en el proceso penal español", cit., pp. 148-149.

(83) GARCÍA PÉREZ, Juan Jacinto: "Criminalidad organizada y protección de testigos y peritos en el proceso penal español", en: AA.VV.: *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial, II), Madrid, 2001, pp. 298-299 y 309.

víctimas, instituyó una estructura administrativa para dar cobertura a las medidas de protección.

En primer lugar, determinó que es la Fiscalía de la Nación, en coordinación con el Poder Judicial y el Ministerio del Interior, la encargada de establecer un sistema integral y programas específicos de protección. El poder de la Fiscalía no es solo para dictar instrucciones generales, sino para proponer normas reglamentarias (Decretos Supremos) adicionales.

En segundo lugar, creó la "Unidad Especial de Investigación, Comprobación y Protección – UECIP" de la Policía Nacional, como órgano adscrito a la Fiscalía de la Nación encargado no solo de la labor de verificación de las informaciones proporcionadas por los colaboradores, sino también para brindar protección a todas las personas indicadas anteriormente. La UECIP, entre otras funciones: a) debe ejecutar o coordinar con otras Unidades Policiales, la ejecución de las medidas de protección; b) someter a consideración del Fiscal de la Nación los Planes y Programas de protección; y, c) informar acerca de la situación de las personas sujetas al programa de colaboración.

6. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN LAS DEMÁS NORMAS SOBRE COLABORACIÓN

El Decreto Legislativo N° 902 –Normas complementarias a la Ley de beneficios por colaboración–, de 1 de junio de 1998, prevé para el colaborador una "seguridad personal" y la "reserva necesaria", con la inclusión de una clave para su identificación, que durará hasta la obtención del beneficio. Además, podrá mantener al colaborador –*solicitante*, según dicha norma–, ya sea en su domicilio o en un ambiente especial, ello atendiendo al grado de peligro para su integridad y derechos.

Asimismo, el Decreto Legislativo N° 824, de 24 de abril de 1996, Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas, estableció en su art. 20° los siguientes beneficios: a) el secreto de la identidad del colaborador –*peticionario*, según dicha norma–, con la asignación de una clave; y, b) traslado a un Centro Especial de Reclusión, durante el proceso de colaboración, para cautelar su vida e integridad física. El Reglamento de beneficios procesales y penitenciarios excepcionales, aprobado por Decreto Supremo N° 008-98-JUS, de 15 de octubre de 1998, establece en el art. 34° que es responsabilidad del Ministerio del Interior velar por la integridad física y la vida de los beneficiados, durante su permanencia en los Centros Especiales de Reclusión, y otorgarle una identidad ficticia, lo que constituye en puridad una tercera medida de protección. De igual manera, bajo la responsabilidad del Ministerio del Interior se le asignará al beneficiado un apoyo económico consistente en pasajes y bolsa de viajes por una sola vez, así como para su

alimentación y salud –que se extenderá a su familia– durante su permanencia en el Centro Especial de Reclusión.

Es de acotar que el peticionario, en el ámbito de la colaboración eficaz en delitos de tráfico ilícito de drogas y agravados, está sujeto a una medida de protección privativa de libertad. Desde luego, su finalidad puntual no es la propia de las medidas provisionales: prevenir la fuga, asegurar la prueba y evitar reiteración delictiva, a consecuencia de los actos o daños que pueda realizar, sino la de protegerlo contra riesgos graves, no superables de otro modo. Otra nota singular de esa medida es que aun cuando el sujeto es un colaborador, también incurrió en delitos graves, lo que permite apreciar al internamiento en un Centro Especial también como una medida con clara función cautelar y no solo de seguridad.

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 jurídicos 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[84].

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. 243° del Código de 1940) o a su culminación (art. 284° 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.

II. LA DECLARACIÓN DEL ACUSADO

1. NATURALEZA JURÍDICA

GÓMEZ ORBANEJA[85] señala, *en primer lugar*, que el interrogatorio del acusado en el juicio viene exigido por el "espíritu de todo el sistema en que

---

(84) En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 392.

(85) GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal penal*, 10ª ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987, pp. 268-269.

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, este no está obligado a declarar, aunque sí a comparecer, y su interrogatorio no es –siguiendo a BELING– un verdadero interrogatorio, sino más bien un permiso para interrogarlo, la declaración del acusado constituye un *medio de defensa*, una ocasión que la ley le da de tomar posición frente a la acusación y las pruebas de que esta 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 cómo 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[86].

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[87]. *La ley no impone al imputado la obligación jurídica de decir la verdad, ni siquiera de responder al interrogatorio.*

La Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8°.2.'g') reconoce al acusado el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. Ello, *en primer lugar*, ha deslegitimado el art. 127° del Código de 1940 que sancionaba el silencio del imputado como un indicio de culpabilidad, así como ha puesto en tela de juicio el art. 245° 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),

---

(86) En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 393.

(87) VIADA, Carlos y ARAGONESES, Pedro: *Curso de Derecho procesal penal*, 3ª ed., Editorial Prensa Castellana, Madrid, 1971, T. I, p. 363.

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[88]. Según la Ley N° 27834, de 21 de setiembre de 2002, solo se deja constancia del silencio del procesado.

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[89]. 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 imputado, 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[90].

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 este. Siguiendo en lo pertinente a VIADA-ARAGONESES[91], 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

---

(88) En: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 456.

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

(90) RIVES SEVA: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 94.

(91) VIADA / ARAGONESES: *Curso de Derecho procesal penal*, cit., T. I, pp. 269-270.

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 del 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[92].

Tres son, al decir de CLARIÁ OLMEDO[93], 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 solo puede indagar sumariamente al proceso –solo 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 solo es instructiva la prestada ante juez competente, no lo es la declaración rendida ante otras autoridades[94]. 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

---

(92) LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, pp. 250-251.

(93) CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. IV, pp. 487-489.

(94) GARCÍA RADA, Domingo: *Manual de Derecho procesal penal*, EDDILI, Lima, 1984, pp. 140-141.

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[95]. 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[96].

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[97].

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. 85° del Código de 1940 y 120° 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[98].

---

(95) LEVENE (h), Ricardo: *Manual de Derecho procesal penal*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1993, T. II, p. 425.

(96) LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 251.

(97) RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El proceso penal. Tercera lectura constitucional*, 3ª ed., J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1993, p. 348.

(98) LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 252.

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. 135° establece que deberá concluirse antes del décimo día de iniciada. El Código de 1991 precisa que la duración del acto que justifica su suspensión solo 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. 124° *in fine*).

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. 122° del Código de 1940 y 118° del Código de 1991). El nuevo Código, art. 119°, 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 viejo Código, 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. 123° 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, que fluctúa entre 1 y 20 URP, según el art. 292° de la LOPJ.

El defensor, a tenor del art. 134° 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. 134° del Código de 1940 y 131° 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. 130° *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. 124° del Código de 1940 y 122° 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 como 'generales de ley'[99]. 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[100]. 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, así como –en la medida en que no se perjudique el objeto de la instrucción– la mención de las fuentes de prueba[101].

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.

---

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

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

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

68°.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 diligencias 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[102].

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[103].

En el interrogatorio, como ya se dejó indicado, interviene no solo el órgano instructor, sino también el abogado defensor. El art. 122° 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 solo 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. 119° del Código de 1991, subsanando esa omisión, señala expresamente que "terminado el interrogatorio por el Fiscal; puede el Abogado Defensor preguntar directamente a su patrocinado" (art. 119°, 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[104].

El art. 125° 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.

---

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

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

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

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. 130° 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 esta será firmada por todos los asistentes. Si el declarante no sabe firmar, se le tomará su huella digital (art. 137° del Código de 1940); si se niega a hacerlo, se hará constar la abstención y se consignará el motivo, si lo expresare (art. 123° *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[105].

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 a la sanción penal (art. 136°) y a señalar que la sentencia debe apreciar, entre otros medios de prueba, la confesión del acusado (art. 280°). 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. 127°-129°), así como sus efectos dispositivos sobre el objeto procesal en la institución de la conformidad (art. 280°).

Las notas características de la *confesión*, siguiendo parcialmente a Mixán Mass[106], son seis: a) es una declaración *personal y oral* del imputado, no hay

---

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

[106] Mixán Mass: *La prueba en el procedimiento penal*, cit., pp. 59-67.

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 son simplemente hechos antecedentes, indicios, a partir de los cuales el juzgador puede elaborar presunciones[107].

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 tien-

---

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

den a excluir o disminuir su responsabilidad[108]. 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[109].

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. 20° del Código Penal); b) *eximentes imperfectas* (art. 21° del Código Penal.); c) *atenuantes genéricas* (v. gr.: ocasionalidad del hecho delictivo, actuación mediando grave adicción al alcohol o las drogas, etc.); y, d) *atenuantes específicas*, 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 esta es la única posible. Se presta, como corresponde, ante el juez del debate o del juicio, 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. Así lo ha estipulado la Corte Suprema al señalar que "no constituye confesión lo que testigos o autoridades hubieran oído decir, sino la legalmente prestada ante el magistrado que conoce del juicio"[110].

La instructiva, es decir, la declaración prestada en la fase de investigación, es una diligencia propia de ésta, y para que tenga validez 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

---

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

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

[110] *Anales Judiciales*, 1906, Lima, p. 85.

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(111). Solo bajo esas circunstancias es posible aceptar lo prescrito en el art. 72°, 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(112). 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.

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. 129° un conjunto de requisitos para dotarla de validez procesal, que han sido asumidos por la Corte Suprema(113).

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,

---

(111) VEGAS TORRES: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., p. 259.

(112) CAFETZÓGLUS: *Delito y confesión*, cit., p. 71.

(113) Ejecutoria Suprema de 5 de agosto de 1998, Exp. N° 2515-98, Lima (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal [1996-1998]*, cit., T. II, pp. 249-250).

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 expone 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 puedan admitirse deducciones o presunciones. La posibilidad y verosimilitud pueden equivaler a la idea de normal comportamiento de las personas y de las cosas[114].

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[115].

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. Por tanto, "la simple confesión del inculpado, como 'prueba' única del delito, no es suficiente para condenarlo"[116].

A este respecto la Corte Suprema tiene sentado que la confesión solo tiene un valor relativo contra quien la presta y, además, no constituye

---

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

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

[116] *Revista de los Tribunales*, Lima, 1938, p. 330.

suficiente prueba contra sus coacusados[117], salvo que otros elementos de prueba de cargo la corroboren[118]. 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[119].

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[120].

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 de 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 dando cumplimiento a 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 JURÍDICOS 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, caben dos situaciones: a) frente a una confesión solitaria, el Juez está en la obligación de practicar

---

(117) Ejecutoria Suprema de 6 de febrero de 1973, procedente de San Martín (*Anales Judiciales*, T. LXV, Lima, 1973, pp. 188-190); y, Ejecutoria Suprema de 22 de abril de 1981, Exp. N° 125-81, Cusco (TARAMONA, José R.: *Compendio de ejecutorias supremas*, Jamse Editores, Lima, 1982, T. I, pp. 134-135).

(118) Ejecutoria Suprema de 3 de marzo de 1999, Exp. N° 5091-98, Lima (CHOCANO RODRÍGUEZ/VALLADOLID ZETA: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 301-302).

(119) Ejecutoria Suprema de 6 de mayo de 1994, Exp. N° 398-93, Ica (*Normas Legales*, T. 223, octubre, Trujillo, 1996, pp. 44-48).

(120) RIVES SEVA: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 91.

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 esta 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. 136°, primer párrafo, del Código de 1940 y 128°, segundo y tercer párrafos, del Código de 1991.

El tercer párrafo del art. 128° 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 del 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, aunque como dice la Corte Suprema la discriminación de la pena debe hacerse en forma prudencial[121]. Así lo disponen los arts. 136° del Código de 1940 y 127° 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"[122].

---

[121] Ejecutoria Suprema de 14 de mayo de 1999, Exp. N° 7-99, Callao (CHOCANO RODRÍGUEZ/VALLADOLID ZETA: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 299-300).

[122] Ejecutoria Suprema de 16 de marzo de 1998, Exp. N° 264-98, Arequipa. Repite esta tesitura en la Ejecutoria Suprema de 2 de setiembre de 1997, Exp. N° 3775-97, Lima (CHOCANO RODRÍGUEZ/VALLADOLID ZETA: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 294-296).

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. 222° 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. 46°.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. 21°.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". En esta perspectiva, ha precisado el Supremo Tribunal que "no puede calificarse como confesión sincera la admisión de los hechos motivada por las circunstancias, o sea que, como ha sucedido en autos, los acusados fueron descubiertos y perseguidos, luego de sustraer los artefactos que se incautaron con motivo de su detención y donde no tenían otra alternativa que admitir tales hechos"[123]; de igual manera no se está frente a un supuesto de confesión sincera cuando "habiendo sido capturado el procesado en poder de la especie robada, su sinceridad en la que se basa la Sala Penal Superior para imponer pena inferior al mínimo legal"[124], menos cuando se acredite que pretendió exculpar a sus coacusados y lograr la impunidad del hecho[125].

La jurisprudencia suprema ha establecido, con toda corrección, que no resulta de aplicación la atenuación excepcional de pena cuando el 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[126]. En otra decisión, ha precisado que si el encausado incurre en una

---

[123] Ejecutoria Suprema de 15 de enero de 1999, Exp. N° 4850-98, Lima (FRISANCHO APARICIO, Manuel: *Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima 2002, pp. 285-286).

[124] Ejecutoria Suprema de 27 de diciembre de 1999, Exp. N° 261-99, Lima (FRISANCHO APARICIO: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 268-270).

[125] Ejecutoria Suprema de 2 de agosto de 2000, Exp. N° 512-99, Lima (FRISANCHO APARICIO: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 40-41).

[126] Ejecutoria Suprema de 22 de febrero de 1995, Exp. N° 166-95, Lima (ROJJASI PELLA, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, Legrima, Lima, 1997, pp. 345-346). Repetida en la Ejecutoria Suprema de 24 de noviembre de 1997, Exp. N° 4923-97 (ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal y procesal penal [1999-2000]*, Idemsa, Lima, 2002, T. I, pp. 253-254).

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[127]. El Supremo Tribunal, asimismo, sostiene que "...no puede considerarse sincera confesión cuando ésta se produce en el último tramo del proceso"[128].

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[129].

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[130]. 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[131].

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[132]. Por 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[133].

---

(127) Ejecutoria Suprema de 4 de marzo de 1988, Exp. N° 2681-97, Lima (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 347-348).

(128) Ejecutoria Suprema de 30 de noviembre de 1995, Exp. N° 1495-95, Lima.

(129) Ejecutoria Suprema de 4 de junio de 1996, Exp. N° 1847-96, Huánuco.

(130) Ejecutoria Suprema de 25 de noviembre de 1997, Exp. N° 4932-97, Arequipa.

(131) Ejecutoria Suprema de 2 de setiembre de 1997, Exp. N° 3775-97, Lima.

(132) JESCHECK, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1981, Vol. II, p. 1213.

(133) ZIFFER, Patricia: *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1995, pp. 171-175.

Por lo demás, es de tener presente, más allá de cualquier opción teórica que se asuma respecto a la función del art. 136° del Código de 1940, que –como lo ha recordado la Corte Suprema– dicho numeral solo 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[134].

[134] 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*[135]. 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)[136]. La Corte Suprema, si bien reconoce el valor de la prueba indiciaria para justificar una sentencia condenatoria, en una Ejecutoria de 25 de junio de 1998, sin mayores referencias, diferencia entre pruebas e indicios: "...además de las pruebas recabadas en autos, se advierte la presencia de indicios que al ser valorados de manera global demuestran

---

(135) Debe diferenciarse, como ya se ha insistido, entre indicio procedimental (históricamente equivalente a 'sospecha'), esto es, como elemento que indica la conveniencia de adoptar determinada resolución sobre la base de juicios intermedios de culpabilidad, que a su vez deriva del vocablo *indicare*, equivalente a dar a conocer o manifestar; del indicio como un concepto estrechamente vinculado a la actividad probatoria, el cual equivale al hecho base de la presunción o afirmación base, derivado del vocablo *inde dico* ("por tanto digo") (cfr., SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: "La función del indicio en el proceso penal", en su: *Estudios de derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, pp. 700-701).

(136) ALMAGRO NOSETE: "Teoría general de la prueba en el proceso penal", cit., p. 35.

fehacientemente la responsabilidad de los agentes, (...)"[137]. En rigor, las fuentes de prueba, directas o indirectas, una vez introducidas al proceso mediante los medios de prueba legalmente previstos, son pruebas en estricto sentido; lo que varía, en todo caso, es su proximidad con el *thema probandi*.

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[138]. En tal virtud, con RIVES SEVA, podemos definir 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– [139]. La prueba por indicios no es, desde luego, un medio de prueba, sino una clase de prueba, una modalidad de actividad probatoria –con sus propias particularidades y requisitos– exigible a partir de la ausencia de prueba directa, pero idónea para destruir la presunción de inocencia; al indicio –en cuanto elemento de prueba– se llega a través de un medio de prueba, pues a partir de testificales, pericias, inspecciones, etc., se acredita la realidad del mismo, del hecho base concreto, que a su vez permitirá una inferencia determinada[140].

El Código de 1940 no regula la prueba indiciaria, lo cual por cierto no significa que los tribunales no deben utilizarla, puesto que la prueba indiciaria no es más que un mecanismo intelectivo para la prueba[141]. Sí la regula, en cambio, el Código de 1991 a través del art. 246°; 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

---

(137) Ejecutoria Suprema de 25 de junio de 1998, Exp. N° 1827-98, Lima (*Normas Legales*, T. 300, mayo, Trujillo, 2001, pp. A19-A20).

(138) 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, Madrid, 1992 (Cuadernos del Poder Judicial), p. 168.

(139) RIVES SEVA: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 73.

(140) Cfr.: JAUCHEN, Eduardo M.: *Tratado de la prueba en materia penal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p. 583.

(141) La Corte Suprema, si bien equivocadamente considera la prueba indiciaria como medio de prueba, estima válida su utilización definiéndola –siguiendo a MIXÁN MASS– como "...una actividad probatoria de naturaleza necesariamente discursiva e indirecta cuya fuente es un dato comprobado y se concreta en la obtención de un argumento probatorio mediante una inferencia correcta" (Ejecutoria Suprema de 21 de julio de 1999, Exp. N° 2103-99, Amazonas [*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 218]).

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. Enseña ROXIN al respecto que "una prueba indiciaria, en particular una prueba con medios probatorios materiales, en circunstancias puede, incluso, proporcionar una prueba más segura que las declaraciones de los testigos del hecho"(142).

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 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(143).

---

(142) ROXIN, Claus: *Derecho procesal penal*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 106.

(143) MIRANDA ESTRAMPES: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 225.

Es de entender, como anota MARTÍNEZ ARRIETA[144], 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.

Es pertinente aclarar, con SERRA DOMÍNGUEZ, que la prueba por indicios se resuelve en una presunción judicial, y que no existen otras diferencias entre presunción e indicio que la resultante de integrar momentos distintos de un mismo juicio; esto es, mientras el indicio es el elemento inicial de que parte la presunción (el hecho base de la presunción o afirmación base), ésta es la actividad intelectual del juzgador que, partiendo del indicio, afirma un hecho distinto, pero relacionado con el primero causal o lógicamente[145].

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[146].

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[147].

---

(144) 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.

(145) SERRA DOMÍNGUEZ: "La función del indicio en el proceso penal", cit., p. 702.

(146) GARCÍA VALENCIA: *Las pruebas en el proceso penal*, cit., p. 124.

(147) MARTÍNEZ ARRIETA: "La prueba indiciaria", cit., pp. 55-56.

II. ESTRUCTURA DE LA PRUEBA INDICIARIA

1. INTRODUCCIÓN

La prueba indiciaria es un *complejo* constituido por diversos elementos[148]. Desde una perspectiva material, se tiene: un indicio o hecho base indirecto, un hecho directo o consecuencia y un razonamiento deductivo (presunción judicial) 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[149].

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[150].

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 que debe quedar acreditado a través de los medios de prueba previstos por la ley.

Es menester diferenciar el indicio de la sospecha y de la conjetura, a menudo confundidos en la práctica judicial. Como dice PAZ RUBIO, siguiendo la jurisprudencia española (STSE de 1 de diciembre de 1989), la *sospecha* es la aprehensión o imaginación de una cosa por conjeturas fundadas en apariencias o visos de verdad; la *conjetura* es el juicio que, con ciertas probabilidades de acierto, se forma de las cosas o acaecimientos por las señales que se ven u observan; y, finalmente, el *indicio* es la acción o señal que da a conocer lo oculto, en virtud de las circunstancias, que concurren en un hecho

---

(148) ASENCIO MELLADO: "Presunción de inocencia y prueba indiciaria", cit., p. 169.

(149) Con igual rigor, Juan Alberto BELLOCH JULBE ("La prueba indiciaria", en: AA.VV.: *La sentencia penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992 [Cuadernos de Derecho Judicial], p. 38), anota que la prueba indiciaria presupone tres elementos esenciales: a) una serie de hechos-base o uno solo "especialmente significativo o necesario", que constituirán los "indicios" en sentido propio; b) un proceso deductivo, que puede ser explícito o implícito (esto último, cuando el valor significativo del o de los indicios se impone por sí mismo); y, c) una conclusión o deducción, en cuya virtud uno o varios hechos periféricos han permitido tener por acreditado un hecho central a la dinámica comitiva, conclusión que ha de ser conforme a las exigencias del discurso lógico.

(150) Ejecutoria Suprema de 19 de mayo de 1995, Exp. N° 3732-94, Lima.

(*debidamente probado*), dándole carácter de verosimilitud [151]. Por ello es que la Corte Suprema ha señalado que no tienen el carácter de indicios los datos no acreditados en forma plena[152].

En cuanto a la prueba del indicio, se sostiene que este 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[153]. 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[154]. 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[155].

De otro lado, es común señalar que es menester contar con varios indicios, pues su variedad permitirá controlar en mayor medida la seguridad

---

[151] PAZ RUBIO, José María; MENDOZA MUÑOZ, Julio: OLLE SESÉ, Manuel; RODRÍGUEZ MORICHE, Rosa: *La prueba en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1999, p. 284.

[152] Ejecutoria Suprema de 18 de marzo de 1970, Exp. N° 1021-69, Lima (RONCALLA VALDIVIA, Lino: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, Sesator, Lima, 1984, pp. 239-240).

[153] MARTÍNEZ ARRIETA: "La prueba indiciaria", cit., p. 64.

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

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

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(156).

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 esta sobre algún aspecto del *thema probandum* o de esta 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(157).

Tratándose de indicios contingentes no es suficiente la *pluralidad* de ellos. También se requiere que estén interrelacionados, vale decir 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(158). 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(159).

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(160).

---

(156) ASENCIO MELLADO: "Presunción de inocencia y prueba indiciaria", cit., p. 175.

(157) MIXÁN MASS, Florencio: *Prueba indiciaria*, BLG, Trujillo, 1994, pp. 114, 123-125.

(158) EjecutoriaSuprema de 10 de febrero de 1976, Exp. N° 1908-75, Amazonas (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, p. 427).

(159) MIXÁN MASS: *Prueba indiciaria*, cit., pp. 125-126.

(160) Ejecutoria Suprema de 6 de febrero de 1973, San Martín (*Anales Judiciales*, T. LXV, Lima, 1973, pp. 188-190).

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(161).

Un último requisito del indicio es que sea periférico respecto al dato fáctico a probar. En efecto, apunta PAZ RUBIO: "No todo hecho puede ser relevante. Resulta preciso que sea periférico o concomitante con el dato fáctico a probar. Por ello, esta prueba indirecta ha sido tradicionalmente denominada como circunstancial, pues el propio sentido semántico, como derivado de *circum* y *stare*, implica "estar alrededor" y esto supone ónticamente no ser la cosa misma, pero sí estar relacionado con proximidad a ella"(162).

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(163). 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(164).

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.

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(165).

---

(161) Ejecutoria Suprema de 21 de agosto de 1974, Exp. N° 250-74, Cusco (*Anales Judiciales*, T. LXVI, Lima, 1974, p. 133).

(162) PAZ RUBIO *et al.*: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 286.

(163) MARTÍNEZ ARRIETA: "La prueba indiciaria", cit., p. 59.

(164) ASENCIO MELLADO: "Presunción de inocencia y prueba indiciaria", cit., p. 177.

(165) MIRANDA ESTRAMPES: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 243.

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. Dos datos son, pues, imprescindibles: a) racionalidad de la inducción o inferencia, es decir, que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada; y, b) que responda plenamente a las reglas de la lógica y la experiencia; todo ello, en aras de afirmar un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano(166).

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(167). Es obvio que si existe la posibilidad razonable de una solución alternativa, se aplicará la más favorable al acusado de acuerdo con el principio *in dubio pro reo*.

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(168).

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 del acusado, etc.) que sirve para probar

(166) CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: *Derecho procesal penal*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 385.

(167) ASENCIO MELLADO: "Presunción de inocencia y prueba indiciaria", cit., p. 177.

(168) MIRANDA ESTRAMPES: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 250.

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[169].

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[170]; 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[171]. Por lo demás, es claro que si el encausado prueba su coartada fehacientemente, debe ser absuelto de la acusación fiscal[172].

De otro lado, como acota SERRA DOMÍNGUEZ[173], la parte perjudicada por el indicio puede defenderse en la misma forma que frente a cualquier presunción: mediante la *contraprueba*, es decir, probando la irrealidad del indicio y demostrando que es inexacta la afirmación que se quiere hacer servir de tal; o a través de la *prueba de lo contrario*, atacando no ya el indicio, sino la conclusión, bien mediante la demostración de la ilogicidad del enlace, bien mediante la constatación de una afirmación presumida distinta a la que se pretende extraer, lo cual ocurrirá cuando se demuestre que el hecho base de la presunción respondió a causa distinta o agotó sus efectos en esfera penalmente irrelevante.

III. CLASES DE INDICIOS

En la doctrina procesalista, existen varias clasificaciones de los indicios. Así tenemos (1) los *indicios de carácter general*, válidos para cualquier delito, de los indicios particulares, circunscriptos a específicos delitos. Los indicios también pueden observarse (2) *según su fuerza conviccional*, como tal, dis-

---

(169) ASENCIO MELLADO: "Presunción de inocencia y prueba indiciaria", cit., p. 178.

(170) Ejecutoria Suprema de 22 de abril de 1959 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 222-225).

(171) Ejecutoria Suprema de 14 de febrero de 1994, Exp. N° 2146-93, Piura (*Normas Legales*, T. 232, setiembre, Trujillo, 1995, pp. J29-J30).

(172) Ejecutoria Suprema de 14 de marzo de 1973, Exp. N° 2335-72, Ica (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, pp. 53-55).

(173) SERRA DOMÍNGUEZ: "La función del indicio en el proceso penal", cit., p. 709.

tinguirlos entre indicios necesarios y contingentes, según se requiera uno o varios para formar la convicción del juzgador. Empero, la clasificación más utilizada es aquella que toma en cuenta el momento de la producción de los indicios, en cuya virtud (3) los *indicios pueden ser antecedentes, concomitantes y subsiguientes*, esto es, según se trate de circunstancias anteriores, coetáneas o posteriores al delito. La Corte Suprema ha utilizado esta última clasificación de modo recurrente[174], por lo que es del caso ampliar su análisis.

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 razón, un motivo que la impulsa[175]. Sólo asociados a otros indicios, éstos pueden constituir prueba suficiente[176].

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

---

(174) Por todas: Ejecutoria Suprema de 2 de julio de 1998, Exp. N° 1787-98, Lima (*Normas Legales*, T. 300, mayo, Trujillo, 2001, pp. A20-A22).

(175) Martínez Rave, Gilberto: *Procedimiento penal colombiano*, Temis, Bogotá, 1994, p. 407.

(176) Ejecutoria Suprema de 14 de abril de 1955, Exp. N° 439-54, Piura (Roncalla Valdivia: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 234-236).

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 (...)"[177].

3. INDICIOS SUBSIGUIENTES

Son, al decir de MARTÍNEZ RAVE, los que se presentan con posterioridad a la comisión del delito[178]. 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 ilícito, 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.

La Corte Suprema ha precisado no solo que ante la ausencia de pruebas directas cabe recurrir a la prueba indiciaria, y que ésta debe ser examinada y no simplemente enunciada, sino que hace un análisis global de los diferentes indicios que pueden presentarse en la causa, tales como los indicios de capacidad comisiva, de oportunidad, de mala justificación y de conducta posterior[179]. En otras decisiones, ya citadas, insiste en que la valoración de los indicios debe ser global, agregando como indicios objeto de análisis los de móvil, actitud sospechosa y participación comitiva[180].

---

[177] Ejecutoria Suprema de 9 de junio de 1972, Exp. N° 389-72, Cusco (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, pp. 31-32).

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

[179] Ejecutoria Suprema de 19 de marzo de 1999, Exp. N° 4781-98 (*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 2, Lima, 2001, pp. 696-699). Una jurisprudencia particularmente errática es la de 14 de febrero de 1994, en la que confunde las sospechas o conjeturas –a las que impropiamente denomina presunciones– con la prueba indiciaria, lo que le permite decir contradictoriamente "... que las simples presunciones y la falta de prueba de la supuesta coartada de los acusados, no puede constituir fundamento para un fallo condenatorio (*lo que es sustancialmente correcto*); es más, como lo han expuesto diversas Ejecutorias Supremas, la mera prueba indiciaria (sic) no es suficiente para sustentar una condena, máxime si ella no ha logrado establecer fehacientemente ni la verdad ni la falsedad respecto a la responsabilidad de los presuntos autores ..." (Exp. N° 2146-93, Piura [*Normas Legales*, T. 232, setiembre, Trujillo, 1995, pp. J29-J30]). La argumentación de la Corte Suprema para absolver a los acusados revela que la prueba de cargo no es suficiente para destruir la presunción de inocencia, pero no que, por su propia naturaleza, la prueba indiciaria es insuficiente para sustentar con legitimidad una condena.

[180] Ejecutorias Supremas de 25 de junio de 1998, Exp. N° 1827-98, Lima (BACA CABRERA, Denyse; ROJAS VARGAS, Fidel; NEIRA HUAMÁN, Marlene: *Jurisprudencia penal. Procesos*

IV. LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

La motivación es una exigencia de toda resolución judicial, al amparo de lo dispuesto en el art. 139°.5 de la Constitución. En el caso específico de la prueba indiciaria se exige, desde el punto de vista formal, 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 cuáles son los indicios que se estiman plenamente acreditados, así como el razonamiento lógico utilizado para obtener de la afirmación base la afirmación presumida, esto es, la expresión del razonamiento deductivo y del "íter" formativo de la convicción(181). Esta explicitación, enfatizan CALDERÓN y CHOCLÁN, aun cuando sucinta o escueta se hace imprescindible para posibilitar el control impugnatorio de la racionalidad de la inferencia(182).

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 por otro el control de la existencia del enlace lógico o experimental entre los indicios y el hecho presunto(183), siguiendo estas premisas, la Corte Suprema en un fallo más reciente no solo ha reconocido las pertinencias de acudir a la prueba indiciaria, sino que ha precisado que no solo basta con invocarla, sino que debe ser lo suficientemente motivada, al punto de permitir conocer los razonamientos que establezcan los indicios existentes plenamente acreditados, la lógica deducción y la conclusión que se quiere obtener(184).

---

sumarios, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, T. III, pp. 281-283); y, de 2 de julio de 1998, Exp. N° 1787-98, Lima (*Normas Legales*, T. 300, mayo, Trujillo, 2001, pp. A20-A22).

(181) MIRANDA ESTRAMPES: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cit., p. 245.

(182) CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO: *Derecho procesal penal*, cit., p. 385.

(183) VEGAS TORRES: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., p. 152.

(184) Ejecutoria Suprema de 12 de octubre de 1999, Exp. N° 3243-99, Lima (CHOCANO RODRÍGUEZ/VALLADOLID ZETA: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 68-70, esp. 69).

Capítulo XXVII
LA PRUEBA PROHIBIDA

SUMARIO: I. Introducción. **II.** Definición: 1. Concepciones acerca de la prueba prohibida. 2. Precisiones conceptuales. **III.** Clasificación de la prueba prohibida. **IV.** Fundamento de la prueba prohibida: 1: El valor preferente de los derechos fundamentales. 2. Ámbito de la exclusión. 3. Ubicación constitucional de la inadmisión probatoria. **V.** Extensión de la prueba prohibida: 1. Planteamiento del problema. 2. Excepciones al efecto extensivo.

I. INTRODUCCIÓN

Sobre el tema que nos ocupa, dos son las ideas centrales que sustentan la discusión procesal en materia de derecho probatorio en sede penal: 1) El concepto riguroso, claro y comprensible, de *prueba prohibida* –noción acuñada por BELING en 1903–, en tanto que en la dogmática procesal subsisten dos concepciones: una amplia y otra restrictiva. 2) La naturaleza jurídica de dicha institución, que en el Derecho eurocontinental puede considerarse, sin mayores fisuras, como una *garantía constitucional de naturaleza procesal,* derivada del art. 2°.24.'e') de la Constitución, esto es, del derecho a la presunción de inocencia.

La cuestión de la prueba prohibida, como enfatiza PELLEGRINI GRINOVER, se ubica, desde la perspectiva jurídica, en la investigación respecto de la relación entre lo ilícito y lo inadmisible en el procedimiento probatorio; y, desde el punto de vista de la política legislativa, en la encrucijada entre la búsqueda de la verdad en defensa de la sociedad y el respeto a derechos fundamentales que pueden verse afectados por esta investigación[185]. Ambos intereses, como recuerda ORÉ GUARDIA, siguiendo a VÉSCOVI, son públicos, de suerte que cuando se defiende la necesidad de rechazar la prueba prohibida no se hace en defensa de un interés privado, sino en una actitud que debe inscribirse

---

[185] PELLEGRINI GRINOVER, Ada: "Pruebas ilícitas", en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 1, Lima, 2000, p. 289.

dentro del más sublime resguardo de la personalidad humana[186]. No cabe admitir el abstracto *"fiat iustitia et pereat mundus"*.

Nosotros, desde ya, aunque existe un sector minoritario en contrario, partimos de una consideración de principio: la prueba prohibida no puede ser admitida y, en su caso, valorada en sede jurisdiccional. Como un dato, ahora singularmente cuestionable, MUÑOZ SABATÉ decía que la prueba en sí misma considerada tiene un fondo marcadamente metajurídico; que es un trabajo de reconstrucción, de descubrimiento, cuyos resultados se miden en términos de verosimilitud y no de moralidad; que ciertamente la justicia debe velar por la honestidad de los medios, pero ello no significa que no pueda aprovecharse del resultado producido por ciertos medios ilícitos que ella no ha buscado de propósito; que querer exigir algo más es querer hacer política, convirtiendo al juicio de admisibilidad en una escolta avanzada a favor de determinados intereses ajenos al proceso[187]. Una respuesta inmediata a esto último es la proporcionada por DÍAZ CABIALE, quien sostiene que "la necesidad de impedir que las pruebas que se obtuvieron mediante la vulneración de un derecho fundamental no se puede plantear como una opción política, sino como una exigencia constitucional, manifestación a su vez del derecho fundamental a la presunción de inocencia, aunque su formulación se parezca más a la de una garantía objetiva que a la de un derecho subjetivo"[188].

Lo anterior no resiste un análisis serio en tanto se entienda el valor preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y la propia función del proceso penal en un Estado Democrático de Derecho[189]. Consecuentemente, en tanto se asuma la inadmisiblidad y, en su caso, la no valorabilidad de la prueba prohibida, son dos los efectos de esta postura, hoy ampliamente aceptada. El *primero*, negativo, que significa que la vulneración

---

(186) ORÉ GUARDIA, Arsenio: "La prueba prohibida", en: *Derecho Procesal Penal. Selección de textos*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002, p. 432.

(187) MUÑOZ SABATÉ, Luis: *Técnica probatoria*, Temis, Bogotá, 1997, pp. 62-63.

(188) DÍAZ CABIALE, José Antonio: *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 118.

(189) Como informa Fabricio O. GUARIGLIA ("Las prohibiciones probatorias", en: MAIER, Julio B. J. [Comp.]: *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Ediciones Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 27), la respuesta más contundente a semejante tesis es la consignada por la Corte Suprema estadounidense en el Asunto "Elkins vs. Estados Unidos" (1960), cuando declaró: "el delincuente queda en libertad, si corresponde, pero es el Derecho el que lo deja libre. Nada puede destruir más rápidamente a un Estado que su fracaso en cumplir con sus propias leyes, o peor, su inobservancia de la Carta de su propia existencia".

de las disposiciones que la regulan da lugar a la falta de efectos de la prueba obtenida, a la imposibilidad de apreciación e incluso de aportación al proceso. El *segundo*, positivo, que se concreta en la obligación que a todos produce de respetar la normativa procesal garantista y que, a su vez, conduce a que se cumplan las prescripciones normativas, obligando a que el proceso se someta al derecho, cumpliéndose entonces uno de los pilares del Estado de Derecho[190].

Un interesante razonamiento fue efectuado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina en el Asunto "Montenegro", que revela el fundamento de la exclusión probatoria. Señaló que "otorgar valor al resultado de un delito [se refiere al cometido por los agentes del orden al obtener la prueba] y apoyar sobre él una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito"[191]. A ello se agrega, como anota CARRIÓ, el estricto fundamento constitucional de esta concepción –no es la regla de exclusión la que determina que ciertos culpables no sean penados, sino la propia Constitución– y, en una lógica práctica, su vigencia brinda la posibilidad de determinar la validez constitucional de ciertas prácticas a partir del papel de control que cumplen los tribunales en esa tarea[192].

La noción de "*prueba prohibida*" se incardina en una institución mayor que es el derecho a la prueba. Este derecho, apunta PICÓ I JUNOY, (1) es de configuración legal aunque constitucionalizado e íntimamente ligado con el derecho de defensa, (2) consiste en que las pruebas pertinentes deben ser admitidas y practicadas por el órgano jurisdiccional, y (3) entre sus límites está no solo que el medio probatorio debe ser pertinente –que tenga relación con el objeto del proceso– y ejercitado dentro del tiempo y bajo la forma legalmente previstos, sino que además la prueba debe ser lícita, es decir, obtenida sin infringir los derechos fundamentales, pues de lo contrario carecerá de efectos probatorios y no podrá ser subsanada[193]. La idea de limitación preside esta discusión y, por tanto, es del caso –en todo momento– identificar las normas jurídicas que contienen una limitación en la obtención y en la práctica de pruebas.

---

[190] LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Instituciones de Derecho procesal penal*, Akal/Iure, Madrid, 1999, p. 281.

[191] CARRIÓ, Alejandro D.: *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 231.

[192] CARRIÓ: *Garantías constitucionales en el proceso penal*, cit., pp. 236-237.

[193] PICÓ I JUNOY, Joan: *Las garantías constitucionales del proceso*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 143, 146-148.

Cabe señalar, finalmente, que si la Constitución consagra como eje de su estructura institucional la noción de Estado (*vid.* art. 43° Const.), al que le corresponde como un deber primordial garantizar plenamente los Derechos Humanos, sin perjuicio de la defensa de la seguridad ciudadana y la promoción de la justicia, es obvio concluir que está absolutamente prohibido vulnerarlos. Se está, entonces, ante una *garantía jurídica;* esto es, como anota ANDRÉS IBÁÑEZ, "[ante] un conjunto de prevenciones o cautelas, institucionalizadas (...) 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 lo habiliten para penetrar en ese ámbito de autonomía individual, se desarrolle conforme a determinadas reglas"[194].

II. DEFINICIÓN

1. CONCEPCIONES ACERCA DE LA PRUEBA PROHIBIDA

1. En cuanto a la definición de la prueba prohibida, para la *concepción amplia* una prueba será prohibida cuando es obtenida mediante violación de derechos tutelados por diversas normas, sean estas constitucionales o con rango de ley, siempre que impliquen una vulneración de la garantía genérica del debido proceso (v. gr.: CONSO, LÓPEZ BARJA, DEVIS ECHANDÍA). Para esta concepción, es independiente el efecto que la propia ley asigna a su inobservancia. Se indica al respecto, sobre la base de las tesis de CONSO, que las normas relativas a la prueba –todas ellas– son normas de garantía con fundamento constitucional, pues van dirigidas a garantizar el derecho de defensa del acusado.

2. En cambio, entendiendo que la concepción amplia, como dice PAZ RUBIO, es una desmesurada ampliación del ámbito de la prueba prohibida[195], para las *concepciones restrictivas* será prohibida aquella prueba obtenida o practicada –dentro o fuera del proceso– con violación de derechos fundamentales; es decir, como dice RUIZ VADILLO, cuando se falta en su origen y/o desarrollo a un derecho fundamental[196]. Los límites al derecho

---

(194) ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: "La función de las garantías en la actividad probatoria", en: AA.VV.: *Valoración de la prueba*, F&G Editores, Guatemala, 1996, p. 78.

(195) PAZ RUBIO *et al.*: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 229.

(196) RUIZ VADILLO, Enrique: "La actividad probatoria en el proceso penal español y las consecuencias de violarse en ella algún principio constitucional de producirse determi-

a la prueba (*vid.* art. 8°.2.'f' CADH) tienen que suponer una infracción del mismo nivel. Desde esta perspectiva existe, en un segundo nivel, la noción de "prueba irregular o ilícita", que es aquella generada con vulneración de las normas de rango ordinario que regulan su obtención y práctica, y, como tal, tienen como efecto la nulidad de actuaciones, no así las primeras que generan una prohibición de valoración del resultado probatorio(197).

Por "obtención" debe entenderse, siguiendo a ASENCIO MELLADO, toda labor tendente a allegar un resultado probatorio al proceso, incluyendo supuestos de práctica de prueba; comprende, por tanto, no sólo la actividad de búsqueda e investigación de la fuente de prueba, sino también la labor de obtención del resultado a partir de una fuente de prueba por mecanismos inadmisibles en tanto que violan derechos fundamentales, esto es, por pruebas debe entenderse, en un sentido amplio, tanto las fuentes de prueba como los medios de prueba(198).

En cambio, por "valoración" debe entenderse utilizar el resultado de la prueba en el momento de su ponderación. Por tanto, tratándose de "prueba prohibida", la interdicción está radicada en la exigencia de no apoyar decisiones en conclusiones basadas en pruebas existentes, vale decir, adquiridas o recibidas(199).

3. Lo importante son las consecuencias o efectos procesales de la vulneración de normas constitucionales y de normas ordinarias. En el primer caso se niega por completo valor probatorio a la prueba en cuestión, de suerte que en algún sector doctrinario se dice que son pruebas radicalmente nulas, mientras que en otro se dice que la sanción procesal es la "inutilización" del resultado probatorio(200). En el segundo caso, no necesariamente se anula esa

---

nadas irregularidades procesales", en: AA.VV.: *La prueba en el proceso penal,* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992 (Cuadernos de Derecho Judicial), p. 81.

(197) GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2001, p. 370.

(198) ASENCIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, Madrid, 1989, p. 82. Jaime VEGAS TORRES (*Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., pp. 120-121) adopta un criterio más amplio –no aceptado por nosotros– al decir que están comprendidos todos aquellos supuestos en los que en la práctica de una prueba procesal se hayan desconocido o vulnerado derechos o libertades fundamentales del inculpado, entre los cuales está el derecho a que en la práctica de la prueba se respeten las garantías de contradicción, oralidad, publicidad e inmediación.

(199) STRUENSEE, Eberhard: "La prueba prohibida", en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 4, julio-diciembre, Lima, 1994, p. 669.

(200) Es mejor, siguiendo la doctrina y legislación italianas, utilizar el término "inutilizabilidad" para referirse a la sanción procesal que se deriva de la infracción de las prohibiciones

evidencia: si se trata de circunstancias accidentales del acto (acto irregular) o de defectos que permiten su subsanación (acto anulable), tales pruebas no serán procesalmente ineficaces[201]. La inutilización se extiende a las demás evidencias que se deriven de ella, mientras que la nulidad se circunscribe al acto de prueba mismo, no se proyecta a otros.

Es claro, por lo demás, como lo afirmara la Sentencia del Tribunal Constitucional español, que "el problema de la *prueba prohibida* se presenta en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional, pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa o inmediatamente, de la norma primera del ordenamiento".

Asimismo, es de reconocer que el art. 139°.3 Const., en su ámbito de "debido proceso", no alcanza a constitucionalizar toda la normativa procesal. Las definiciones en sede nacional de ese concepto son muy amplias, pero no autorizan a estimar que toda norma que disciplina la prueba es de relevancia constitucional. En efecto, la Corte Superior de Lima, en su Ejecutoria de 8 de setiembre de 2000, definió al debido proceso como "todo el conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso, que le aseguran a lo largo del mismo una recta y cumplida administración de justicia; que le aseguran la libertad y la seguridad jurídica y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a derecho, por lo que, desde este punto de vista, entonces, el debido proceso es el principio madre o generatriz del cual dimanan todos y cada uno de los principios del derecho procesal penal"[202]. En esa misma perspectiva, el Tribunal Constitucional ha señalado que el debido proceso es un derecho procesal de rango constitucional (STC de 26 de octubre de 1999, Exp. N° 189-1999-AA/TC, Asunto "Pesquera Rodga S.A."), y que puede definirse como "... aquel derecho que tiene toda perso-

---

probatorias, es decir, como prohibición de otorgar validez alguna a la prueba prohibida, sea el momento de la admisión del medio de prueba o en el momento de su valoración. *Inutilizabilidad* y *nulidad* operan en ámbitos diferentes, haciendo referencia la primera a la privación de eficacia probatoria de un acto de prueba concreto (MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 92). En igual sentido, José María ASENCIO MELLADO (*Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 85).

(201) DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel: *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 32.

(202) ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia penal y procesal penal (1999-2000)*, cit., T. I, p. 95.

na o sujeto justiciable de provocar el respeto de un conjunto de principios procesales para que una causa pueda ventilarse y resolverse con justicia" (STC, Exp. N° 921-98-AA/TC, Asunto "Moisés Widauski Cohen", de 7 de abril de 2000)[203].

4. Por lo demás, la cuestión de la "prueba prohibida", como apunta MORENO CATENA, ha estado y continúa estando acompañada de un gran debate doctrinal, cuyo desarrollo se asocia a la evolución de la jurisprudencia estadounidense, a partir de la polémica entre los Jueces CARDOZO y HOLMES[204]. El Juez CARDOZO, en el "caso Defoe vs. Estados Unidos" de 1928, se mostró partidario de admitirla, sin perjuicio de sancionar al autor de la ilicitud, dado que la defensa a ultranza de un derecho fundamental –derecho a la inviolabilidad de domicilio en ese caso– no podía conducir a la absolución del culpable. El Juez HOLMES, por el contrario, en el Asunto "Olmsted vs. Estados Unidos", también de 1928, en un voto particular, señaló que era necesario elegir, y, por lo que a él concernía, prefirió que algunos delincuentes escapen a la acción de la Justicia, antes que el gobierno desempeñe un papel indigno, posición última que fue imponiéndose en la jurisprudencia estadounidense.

---

(203) En la doctrina nacional, Reynaldo BUSTAMANTE ALARCÓN ("El derecho fundamental a un proceso justo", en *Proceso & Justicia. Revista de Derecho Procesal*, N° 1, Lima, 2001, pp. 75-76), introduce una noción más amplia de "debido proceso". Este autor considera que un proceso será justo, adicionalmente, si las normas, materiales o procesales, que concurren a solucionar o tramitar el caso concreto –sin perjuicio de hacer mención a una lista de elementos esenciales que lo integran– permiten obtener una decisión objetiva y materialmente justa.

(204) MORENO CATENA, Víctor (Dir.): *El proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Vol. III, p. 2286. Anteriormente, la "*illegally obtained evidence*", en el Asunto "Weeks vs. Estados Unidos" de 1914, la Corte Suprema estadounidense prohibió en el proceso penal federal la utilización en un proceso de prueba obtenida mediante una búsqueda y secuestro ilegales, por entender que la admisión de dicha prueba vulneraría la Cuarta Enmienda: protección el domicilio, papeles y efectos contra las búsquedas y secuestros irrazonables. A su vez, en tres Asuntos los extendió a los procesos en los Estados de la Unión: Rochin vs. California (1952), Elkins vs. Estados Unidos (1960) y Mapp vs. Ohio" (1961) (*vid.* GUARIGLIA: "Las prohibiciones probatorias", cit., pp. 18-19). Conforme anota José Antonio DÍAZ CABIALE (*La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 107), el primer precedente de la *exclusionary rule* se encuentra en el Asunto "Boyd vs. Estados Unidos" (1886), en el que, en un supuesto de importación ilegal de mercancías de unos comerciantes de Nueva York, se había obligado a estos a elaborar una factura especificando la cantidad y coste de la mercancía, que sería utilizada como prueba por la policía federal en un proceso posterior; la Corte rechazó esa prueba por considerar una vulneración de la cuarta y quinta enmienda al obligarse a una persona a producir pruebas en su contra y, luego, a ser testigos contra sí mismos.

5. Cabe señalar eso sí, que tal concepción, asociada al fundamento preventivo que la originó (Asuntos "Mapp vs. Ohio" [1961], "Miranda vs. Arizona" [1966] y "Massiah vs. Estados Unidos" [1964]) ha soportado sucesivas matizaciones, al punto que finalmente han devenido en excepciones a la regla (se partía de la idea, según DÍAZ CABIALE, que en determinados supuestos carece realmente de sentido aplicar la *exclusionary rule*, ya que no se logra el objetivo de la misma: prevenir las actuaciones ilícitas de la policía)[205] con la introducción, primero, del "*balancing test doctrine*", que postula que la exclusión de las pruebas ilícitas exigirá valorar en cada caso si con ello se contribuiría positivamente a la consecución de aquel fin (Asuntos "Estados Unidos vs. Calandra" [1974] y "Stone vs. Powel" [1976]); y, segundo, del "*good faith exception doctrine*", que precisa que no se excluirá una prueba cuando la Policía, habiendo actuado incorrectamente, lo hizo en la creencia de estar autorizada para llevar a cabo las acciones que consumó (Asuntos "Estados Unidos vs. Leon" [1984] y "Illinois vs. Krull" [1987])[206].

2. PRECISIONES CONCEPTUALES

En tanto nos ubicamos en la primera tendencia, es del caso efectuar tres precisiones[207]:

1. Para que pueda hablarse de "prohibición probatoria", la actividad probatoria (obtención de la fuente o del medio de prueba) se debe generar o ser el resultado de lesionar el derecho fundamental. Es decir, se debe dar un nexo de causalidad entre prohibición probatoria y menoscabo del derecho fundamental.

2. Aunque todos los derechos fundamentales son, en principio, susceptibles –a través de su lesión– de provocar la prohibición probatoria, los que habitualmente conllevan prohibición probatoria son los cometidos contra la integridad física, la libertad personal, la intimidad, el secreto de las comunicaciones, la reserva y secreto tributario y bancario, la autodeterminación informativa en relación con el uso de la informática.

---

(205) DÍAZ CABIALE: *La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, cit., p. 110.

(206) PEDRAZ PENALVA, Ernesto: *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2000, T. I, p. 335. La Corte Suprema estadounidense en el Asunto "Payner vs. Estados Unidos" (1980) sostuvo que la exclusión de la prueba en cada caso de ilegalidad debe ser sopesada frente al considerable daño que podría surgir de una aplicación indiscriminada de la regla de exclusión" (GUARIGLIA: "Las prohibiciones probatorias", cit., p. 19).

(207) DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 22-25.

Basta la constatación de la lesión al derecho fundamental para que irremediablemente se entienda que la prueba obtenida a partir del acto ilegítimo debe ser excluida o carece de efectos legales, sin necesidad de acudir a juicio de ponderación alguno. Ello es así, explica PEDRAZ PENALVA, en la medida en que la doctrina de la exclusión de la prueba prohibida se construye en nuestro ordenamiento en términos absolutos, de forma que el respeto hacia los derechos fundamentales conforma un límite inevitable a la actividad probatoria(208).

Un ejemplo interesante es, al respecto, el Asunto "Schenk vs. Suiza" resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 12 de julio de 1988), que trataba de una grabación telefónica ilegal. El Tribunal Federal suizo, en esa ocasión, hizo uso de la regla de proporcionalidad para limitar el efecto de exclusión de dichas grabaciones, sosteniendo que "el interés en descubrir la verdad en un delito sobre la muerte de una persona debería prevalecer sobre el interés de Schenk, en mantener el secreto de una conversación telefónica que no afectaba a su intimidad". En este caso, como aclara MONTERO AROCA, el TEDH señaló que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no regula la admisibilidad de las pruebas como tal, materia que corresponde ante todo al derecho interno, y solo le corresponde averiguar si el proceso concreto, considerado en su conjunto, fue un proceso justo, lo que ocurrió en el presente caso, toda vez que no se infringieron los derechos de la defensa –dado que el imputado no ignoraba que la grabación era ilegal y tuvo la posibilidad, que aprovechó, de discutir su autenticidad y de impugnar su uso–, y porque, adicionalmente, la grabación no fue la única prueba en la que se basó la condena(209).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en otra decisión (STEDH, Asunto "Khan vs. Reino Unido", de 12 de mayo de 2000), referente a una interceptación telefónica sin orden judicial, a partir de la cual se imputaron cargos por delito de tráfico ilícito de drogas, precisa como datos de hecho que el demandante había aceptado que la voz en cuestión era suya, pero no admitió responsabilidad, a la vez que consideró ilegal el material grabado,

---

(208) PEDRAZ PENALVA: *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 335.

(209) MONTERO AROCA, Juan: *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 63-65. El fallo en cuestión –con varios votos singulares–, párrafo 46, anotó: "*Aunque el convenio garantiza en su artículo 6º el derecho a un proceso justo, no regula por ello la admisibilidad de las pruebas como tal, materia que, por tanto, corresponde ante todo al Derecho interno. El Tribunal no puede, por consiguiente, excluir en principio y en abstracto que se admita una prueba conseguida ilegalmente, como la que se trata. Sólo le corresponde averiguar si el proceso del señor Schenk, considerado en su conjunto, fue un proceso justo*".

pese a lo cual el tribunal inglés le otorgó valor probatorio. En ese caso el TEDH, en el párrafo 34, consideró que su función no es la de tratar sobre los errores de hecho o judiciales cometidos por un tribunal interno, a menos y en la medida en que vulneren los derechos y libertades protegidos por el Convenio; agregó que aunque el artículo 6° garantiza el derecho a un juicio justo, no establece ninguna norma sobre la admisibilidad de pruebas, que es ante todo una cuestión de regulación por el derecho interno; asimismo, señaló que no le corresponde determinar, como cuestión de principio, qué tipos concretos de pruebas –por ejemplo, pruebas obtenidas ilícitamente– pueden ser admitidos o, si un demandante es culpable o no; concluyó reiterando que la pregunta a responder es si el procedimiento en su conjunto, incluida la forma en que se obtuvo la prueba, fue justo.

3. Un problema traen los derechos fundamentales de naturaleza procesal (*vid.* art. 139°). En principio, su vulneración no implica un caso de prohibición probatoria, aunque existen excepciones tales como aquellas garantías referidas a la asistencia letrada, el previo conocimiento de cargos, la no autoincriminación, la no declaración por razones de parentesco o secreto profesional. En todo caso, aquí es esencial el juicio de ponderación o la concepción del ámbito jurídico.

III. CLASIFICACIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA

Siguiendo a MIRANDA ESTRAMPES[210], existen dos criterios para clasificar la prueba prohibida: 1. Por el momento de su producción, y 2. Por las causas de la ilicitud.

1. *Momento de Producción*. La ilicitud será extraprocesal o intraprocesal. Tiene como base la diferencia expuesta por CARNELUTTI entre fuentes y medios de prueba. En el primer caso –extraprocesal– la infracción ocurre antes del proceso, concretamente en el momento de la búsqueda, recojo y obtención de la fuente de prueba (esto último es una realidad extraprocesal que existe por sí misma, independientemente del proceso). En el segundo caso –intraprocesal– se afecta un acto procesal, es decir, la proposición, admisión y práctica de la prueba durante el proceso, es decir, la incorporación irregular de medios de prueba.

---

[210] MIRANDA ESTRAMPES: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, cit., p. 26.

La violación de un derecho fundamental, como dice ORTELLS RAMOS[211], puede producirse en la propia actividad de práctica del medio de prueba, aunque es poco probable que ello ocurra; en cambio, es más probable que se produzca durante la búsqueda y recojo de fuentes de prueba. Esta violación se transmite al medio de prueba, aunque se practique luego con total corrección (v. gr.: prueba pericial sobre bienes conseguidos en un registro ilegal).

2. *Causas de Ilicitud*. ROXIN[212], en cuanto a la producción de la prueba, y sobre la base de la famosa sentencia del BGH de 14 de junio de 1960 que configuró la doctrina jurisprudencial básica en esta materia –"la obligación de esclarecimiento como meta del proceso no rige en forma ilimitada (la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal, Sentencia BGH de 14 de junio de 1960), pues ello entrañaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales"–, subraya las siguientes causas de ilicitud:

a) *Prohibiciones de temas probatorios*: determinados temas no pueden ser objeto de la práctica de la prueba. Un caso relevante es el de los secretos de Estado (art. 184° CPP 1940); otro sería el de las informaciones propias del secreto profesional y aquellas vinculadas al derecho de reserva sobre las convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquier otra índole. La Corte Suprema, por ejemplo, en la Ejecutoria de 18 de enero de 1990 excluyó una prueba al haberse intervenido a una abogada e incautado documentos vinculados a la defensa profesional que desempeñaba[213].

b) *Prohibición de medios probatorios*: determinados medios de prueba no pueden ser objeto de la práctica de la prueba. Un supuesto específico es el de la testifical del testigo-pariente, sin advertírsele del derecho de no declarar, conforme lo dispone el art. 141° del CPP de 1940. La Corte Suprema, reconociendo la superioridad de esa norma, en la Ejecutoria de 9 de diciembre de 1939, declaró ineficaz jurídicamente la declaración prestada por la hermana del acusado, por no habérsele advertido del derecho que le asistía conforme a ley para rehusar la declaración[214].

---

(211) En: MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan–Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho Jurisdiccional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, T. III (*Proceso penal*), p. 269.

(212) ROXIN: *Derecho procesal penal*, cit., p. 191.

(213) Exp. N° 16-90, Lima (RETAMOZO, Alberto y PONCE, Ana María: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Idemsa, Lima, 1994, pp. 142-144.

(214) *Revista del Foro*, N° 1-6, Lima, 1940, p. 384.

c) *Prohibiciones de métodos probatorios*: determinados métodos de prueba no pueden ser empleados. Un caso típico es el de la interdicción de mecanismos que limitan la libertad y/o espontaneidad de la declaración del imputado, tales como torturas o amenazas. Sobre este punto, la Corte Suprema, en la Ejecutoria de 3 de abril de 1998, estableció que la admisión de cargos y la exigencia para firmar un acta de incautación carece de efectos legales si se agrede al detenido para hacerlo(215).

d) *Prohibiciones probatorias relativas*: la prueba solo puede ordenarse o realizarse por determinadas personas. Un supuesto típico es el de la intervención telefónica, que la Constitución solo autoriza mediando orden judicial y la ley dispone que debe ser ejecutada por el Fiscal asistido por funcionarios fiscales, de la policía y/o de la compañía telefónica.

Estas limitaciones no hacen sino demostrar, en palabras de HASSEMER, que el averiguamiento de la verdad no es la meta de la fase de producción en el proceso penal. La meta es más bien la obtención formalizada de la verdad. El Derecho procesal penal plantea al Juez una tarea que no puede realizar: averiguar la verdad, pero no a cualquier precio. El precio son los derechos de la persona que sirve de medio de prueba y tales derechos "cuestan" la completa averiguación de la verdad(216).

En esa lógica, el ordenamiento jurídico nacional prevé pruebas expresamente prohibidas (*vid.* arts. 2°.10 y 2°.24 'h' Const.) y aquellas otras en que su exclusión será necesaria como consecuencia directa de la vulneración de un derecho fundamental. La exclusión es absoluta cuando se trata de los denominados derechos fundamentales sustantivos o materiales (v. gr.: derecho al secreto de las comunicaciones, derecho a la inviolabilidad del domicilio, derecho a la libertad personal, etc.), pero cuando se trata de normas procesales constitucionalizadas resultará indispensable un juicio de ponderación, de suerte que debe excluirse una prueba cuando importa una falta grave al procedimiento, imprescindible por motivos de tutela jurídica preventiva. Debe considerarse, sólo en este en este último caso, y bajo la teoría germana del "ámbito de derechos", si la lesión afecta en forma esencial el ámbito de derechos del individuo o si ella es sólo de una importancia secundaria o no tiene importancia alguna para él, para lo cual se debe estimar, ante todo, el motivo de justificación de la disposición y la cuestión acerca de en interés de quién ha sido creada.

---

(215) Exp. N° 5049, Lima (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 174).

(216) HASSEMER, Winfried: *Fundamentos del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 190.

IV. FUNDAMENTO DE LA PRUEBA PROHIBIDA

1. EL VALOR PREFERENTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El fundamento de la exclusión de las pruebas prohibidas, situado en un conflicto de dos derechos de relevancia constitucional –el descubrimiento de la verdad y la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos–, no descansa, como dice la jurisprudencia estadounidense, en el efecto disuasor o profiláctico de las conductas ilegales de los agentes policiales (*deterrence effect*) –quien transgreda los derechos fundamentales en la búsqueda de pruebas verá sus esfuerzos investigadores condenados al fracaso, sin perjuicio de ser castigado–, que por lo demás es una opción de política legislativa y, por tanto, sujeta a una intensa modulación por presiones sociales.

La Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, según se ha mencionado, acepta la mencionada doctrina del *deterrence effect*. Así aparece con toda nitidez, en el Asunto "Janis vs. Estados Unidos" (1976), cuando acota: "el principal propósito de la exclusión de las pruebas ilícitas, si no el único, es evitar las conductas policiales ilícitas". Como tal, si bien tiene refrendo constitucional, empero su ubicación constitucional es instrumental o subordinada, de suerte que es una exigencia constitucional en la medida que sirve para prevenir las conductas policiales contrarios a los derechos fundamentales[217]. Es de precisar que algunos otros fallos han reconocido que no existe constatación empírica de este efecto disuasorio[218].

En el modelo eurocontinental, el fundamento de la exclusión probatoria radica en la posición preferente que los derechos fundamentales ocupan en el ordenamiento jurídico, en el valor supremo que la Constitución les concede. Por tanto, si los derechos fundamentales, dada la posición que ocupan en el ordenamiento jurídico, son inviolables, el interés en alcanzar la verdad procesal debe necesariamente ceder, como regla general, ante las superiores exigencias que derivan de la efectiva tutela de aquellos. La denominada "función disciplinaria" de la prueba prohibida, propia del modelo estadounidense que, al decir de STRUENSEE, tiene como base una lógica de prevención general y exige una lesión culpable a una norma probatoria, no es de recibo en el proceso penal eurocontinental (y, por extensión, en el

---

[217] Otros fallos emblemáticos, en esa perspectiva, son los recaídos en los Asuntos "Bibens vs. Six Unknown Named Agents" (1971); "Estados Unidos vs. Calandra" (1974).

[218] *Vid.* Asuntos "Bivens vs. Six Unknown Federal Narcotics Agents" (1971); "Estados Unidos vs. Calandra" (1974); y "Stone vs. Powell" (1976).

nuestro) en tanto que conduce a una limitación del ámbito de aplicación de las prohibiciones de valoración carente de sentido[219].

La necesidad de la regla de exclusión al prohibir la búsqueda de la verdad a cualquier precio fue magistralmente expuesta, como recuerda GÁLVEZ MUÑOZ, por un fallo inglés en 1846, en el Asunto "Pearse vs. Pearse", al decir: "La admisión obligada de todas las pruebas pertinentes y útiles al margen de cómo fueron obtenidas, quizás sea crucial para el conocimiento de la verdad (...) pero la verdad, como tantas otras cosas buenas, si son ansiadas desmedidamente, si son perseguidas demasiado ardientemente, pueden costar demasiado"[220].

2. ÁMBITO DE LA EXCLUSIÓN

En cuanto al *ámbito de la exclusión*, la doctrina es pacífica en reconocer la exclusión probatoria cuando se trata de vulneración directa o indirecta de derechos constitucionales sustantivos (v. gr.: derecho a la libertad personal, derecho a la libertad domiciliaria, derecho a la intimidad, etc.). El problema, sin embargo, viene cuando se trata de la vulneración de derechos constitucionales "procesales": derecho al debido proceso, derecho a la tutela jurisdiccional, presunción de inocencia y derecho de igualdad procesal, en conexión con normas de rango ordinario. Sobre el particular aclara PELLEGRINI, la prohibición tiene naturaleza exclusivamente procesal cuando es puesta en función de intereses atinentes a la lógica y la finalidad del proceso, mientras que tendrá naturaleza sustancial, cuando, aun sirviendo mediatamente también a intereses procesales, está colocada esencialmente en función de los derechos que el ordenamiento reconoce a los individuos, independientemente del proceso[221].

Desde esa perspectiva, unos alegan que tal infracción no constituye prueba prohibida, mientras que otros sostienen que siempre debe considerarse prohibida al estimar que ello vulnera el debido proceso y la igualdad procesal.

Nosotros asumimos, en cuanto a los derechos constitucionales procesales, la postura intermedia, en cuya virtud debe valorarse la trascendencia de la infracción procesal atendiendo a los intereses en conflicto. Resulta imprescindible, en este caso, determinar cuándo una infracción es de tal entidad que lesiona las garantías procesales básicas.

---

(219) STRUENSEE: "La prueba prohibida", cit., p. 675.

(220) GÁLVEZ MUÑOZ, Luis: *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 63.

(221) PELLEGRINI GRINOVER: "Pruebas ilícitas", cit., p. 289.

La tesis "intermedia", siguiendo especialmente a GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, exige ponderar la trascendencia –y esencialidad– de la infracción procesal atendiendo a los intereses en conflicto en cumplimiento del principio de proporcionalidad(222). Dice al respecto la STSE de 29 de marzo de 1990: "debe realizarse una adecuada valoración de la norma violada en consideración a su auténtico y real fundamento y a su verdadera esencia y naturaleza". Es claro, por lo demás, que la lesión de un derecho fundamental procesal se produce inmediatamente, es decir, ese hecho refleja que la lesión se perfeccionó, empero la lesión solo se consuma cuando tiene trascendencia en el resultado del proceso: no hay lesión de derechos constitucionales procesales en conductas que no tienen trascendencia en el resultado del proceso.

En la jurisprudencia estadounidense, como ya se anotó, se ha tratado de limitar la configuración absoluta de la regla de exclusión: *si se establece la violación de un derecho fundamental, la evidencia causalmente obtenida mediante esa vulneración carece de eficacia jurídica*. Sobre esa base se configuraron las doctrinas de la "ponderación de costos" (*Balancing Test*) y de la "buena fe" (*Good faith exception*).

La primera excepción se inicia con el Asunto "Estados Unidos vs. Calandra" (1974). Como quiera que la regla de exclusión tiene un fundamento preventivo, es un remedio judicial, no un derecho constitucional, la "ponderación de costos" implica que cada vez que se pretenda excluir la prueba debe sopesarse hasta qué punto con ello se logra evitar futuras actuaciones ilícitas de la policía, por lo que no merece sacrificar evidencia de gran valor probatorio cuando el efecto preventivo no es claro. Esta concepción en tanto se tome como referencia el valor preferente de los derechos fundamentales y la garantía que dimana del derecho a la presunción de inocencia no puede aceptarse respecto de los derechos fundamentales materiales, aunque con las correcciones de rigor, según lo apuntado líneas arriba, es de evaluarse en el caso de los derechos procesales constitucionalizados.

La segunda, la excepción de buena fe, se consolidó en el Asunto "León vs. Estados Unidos" (1984), y tiene lugar cuando se realiza un acto objetivamente inconstitucional de obtención de evidencias, pero el policía lo hizo en la creencia que lo hacía dentro de la ley, obrando de buena fe. En este caso, habrá de tenerse en consideración la intensidad de la infracción, la cantidad de invasión que se ha producido en la esfera del derecho afectado y, además, la conciencia de la violación; si el agente policía actuó de forma razonable creyendo que lo hacía de conformidad con la Constitución. Ello puede darse

(222) GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, p. 340.

en el caso de actuar conforme a una Ley después declarada inconstitucional, o siguiendo una orden judicial después anulada por ilegítima, o cuando se estaba en la creencia –errónea por cierto– de que la concreta actuación podía hacerse como se hizo. Ahora bien, esta excepción debe rechazarse en tanto que, como anota VIVES ANTÓN, 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 procedimiento a las que ha de ajustarse la toma de decisiones en todo sistema democrático[223]; por eso, una objetiva vulneración de los mismos no puede ser pasada por alto en atención a la intención del agente, siempre de difícil concreción.

3. UBICACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INADMISIÓN PROBATORIA

La exclusión de valoración de las pruebas prohibidas, según algunos, se asienta en el derecho al debido proceso y, según otros, en el derecho a la presunción de inocencia. Para nosotros es claro que el juicio de suficiencia de las pruebas, como el juicio de licitud de las mismas, forma parte del contenido del derecho a la presunción de inocencia: antes que se valore la suficiencia de las pruebas es necesario que examine su licitud. Este derecho, a final de cuentas, tiene una naturaleza de parámetro que garantiza la existencia y calidad de la actividad probatoria de cargo. Desde esta perspectiva, la SCS de 9 de julio de 1999, al definir la presunción de inocencia precisa que esta solo puede enervarse en tanto en cuanto la prueba sea válidamente adquirida y actuada o practicada. En igual sentido, se pronuncian las SSCS de 21 de mayo de 1999 y de 2 de agosto de 1999.

Sin perjuicio de lo expuesto, siguiendo a DÍAZ y MARTÍN, el art. 139° de la Constitución y, en especial, el art. 2°.24. e), reconocen una garantía constitucional con entidad propia, de contenido procesal: *la inadmisión de la prueba prohibida*, en cuya virtud no puede existir tutela jurisdiccional efectiva, si se logra a través del menoscabo de derechos e intereses a los que nuestra Constitución otorga un valor preferente[224]. Pero, en concreto, es de acotar que esta garantía se ubica en el ámbito del derecho a la presun-

---

(223) VIVES ANTÓN, Tomás S.: "Doctrina constitucional y reforma del proceso penal", en su: *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 305-306.

(224) DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., p. 28. Es de insistir, con DÍAZ CABIALE (*La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*, cit., p. 117), que la imposibilidad de valerse de pruebas que lesionaron un derecho fundamental es una concreción más de la presunción de inocencia, y por tanto importa el mismo desarrollo de la esencia de un derecho fundamental, que no derecho subjetivo.

ción de inocencia: la prueba debe realizarse a través de los medios que sean constitucionalmente legítimos, derecho que atiende no solo a la forma en que la prueba se practica en el proceso, sino que debe rastrearse su origen, incluso extraprocesal.

Sobre esa base la Corte Suprema entendió que la presunción de inocencia exige que la actividad probatoria sea válidamente adquirida y practicada con respeto de las garantías procesales correspondientes. En varios fallos agregó que para desvirtuar la presunción de inocencia se requiere que en el proceso exista una mínima actividad probatoria que justifique la expedición de una condena justa, que se sustente en pruebas actuadas con las debidas garantías procesales, lo que constituye no solo un derecho fundamental de toda persona, sino además un principio de la función jurisdiccional[225].

Es de recordar a este respecto las afirmaciones de VÁSQUEZ SOTELO sobre la presunción de inocencia: ésta se encuentra jurídicamente configurada como una garantía constitucional del proceso y como un derecho fundamental del ciudadano[226].

Dicho con mayor precisión, el nivel en que se asienta la presunción de inocencia, en orden al tema tratado, es el normativo (el otro nivel, el fáctico, comprende tanto la acreditación de hechos descritos en un tipo penal, como la acreditación de la intervención en el hecho de una persona), dado que este abarca –fuera de la exigencia de una estructura racional de la convicción del juzgador– la regularización en la obtención y producción de la prueba[227].

Conviene insistir, con PEDRAZ PENALVA, en lo siguiente: 1) Que el derecho a la presunción de inocencia despliega uno de sus efectos en la determinación de cuáles son las pruebas válidas para desvirtuar la inocencia: licitud y regularidad. 2) Que se infringe este derecho si la condena se basa, exclusivamente o de modo esencial, en pruebas lesivas a los derechos

---

(225) Ejecutorias Supremas de 21 de mayo de 1999, Exp. N° 453-99, Lima; y, de 2 de agosto de 1999, Exp. N° 227-99, Lima (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 223). En igual sentido, las Ejecutorias Supremas de 15 de octubre de 1999, Exp. N° 2509-99, Lima; y, de 9 de julio de 1999, Exp. N° 706-99, Lima (*Normas Legales*, T. 287, abril, Trujillo, 2000, pp. A-70/A-72; y *Normas Legales*, T. 281, octubre, Trujillo, 1999, pp. A35-A37, respectivamente).

(226) VÁSQUEZ SOTELO, José Luis: *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 280.

(227) CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO: *Derecho procesal penal*, cit., p. 423. En igual sentido, se pronuncia Faustino CORDÓN MORENO (*Las garantías constitucionales del proceso penal*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 156): "... se exige que la condena venga fundada en pruebas lícitamente obtenidas y practicadas con las debidas garantías procesales ... [que] las pruebas de cargo sean válidas (...)".

fundamentales. 3) Que si bien la presunción de inocencia está íntimamente relacionada con el debido proceso, en tanto que las pruebas que desvirtúan la inocencia deben haber sido obtenidas con todas las garantías, existe un margen autónomo para apreciar la primera, que se da cuando –además de pruebas inconstitucionales– existen otras pruebas de cargo válidas e independientes que permitan un juicio de culpabilidad[228].

En rigor, lo correcto –siguiendo a los italianos– es apartarnos de la moción de nulidad procesal cuando se trata de prueba prohibida. La sanción procesal en este caso es de "*inutilizabilidad* de la prueba": prohibición de admisión y valoración de la prueba prohibida, cuyos efectos se dan tanto en la fase de admisión del medio de prueba como en el de su valoración o apreciación judicial. Como dice SILVA MELERO, cuando los medios de prueba son prohibidos no deben ser admitidos y, en caso de haberlo sido, no deben ser tenidos en cuenta[229]. Una prueba prohibida es, sustantiva o constitucionalmente, impertinente (STCE, 29 de noviembre de 1984). Lo característico de la prueba prohibida es su carencia de validez y eficacia probatoria.

Como dice GÁLVEZ MUÑOZ, la obtención de pruebas con violación de derechos fundamentales de la persona no puede tener eficacia alguna en el proceso. No puede ser objeto de valoración alguna en el proceso, no constituye en sentido estricto prueba judicial válida, por lo que debe reputarse inexistente. Como tal: a) es *insubsanable*, esto es, no puede ser convalidada de ninguna manera, ni mediante otra diligencia procesal posterior, ni mediante la aquiescencia explícita o implícita del perjudicado por aquella ilicitud, dado que la "regla de exclusión" es imperativa, aunque es de aclarar que en determinados casos –siempre que existan condiciones legales para ello– es posible volver a obtener la prueba cuestionada mediante la reiteración de la diligencia correspondiente (un caso típico –como menciona SCHLÜCHTER– es la *Fortwirkung* germana relacionada con un interrogatorio posterior realizado correctamente, en cuya virtud si el inculpado ha mostrado otra actitud tras la supresión del influjo prohibido, entonces no existe efecto extensivo alguno[230]); b) *la ineficacia de la prueba no trasciende al plano fáctico*, lo que significa que si bien los hechos descubiertos inconstitucionalmente no sirven para sustentar una prueba válida, ello no significa que no existieron en la realidad o que son otros distintos, de suerte que eventualmente es posible tanto su acreditación por otros medios de prueba (v. gr.: confesión), cuanto

---

[228] PEDRAZ PENALVA: *Derecho procesal penal*, cit., T. I, pp. 333-334.

[229] SILVA MELERO, Valentín: *La prueba procesal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 70.

[230] SCHLÜCHTER, Ellen, *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 49.

que, por ejemplo, la incautación inconstitucional de bienes prohibidos o controlados no exija su levantamiento y entrega al culpable; y, c) exceptionando la prueba independiente, por lo general *la exclusión se extiende a todas aquellas evidencias conseguidas o practicadas de forma lícita* que se basan, derivan o tienen su origen en informaciones o datos conseguidos en la práctica de una diligencia inconstitucional(231).

Esta inutilizabilidad, empero, se excepciona en los supuestos *in bonam partem o in utilibus*, es decir, cuando la prueba prohibida aporta elementos de descargo para el imputado. Es una eficacia limitada a acreditar la inocencia del imputado o encaminada a desvirtuar el resultado de las pruebas de cargo practicadas en el proceso.

V. EXTENSIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. En cuanto a la extensión o límites de la prueba prohibida, la polémica radica en determinar si la prohibición de valoración debe alcanzar exclusivamente a la prueba prohibida (*original evidence*) o si debe abarcar –como principio general– a todas aquellas pruebas que, aun obtenidas o practicadas de forma lícita, tengan su origen en la primera, esto es, a aquellas otras pruebas que si bien son en sí mismas lícitas se basan, derivan o tienen su origen en informaciones o datos conseguidos por aquella prueba ilegal, dando lugar a que tampoco estas pruebas lícitas puedan ser admitidas o valoradas (*derivative evidence*).

2. A esto último se denomina –siguiendo al Juez FRANKFURTER al fallar el Asunto "Nardone vs. Estados Unidos" en 1939– *"the fruit of the poisonous tree-doctrine" o* doctrina del fruto del árbol envenenado (el vicio de la planta se transmite a todos sus frutos), o "doctrina del efecto reflejo, indirecto o expansivo", que en derecho alemán se denomina *"Fernwirkung"*(232). Es de

(231) GÁLVEZ MUÑOZ: *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., pp. 147-155.

(232) El precedente de ese fallo, fue el Asunto "Silverthorne Lumber Co. vs. Estados Unidos" (1920), en el que la Suprema Corte decidió que el Estado no podía intimar a una persona a que entregara documentación, cuya existencia había sido descubierta por la policía a través de un allanamiento ilegal. La expresión "fruto del árbol venenoso o envenenado" fue utilizada por primera ves en el Asunto "Nardone vs. Estados Unidos" (1939), al resolver que no solo debía excluirse como prueba en contra de un procesado grabaciones de sus conversaciones efectuadas sin orden judicial, sino igualmente otras

entenderse, desde nuestra concepción, que la opción por el efecto expansivo de la prueba prohibida no es más que una consecuencia de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables, a partir de la cual se procura otorgar el máximo de protección a los mismos y, por ello, dicha doctrina es de recibo en nuestro ordenamiento procesal. Una razón práctica en pro del efecto expansivo la proporciona ROXIN, al indicar que de no ser así las prohibiciones probatorias pueden ser eludidas muy fácilmente y estimularía prácticas prohibidas que vaciarían de contenido las normas que las instituyen(233).

Nuestra Corte Suprema, siguiendo el planteamiento español (*vid.* art. 11°.1 LOPJ de España), en la Ejecutoria de 16 de abril de 2002 consideró que la ineficacia probatoria se extiende a las evidencias obtenidas no solo con vulneración directa de los derechos fundamentales, sino también *indirecta*(234). Esta última expresión, señala ASENCIO MELLADO, acoge la teoría en cuestión que, resumidamente, quiere afirmar que no es posible valorar a los efectos de dictar una sentencia condenatoria una prueba que, aun procediendo de un medio legítimamente obtenido, tenga su origen en otro obtenido con infracción de los derechos fundamentales(235).

3. Lo básico para determinar el alcance de este efecto consiste en acreditar la relación de causalidad, la conexión causal, entre la prueba prohibida y la prueba lícita que deriva de la anterior, esto es, el carácter de consecuencia del segundo acto en relación con el primer acto, la relación de causa-efecto. No existen reglas apriorísticas al respecto, sino debe examinarse y analizarse con rigurosidad cada caso concreto. MAIER, al respecto, propone el método de la "supresión mental hipotética": se suprime el acto viciado y se verifica hipotéticamente si, sin él, racionalmente se hubiera arribado al acto regular y, por tanto, al conocimiento definitivamente adquirido de modo mediato(236).

---

evidencias a las que se había llegado aprovechando la información que surgía de tales grabaciones; y, fue seguida, por ejemplo, en otros tres asuntos relevantes: "Wong Sun vs. Estados Unidos" (1963), "Brown vs. Illinois" (1975), "Davis vs. Mississippi" (1962), y "Ceccolini vs. Estados Unidos" (1978) (*vid.* CARRIÓ: *Garantías constitucionales en el proceso penal*, cit., p. 238). Los precedentes germanos permiten sostener que su aplicación en dicho país es muy restrictiva (SCHLÜCHTER: *Derecho procesal penal*, cit., p. 49).

(233) ROXIN: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 205-206.

(234) Exp. N° 4439-2001, Puno (*Normas Legales*, T. 312, mayo, Trujillo, 2002, pp. A30-A35).

(235) ASENCIO MELLADO: *Derecho procesal penal*, cit., p. 131.

(236) MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1996, T. I, p. 701.

4. El problema esencial en materia de prueba prohibida consiste en delimitar los alcances del "efecto extensivo" de la inutilización o declaración de ineficacia procesal de los actos de prueba subsiguientes al acto de prueba inconstitucional. ¿Existen excepciones a la exclusión de la prueba refleja? Parecería que, siguiendo a RIVES SEVA, la respuesta debe partir de si es posible la desconexión causal de unas y otras pruebas[237]. Una tendencia en este exclusivo ámbito, que ineludiblemente apunta a restringir los alcances del efecto extensivo, estriba en entender que la desconexión causal no solo tiene un ámbito natural, sino que es del caso apreciar concurrentemente una necesaria desconexión jurídica o normativa.

Hoy por hoy, pese al diferente fundamento de la jurisprudencia estadounidense –mera prolongación procesal del derecho constitucional sustantivo–, esta tanto en España como en Alemania se está tomando como base para introducir excepciones. El factor de excepción se mide a partir de una "ponderación de intereses", vale decir, el coste de la exclusión de la fuente de prueba frente al efecto disuasorio que provoca esa exclusión. Por tanto, si con la exclusión probatoria no se previene una conducta policial ilícita, no existe imperativo constitucional alguno para impedir el exceso de la prueba que se logró a través de la lesión de un derecho fundamental.

2. EXCEPCIONES AL EFECTO EXTENSIVO

1. Un elemento descriptor delimitativo, pero que por su propia naturaleza no puede ser una limitación o excepción a la regla general, es la denominada "fuente independiente" (*independent source*), configurado expresamente por la Suprema Corte estadounidense en el Asunto "Bynum vs. Estados Unidos" (1960). Mediante esa decisión se excluyeron las huellas dactilares de un detenido ilegalmente, no así las que se encontraban en los archivos de la policía cuando se procesa al imputado. De igual manera, sigue esta doctrina el Asunto "Segura vs. Estados Unidos" (1984), que se trató de un allanamiento sin orden judicial, a través del cual la policía detuvo a sus ocupantes y permaneció varias horas en el lugar hasta que obtuvo el mandamiento judicial, el mismo que se consiguió a partir de datos preexistentes al allanamiento. La Corte en este caso solo excluyó lo que se incautó en la entrada inicial[238]. La ruptura

---

(237) RIVES SEVA: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 77.

(238) A ella siguió el Asunto "Oregon vs. Elstad" (1985). Igual criterio acogió la Corte Suprema de Justicia Argentina en el Asunto "Rayford" (13 de mayo de 1986), reiteradas en los asuntos "Ruiz Roque" (1988) y "Daray" (1995), en el que precisó que no debía excluirse una prueba en tanto era producto de un camino o curso de investigación

del nexo causal en este supuesto es manifiesta, por lo que, en propiedad, no es una excepción.

Es de insistir que si se identifican pruebas que jurídicamente son independientes de aquellas pruebas aquejadas de ilicitud constitucional, no se está ante una excepción al efecto extensivo de la prueba prohibida. Claro está, como previene PEDRAZ PENALVA, para determinar si no se vulneró el derecho a la presunción de inocencia debe determinarse si, excluidas estas del resto de las pruebas puede inferirse de forma no arbitraria y suficientemente sólida todos los hechos que, declarados probados, pueden sustentar una condena[239].

2. En verdad, una primera excepción al efecto reflejo está constituida por la doctrina denominada "*nexo causal atenuado*". A través de dicha doctrina, se llega a la convicción de que una prueba no se habría obtenido de no haberse producido la lesión al derecho, pero se estima –para no excluirla– que debe haber una diferenciación entre la lesión del derecho y la obtención de la prueba derivada. En el Asunto "Wong Sun vs. Estados Unidos" (1963), la Suprema Corte estadounidense tuvo en cuenta: 1) que se produjo un allanamiento ilegal que implicó la detención de A, quien acusó a B de haberle vendido droga; 2) que, luego, se encontró la droga a B, quien a su vez implicó a C, quien fue consecuentemente detenido fruto de la ilegalidad inicial; y, 3) que, varios días después, tras haber sido puesto en libertad bajo fianza, C llevó a cabo una confesión voluntaria ante los agentes que lo interrogaron. Sobre tales datos, la Corte rechazó todas las pruebas salvo la última confesión, recalcando que la voluntariedad del confesante, al que inclusive se le advirtió de sus derechos, introducía en el supuesto un acto independiente sanador que rompía la cadena con la lesión inicial.

3. La segunda excepción es la denominada "descubrimiento inevitable" (*inevitable discovery doctrine* o *hipothetical independent source rule*)[240]. Según ella, no cabe la exclusión de la prueba si la misma hubiera sido descubierta inevitablemente por una conducta policial respetuosa con los derechos fundamentales e independiente de la lesión. La Suprema Corte estadouni-

---

distinto a la que dio origen a la prueba ilegítima. Se exige no un juicio hipotético sino la realidad de una investigación distinta.

(239) PEDRAZ PENALVA: *Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 336.

(240) Entre ambas denominaciones, la diferencia se encuentra en la respuesta a la pregunta de si la prueba cuestionada hubiera sido obtenida con toda seguridad, sin género de dudas (*inevitable discovery exception*), propia del Asunto "Nix vs. Williams", o si la respuesta sería "probablemente sí", aunque con un margen mínimo de dudas (*hipothetical independent source rule*), propia del Asunto "Estados Unidos vs. Crews".

dense concibió esa doctrina en el Asunto "Nix vs. William" (1984), que está referida a una confesión obtenida ilegalmente que a su vez reveló el paradero de la víctima del asesinato, cuando un grupo de 200 voluntarios estaba ya buscando el cuerpo según un plan que incluía la zona donde se encontraba el cadáver. Se señaló en ese caso que debe demostrarse un "estándar de preponderancia" de que la prueba se habría obtenido más allá de cualquier conjetura o duda(241).

Una aceptación explícita de dicha doctrina ha sido plasmada por el Tribunal Supremo español en su sentencia 974/1997, de 4 de julio. Se anotó en esa ocasión que la acusada era objeto de un proceso de vigilancia y seguimiento policial, anterior a una intervención telefónica practicada a través de una orden judicial reputada inconstitucional (intervención que permitió conocer el lugar y fecha de una reunión con sus proveedores donde se le entregaría un alijo de droga), dado que se tenía información antelada que era habitual en la comercialización de droga, seguimiento que habría conducido inevitablemente a descubrir la reunión celebrada en una cafetería de la localidad. La Sala Penal consideró que "inevitablemente" y por métodos regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de otros modos en el descubrimiento de la entrega del alijo, realizada en un lugar público y sujeto a la vigencia del grupo de agentes que procedían al seguimiento de la acusada(242).

Por lo demás, ROXIN se muestra conforme con esta excepción, al decir: "Por el contrario, se debe insistir en que la valoración de pruebas indirectas sólo puede entrar en consideración [...], cuando conforme al desarrollo precedente de las investigaciones ellas también hubieran sido obtenidas, muy probablemente, sin violación de las reglas del procedimiento"(243). Aquí debe tomarse en consideración el estado de la investigación, las máximas de la experiencia y las reglas de la lógica, de las que cabría entender que el investigador hubiera actuado de la misma manera sin la información viciada; en este supuesto, es cierto, se constata la debilidad –no su rechazo– del nexo causal de unión, dada la existencia de otros datos o elementos fácticos

---

(241) La Suprema Corte de Justicia estadounidense, en el Asunto "Brewer vs. Williams" (1977), admitió antes esa excepción para casos en que se acreditara por el Estado: a) Que la policía no había actuado de mala fe y con el propósito de acelerar la investigación recurriendo a un medio ilegal; y, b) que efectivamente la prueba no podía haber permanecido oculta (CARRIÓ: *Garantías constitucionales en el proceso penal*, cit., p. 254). Otro asunto relevante es el "Estados Unidos vs. Crews" (1980).

(242) CLIMENT DURÁN, Carlos: *La prueba penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 1017.

(243) ROXIN: *Derecho procesal penal*, cit., p. 206.

que permiten inferir razonablemente que el resultado probatorio se habría obtenido, en realidad, muy probablemente, sin la ayuda de la información inconstitucional(244).

4. La jurisprudencia constitucional española, según precisa JAÉN VALLEJO (por todas: STC N° 136/2000, de 29 del mayo), a partir de la STC N° 81/1998, inicia el camino de las excepciones en materia de efecto extensivo de la prueba prohibida construyendo una doctrina de pretendidos efectos sistemáticos, a la que denominó "*juicio de conexión de antijuricidad*"(245). Según ella no sólo resulta necesaria una conexión o relación natural entre una prueba inconstitucional y las pruebas restantes o derivadas, lícitas en sí mismas o intrínsecamente constitucionales (obtenida a partir, según se anotó, de la concepción de la "supresión mental hipotética"), sino que además es menester constatar que se dé entre ellas una conexión de antijuricidad.

En este caso, el juicio de antijuricidad se aprecia atendiendo conjuntamente al acto lesivo del derecho fundamental materializado en la prueba originaria y su resultado, tanto desde una perspectiva interna, es decir, en atención a la índole y características de la vulneración del derecho sustantivo materializadas en la prueba originaria y de su resultado, como desde una perspectiva externa, a saber, la de las necesidades esenciales de tutela exigidas para la efectividad de ese derecho (FJ 4, STC N° 81/1998). Cabe precisar que en ese último ámbito se destacan como fundamento las necesidades de disuasión, en tanto pueden reputarse indispensables desde la perspectiva de la tutela del derecho fundamental implicado (FJ 6, STC N° 81/1998).

Por esa vía, como critican DÍAZ y MARTÍN: 1) Se incorpora la doctrina americana de la "*fuente independiente*", pues reconoce que cabe una diferencia entre "pruebas diferentes o derivadas" pero conectadas o vinculadas con la prueba prohibida, en cuanto deriva de esta última, con las denominadas "pruebas independientes", es decir, de aquellas otras pruebas que no guardan conexión causal con la originaria prueba prohibida). 2) También se incorpora la doctrina del "*nexo causal atenuado*", donde se diferencia, por ejemplo, el allanamiento inconstitucional de un domicilio de la ulterior confesión del dueño de casa e imputado en el proceso penal. 3) Asimismo, se acepta la doctrina del "*descubrimiento inevitable*". Por medio de tal construcción jurídica, indican los autores, el Tribunal Constitucional español busca una desconexión causal entre la lesión del derecho fundamental y el medio de

(244) GÁLVEZ MUÑOZ: *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., pp. 186-187.

(245) JAÉN VALLEJO, Manuel: *Tendencias actuales de la jurisprudencia penal española*, Horizonte, Lima, 2001, pp. 70-77.

prueba, y hace una diferencia entre dependencia natural y dependencia jurídica, pero contradictoriamente se sitúa en el plano de los derechos sustantivos o materiales constitucionales, olvidando que la prueba prohibida tiene una naturaleza de garantía procesal constitucionalizada y que, por tanto, no puede homologar las consecuencias que se derivan del tratamiento de un derecho sustantivo con el de un derecho procesal[246]. De otra postura, aceptando las dos últimas excepciones se encuentra GÁLVEZ MUÑOZ[247].

Una posición interesante, aunque compleja y no coincidente con estos postulados, es la mantenida por BUSTAMANTE ALARCÓN, cuando señala que "*...como regla general cuando la obtención ilícita del medio probatorio y/o de la fuente de prueba incide, necesariamente, en la pérdida de veracidad o credibilidad del medio y/o de la fuente así obtenida, entonces la 'prueba ilícita' no debe tener eficacia probatoria e incluso debe ser excluida del proceso o procedimiento [...]. En cambio, cuando a pesar del modo ilícito en que se obtuvo el medio y/o la fuente de prueba, ello no lesiona su veracidad o credibilidad, entonces el juzgador deberá proceder conforme a los puntos anteriores para decidir si admite o reconoce eficacia probatoria...*"[248]. Empero, es de considerar que no se trata de pérdida de veracidad o de credibilidad, sino de objetividad de una concreta lesión de un derecho fundamental, y –directa o indirectamente– de los problemas de causalidad, natural y jurídica, que ello acarrea a la fuente o medio de prueba obtenido o practicado y a sus efectos reflejos.

---

(246) DÍAZ CABIALE/MARTÍN MORALES: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, cit., pp. 127-134.

(247) GÁLVEZ MUÑOZ: *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, cit., pp. 186-199.

(248) BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo: "El problema de la 'prueba ilícita': un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal", en: *Cáthedra Discere*, N°s 8-9, Lima, 2002, p. 69.

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 solución de la incertidumbre. **IV.** Otras reglas valorativas: 1. Precisiones. 2. Declaraciones de la víctima. 3. Declaraciones de coimputados. 4. Imputaciones de colaboradores o arrepentidos.

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 solo 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[249].

La *verdad judicial*, como apunta FERRAJOLI[250], 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 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

---

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

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

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 esta 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.[251].

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 jurídica 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[252], tres sistemas: íntima convicción, prueba legal y libre convicción o sana crítica racional. La *íntima convicción* implica de consuno: a) inexistencia de toda norma

---

[251] HASSEMER: *Fundamentos del Derecho penal*, cit., pp. 180-182.

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

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(253).

Los Códigos de 1940 y de 1991 (arts. 283° y 193°, 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 cohíban 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"(254).

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

---

(253) CAFFERATA NORES, José Ignacio: *La prueba en el proceso penal*, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 42.

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

judicial[255]. Esta concepción ha sido interpretada por la Corte Suprema señalando que: "El Juzgador debe utilizar el *criterio de conciencia* mediante un adecuado razonamiento lógico-jurídico que le permita llegar a la certeza y verdad legal, en la cual debe estar plenamente convencido de que el acusado resulte ser el responsable del ilícito que se le atribuye"[256].

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, por 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[257].

La Corte Suprema, desde esta perspectiva, en un fallo reciente de múltiples efectos –que resume mucho de que lo estamos postulando– declaró que: "Es exigencia procesal que los fallos condenatorios reflejen el juicio racional y lógico de parte de los juzgadores en donde por la fuerza de la carga probatoria se quiebre la presunción de inocencia, pudiendo considerarse prueba de signo incriminatorio o de cargo la que haya sido obtenida sin vulneración de los derechos fundamentales directa o indirectamente (ello incluye la inutilización de las pruebas reflejas) y haya sido practicada en el plenario o juicio oral. *Y cuando se trata de prueba preconstituida que ésta resulta imposible su reproducción siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa y la posibilidad de contradicción*. Para ello se requiere que la valoración del conjunto de las pruebas se inicie desde una calificación de la validez o licitud de cada prueba practicada y luego la ponderación de la eficacia, capacidad persuasiva, o fuerza convincente del conjunto según las reglas de la sana crítica"[258].

En este sistema, precisa GÓMEZ ORBANEJA, se requiere –para que la sentencia declare un hecho como probado– el pleno convencimiento del juez; solo en los hechos de que quede efectivamente convencido, podrán basarse

---

[255] GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 299.

[256] Ejecutoria Suprema de 22 de junio de 1990, Exp. N° 636-90, Lima (*Normas Legales*, T. 210, noviembre, Trujillo, 1993, pp. J12-J13).

[257] GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 381.

[258] Ejecutoria Suprema de 16 de abril de 2002, Exp. N° 4439-2001, Puno (*Normas Legales*, T. 312, mayo, Trujillo, 2002, pp. A30-A35).

los efectos jurídicos que el derecho les atribuya; no basta la probabilidad, la verosimilitud o la sospecha[259]. En este mismo sentido, la Corte Suprema ha dejado sentado que las pruebas deben producir plena convicción respecto a la comisión del delito denunciado, así como de la culpabilidad atribuida al agente[260]; 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[261]. En esa misma línea, el Supremo Tribunal ha precisado que por conjeturas imprecisas no cabe condena alguna, pues las pruebas judiciales tienen que ser plenas y consiguientemente fehacientes[262].

El convencimiento judicial debe reflejarse en la sentencia de acuerdo con 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[263].

El Supremo Tribunal ha recordado que, primero, toda sentencia condenatoria debe estar sustentada en hechos debida y suficientemente probados[264]; 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. 283° del Código de Procedimientos Penales al apreciar la prueba[265].

Por 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[266]. 2. Que no es dable confundir la libertad de que gozan los tribunales para apreciar con criterio de conciencia

---

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

(260) Ejecutoria Suprema de 13 de setiembre de 1995, Exp. N° 2392-94-B, Callao (*Normas Legales*, T. 247, diciembre, Trujillo, 1996, p. A19).

(261) Ejecutoria Suprema de 7 de marzo de 1974, Exp. N° 1429-93-B, Puno (*Normas Legales*, T. 244, setiembre, Trujillo, 1998, p. J14).

(262) Ejecutoria Suprema de 3 de octubre de 1988, Exp. N° 472-88, Lima (*Normas Legales*, T. 207, agosto, Trujillo, 1993, p. 426).

(263) CAFFERATA NORES: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 43.

(264) Ejecutoria Suprema de 14 de febrero de 1994, Exp. N° 3101-93 (*Normas Legales*, T. 233, octubre, Trujillo, 1995, pp. J42-J43).

(265) Ejecutoria Suprema de 22 de junio de 1990, Exp. N° 636-90, Lima (*Normas Legales*, T. 210, noviembre, Trujillo, 1993, pp. J12-J13).

(266) Ejecutoria Suprema de 14 de noviembre de 1991 (*Revista del Foro*, 1931, Lima, p. 311).

los hechos que determinan la absolución o la condena, con la arbitrariedad al aplicar la ley o al interpretarla[267].

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, ello no significa que la valoración está sometida al libre arbitrio judicial, sino que se trata de una "discrecionalidad jurídicamente vinculada". El Juez, en principio, solo puede evaluar auténticas pruebas, legítimamente incorporadas, y debe utilizar criterios de valoración racionales, desestimando por completo las apreciaciones puramente subjetivas o que vulneren las reglas de la lógica, los principios de experiencia o los conocimientos científicos.

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[268].

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[269]. Empero, es de aclarar que si bien el órgano jurisdiccional puede llegar a conclusiones divergentes a las postuladas en la pericia, solo es admisible separarse de su contenido si proporciona una explicación razonada o razonable.

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. 283° del Código de 1940) debe interpretarse y atribuírsele un significado o sentido que sea consistente y coherente con el

---

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

[268] ROXIN: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 105-107.

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

de otra u otras normas (art. 2°.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 procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir la culpabilidad del procesado[270]. Es de tener presente, como consecuencia de lo expuesto, que "el juzgador no puede prescindir de la prueba practicada regularmente en el proceso y solo 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"[271].

La necesaria primacía del derecho fundamental a la presunción de inocencia importó de hecho una reconceptualización de la libre valoración de la prueba. Esta requiere, siguiendo a Juan IGARTUA SALAVERRÍA[272], 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 estas 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.

---

[270] La Corte Suprema ha estipulado, en esa misma línea que: "Es derecho de toda persona el ser considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad. La sentencia condenatoria debe fundarse en suficientes elementos que acrediten de manera clara e indubitable la responsabilidad del imputado" (Ejecutoria Suprema de 14 de enero de 1999, Exp. N° 4588-98, Lima [CHOCANO RODRÍGUEZ/VALLADOLID ZETA: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 347-348]).

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

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

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. 2°.24.'e') de la Constitución; y, en *segundo lugar,* estipula que la sentencia condenatoria debe fundarse en suficientes elementos de prueba 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[273]. La prueba debe ser suficiente, debe acreditar los cargos fehacientemente para sostener una sentencia condenatoria, cuya contundencia permite destruir la presunción constitucional de inocencia[274].

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 *inocencia, 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*"[275]. 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*"[276]. Esta perspectiva finalmente ha sido asumida por la Corte Suprema al precisar en la Ejecutoria de 24 de setiembre de 1999 que la "valoración de pruebas en el juicio oral conforme al criterio de conciencia, establecido en el artículo 283° del Código de Procedimientos Penales, supone que la base fáctica de la sentencia no puede basarse sobre prueba obtenida ilícitamente o con violación de las garantías constitucionales; que teniendo en cuenta a lo anterior, la misma

---

[273] Ejecutorias Supremas de 25 de noviembre de 1997 y de 12 y 16 de enero de 1998. Expedientes N° 5452-97, Huaral, 1767-97, Lima y 1955-97, Lima, respectivamente.

[274] Ejecutoria Suprema de 29 de marzo de 2000, Exp. N° 5165-99, Lambayeque (FRISANCHO APARICIO: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 428-430).

[275] Ejecutoria Superior de Lima de 4 de diciembre de 1997, Exp. N° 2443-97 (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, cit., p. 56).

[276] Ejecutoria Superior de Lima de 10 de octubre de 1997, Exp. N° 3043-97 (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, cit., p. 165).

se realizará con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia o de la sana crítica"[277].

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[278].

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 apunta 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[279]. El control se extiende, también, al control de la suficiencia del razonamiento probatorio, el cual, siguiendo a Michele TARUFFO[280], 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

---

[277] Exp. N° 2004-99, Lima (CHOCANO RODRÍGUEZ/VALLADOLID ZETA: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 335-336).

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

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

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

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. 284° del Código de 1940 y 303° 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 solo la certeza del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado justifica 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 solo 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 [281].

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[282]. 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

---

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

[282] Véase la Ejecutoria Suprema de 11 de febrero de 1976, Exp. N° 2138-75, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, p. 415).

una situación de duda, la misma que le favorece, por lo que debe estarse al principio del *in dubio pro reo*"[283].

Algún sector doctrinario consideró, en su momento, que existía diferencias entre *in dubio pro reo* y presunción de inocencia. VEGAS TORRES [284] 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 cambio, 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* solo 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 pueda 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[285].

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

---

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

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

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

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", esta no sea suficiente a los efectos de formar la convicción judicial acerca de la culpabilidad del acusado, eliminando toda duda razonable[286].

La Corte Suprema, finalmente, reconoció la diferencia entre insuficiencia probatoria e *in dubio pro reo*. Así, en la Ejecutoria de 12 de julio de 1999 precisó que "son supuestos para la expedición de una sentencia absolutoria, o la *insuficiencia probatoria*, que es incapaz para desvirtuar la *presunción de inocencia* o la invocación del principio del *in dubio pro reo* cuando existe duda razonable respecto a la responsabilidad penal del procesado; que, el primer supuesto está referido al derecho fundamental previsto en el artículo segundo, inciso veinticuatro, parágrafo e) de la Constitución Política del Estado, que crea a favor de los ciudadanos el derecho de ser considerados inocentes mientras no se presente prueba suficiente para destruir dicha presunción; mientras que el segundo supuesto se dirige al juzgador como una norma de interpretación para establecer que en aquellos casos en los que se ha desarrollado una actividad probatoria normal, si las pruebas dejaren duda en el ánimo del juzgador, deberá por humanidad y por justicia absolver a los encausados..." [287]. En otra decisión aclaró que ambos supuestos no pueden ser invocados en forma conjunta "...sino que su invocación debe hacerse de manera alternativa, ello en razón de que la insuficiencia probatoria, por ser tal, es inocua para destruir la presunción de inocencia, y por ende no puede generar duda en el juzgador, precisamente por la inexistencia de pruebas (es decir, *insuficiencia de pruebas*)[288].

IV. OTRAS REGLAS VALORATIVAS

1. PRECISIONES

La regla básica del sistema de valoración probatoria, según se ha dicho y ha sido consagrado legislativamente por el art. 283° del CPP 1940, es el

---

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

[287] Exp. N° 1837-99, Junín (*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 3, Lima, 2002, pp. 559-561).

[288] Ejecutoria Suprema de 15 de noviembre de 1999, Exp. N° 3443-99, Lima (CHOCANO RODRÍGUEZ/VALLADOLID ZETA: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 361-362). En igual sentido: Ejecutoria Suprema de 7 de octubre de 1999, Exp. N° 2547-99, Cono Norte Lima (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., pp. 226-227). Reiterando lo expuesto: Ejecutoria Suprema de 5 de julio de 1999, Exp. N° 1415-99, Callao (*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 2, Lima, 2001, pp. 701-703).

criterio de conciencia, esto es, la sana crítica racional o del criterio racional, acorde con el sistema de la libre apreciación judicial[289], que como se sabe –dice Miguel COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA– constituye una conquista del pensamiento ilustrado y de la Revolución Francesa[290]. ZAVALA LOAIZA apunta que el *criterio de conciencia* "permite resolver con propia autoridad y no con la ajena, como ocurre en el criterio legal, el problema probatorio (...) [es] el sistema que facilita el libre examen, la crítica reflexiva que propicia el movimiento y flexibilidad de una legislación, que no necesita que se aprisione en su articulado lo que debe quedar planeado sobre ella, insinuándose por distintas operaciones científicas y técnicas, con lo que nos referimos a la obra indiciaria que, a medida que esté menos precisada o definida, surgirá de la teoría probatoria, de las enseñanzas lógicas y jurídica, en todo su carácter y eficacia"[291].

Por tanto, corresponde al Juzgador, como señala la Corte Suprema, analizar y evaluar todas las pruebas actuadas en relación a la imputación, precisando además los fundamentos de derecho que avalen las conclusiones a que se lleguen como consecuencia de la valoración de los hechos y de las pruebas[292].

Ahora bien, en el escenario práctico la Corte Suprema, ante el vacío normativo, ha venido estableciendo auténticas reglas valorativas, próximas a la prueba tasada, que se ha notado muy especialmente en el caso de los

---

(289) GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 299. Como ya anotó GIMENO SENDRA (GIMENO SENDRA *et al.*: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 367), la apreciación en conciencia de las pruebas, "(...) consagra el sistema de *libre valoración* de la prueba, el cual no significa libre arbitrio, ni posibilidad de entrada a la 'ciencia privada', sino que, antes al contrario, la valoración ha de versar, en primer lugar, sobre el resultado probatorio verificado en el juicio oral (incluyendo la prueba instructora anticipada y la preconstituida); en segundo lugar, tampoco puede basar su sentencia en la prueba obtenida *ilícitamente* o con violación de las garantías constitucionales; finalmente, la valoración de la prueba 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 prueba indiciaria, de *razonar el resultado probatorio* (...)".

(290) En: GIMENO SENDRA, Vicente; GARBERÍ LLOBREGAT, José; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido: *Los procesos penales*, Bosch, Barcelona, 2000, T. 5, p. 683.

(291) ZAVALA LOAIZA, Carlos: *El proceso penal y sus problemas*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1947, pp. 84-85.

(292) Ejecutoria Suprema de 19 de enero de 1999, Exp. N° 4538-98, Lambayeque (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 215). La Ejecutoria Suprema de 20 de julio de 1999, Exp. N° 2260-99, Huánuco, establece que el art. 283° CPP supone que la prueba se realiza con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia o de la "sana crítica" (*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 3, Lima, 2002, pp. 556-558).

coimputados y de los agraviados, sin perjuicio de lo decidido respecto a la investigación policial. De igual modo, ante el surgimiento de los procesos por colaboración eficaz, y frente a los problemas que conllevan, la Quinta Disposición Final de la Ley N° 27378, adicionó un segundo párrafo al artículo 283° del CPP 1940, y estableció que: "Tratándose de declaraciones obtenidas en los procedimientos por colaboración eficaz, para que el Juez dicte sentencia condenatoria e, inclusive, cualquier medida cautelar, resulta indispensable que las informaciones que proporcionen los colaboradores estén corroboradas con elementos de prueba adicionales que acrediten fehacientemente las incriminaciones formuladas".

2. DECLARACIONES DE LA VÍCTIMA

Inicialmente la Corte Suprema exigía, sin discernir situaciones de hecho o circunstancias particulares, que la declaración de la víctima vaya aparejada de otros elementos de prueba objetivos que corroboren su exposición. Así, en un asunto relativamente reciente señaló: "La imputación contra los acusados por el delito de robo, sólo tiene como único sustento la sindicación que hace la agraviada, la misma que no resulta ser suficiente para imponer una sentencia condenatoria"[293]. De igual modo, como declaración de principio estableció que "... la doctrina procesal es objetiva al considerar que existe responsabilidad penal única y exclusivamente cuando existen en autos medios probatorios (testimoniales, reconocimiento, confrontaciones, peritajes, etc.) plurales y convergentes que acrediten en forma indubitable y fehaciente la responsabilidad penal del procesado"[294].

Sin embargo, teniendo en consideración que en ocasiones no cabe otra posibilidad que admitir en el proceso las declaraciones de las víctimas del delito, ya que, acota ASENCIO MELLADO, "éste, por cometerse buscan-

---

[293] Ejecutoria Suprema de 9 de septiembre de 1997, Exp. N° 1563-97 (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 226). En otra decisión, esta vez por delito de agresión sexual –y que pareciera ser una constante en esos delitos–, el Supremo Tribunal siguió la misma pauta de principio; anotó "el solo dicho de la agraviada no constituye por sí probanza suficiente de la autoría del delito contra el honor sexual por parte de la persona a la cual imputa la comisión del mismo, cuanto más si la negativa es constante y uniforme" (Ejecutoria Suprema de 1° de marzo de 1973, Exp. N° 2252-72, San Martín [*Boletín Judicial*, N° 8-10, Lima, 1973, pp. 367-368]). Otros casos similares de absolución, producidos en fechas anteriores, son las Ejecutorias Supremas publicadas en *El Peruano* de 24 de agosto de 1942 y en el *Diario Judicial* de 8 de abril de 1947 (*vid.* GUZMÁN FERRER, Fernando: *Código de Procedimientos Penales*, Cultural Cuzco, Lima, 1982, pp. 499-501).

[294] Ejecutoria Suprema de 31 de mayo de 2001, Exp. N° 4468-2000-Lima (*Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 8, octubre, Trujillo, 2001, pp. 145-148).

do la impunidad de propósito puede no haber dejado otras huellas de su perpetración"[295], ha determinado un cambio jurisprudencial, siguiendo el modelo español, que expresamente rechazó el antiguo principio *"testis unus, testis nullus"*[296]. Así, en la emblemática sentencia de 13 de octubre de 1999 declaró: "[Aun] cuando en principio, la sola sindicación del agraviado pudiera considerarse hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, dado el marco de clandestinidad en que la mayoría de delitos se produce, también lo es que para ello deben observarse las siguientes notas o requisitos: a) *la verosimilitud*, esto es, que a las afirmaciones del agraviado, deben concurrir corroboraciones periféricas de carácter objetivo; y, b) *la persistencia en la incriminación*, es decir, que esta debe ser prolongada en el tiempo, *sin ambigüedades ni contradicciones* (...) [No es suficiente la declaración de la víctima si no hay] concreción circunstancial y temporal de los actos objeto de acusación"[297]. Por consiguiente, a partir de esa doctrina jurisprudencial, en delitos de clandestinidad, es posible construir una condena sobre la declaración de la víctima, aunque sometiéndola a las exigencias ya enunciadas.

3. DECLARACIONES DE COIMPUTADOS

El problema que plantea este epígrafe se presenta cuando el imputado implica en la ejecución del delito perseguido a su coencausado. En este caso, como aclara MORENO CATENA, desde luego, no se está ante una "confesión", pues ésta necesita siempre que los hechos que se confiesen o reconozcan perjudiquen a quien hace la declaración y no a un tercero. Tampoco se está ante una testifical en sentido estricto, dado que el testigo genuino ha de ser una persona física, en todo caso ajena al proceso, esto es, debe revestir la nota de alteridad con respecto al juez y a los litigantes. Por tanto, se trata de simples declaraciones de imputados en el proceso; no son terceros, dada su implicancia en el hecho, ni son ajenos habida cuenta de su interés evidente en el fallo que se haya de producir[298].

---

[295] ASENCIO MELLADO: *Derecho procesal penal*, cit., p. 261.

[296] CLIMENT DURÁN: *La prueba penal*, cit., pp. 132-133. Véanse las STS 692/1997, de 7 de noviembre de 1997; STS 243/1998, de 20 de febrero de 1998; y, entre otras, la STS 1029/1997, de 29 de diciembre de 1997.

[297] Exp. N° 3162-99, Lambayeque (CHOCANO RODRÍGUEZ/VALLADOLID ZETA: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 340-342). Esta doctrina ha sido repetida en la Ejecutoria Suprema de 8 de mayo de 2001, Exp. N° 1095-2001, Chincha-Ica (*Normas Legales*, T. 308, enero, Trujillo, 2002, pp. A-28/A-30).

[298] MORENO CATENA (Dir.): *El proceso penal*, cit., Vol. III, pp. 2198-2199.

Desde esa perspectiva, superando las concepciones tradicionales de presunción absoluta de inatendibilidad de las declaraciones acusatorias del imputado, actualmente se las considera un elemento más de prueba. Su análisis, vista su particularidad, recién cobró consistencia con la Ejecutoria Suprema de 8 de septiembre de 1999, cuando a ese respecto expuso –desde una concepción de presunción relativa de inatendibilidad de tal testimonio– que la sola sindicación del coimputado, "... constituye un medio racional de prueba que debe valorarse por un conjunto de factores tales como: a) *personalidad del delator y relaciones precedentes con el designado como partícipe*; b) *examen riguroso de la posible existencia de móviles turbios e inconfesables*; y, c) *que, no puede deducirse que la declaración inculpatoria se haya prestado con ánimo de exculpación*"[299].

Esta Ejecutoria, asimismo, importa la recepción de una antigua y superada jurisprudencia española, en especial de la STS de 12 de mayo de 1986, en la que expresamente se señala que la sola declaración inculpatoria de un coimputado es suficiente para fundamentar la condena de aquel o aquellos contra los que se declare siempre que en la misma no concurran motivos de falta de credibilidad subjetiva. Empero, no se ha tenido en consideración la evolución jurisprudencial española, a partir de la STS de 21 de mayo de 1986, reiterada por la STS de 17 de junio de 1986 y la STS de 16 de diciembre de 1986, en las cuales, como anota DÍAZ PITA, se exige la concurrencia de dos tipos de requisitos: *los subjetivos*, representados por la no concurrencia de determinadas circunstancias de naturaleza intrínseca; y, de otro, los requisitos *objetivos*, condensados en el hecho de que la declaración, por sí sola, no es prueba de cargo suficiente, siendo preciso que vengan avaladas por otros elementos probatorios, en el que se puede incluir diversos indicios y la denominada "verificación cruzada", esto es, el testimonio de otro coimputado[300]. Esta posición viene avalada por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de febrero de 1993, que señala que cuando la única prueba de cargo consiste en la declaración de un coimputado, su declaración incriminatoria carece de consistencia suficiente al no estar mínimamente corroborada por otras pruebas aunque fueran indiciarias, pero con suficiente fiabilidad inculpatoria[301].

---

(299) Exp. N° 2695-99, Cajamarca (*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 2, Lima, 2001, pp. 705-707).

(300) DÍAZ PITA, María Paula: *El coimputado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 462-470.

(301) Cfr.: RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La prueba de testigos en el procedimiento penal*, Edijus, Madrid, 2003, p. 64.

4. IMPUTACIONES DE COLABORADORES O ARREPENTIDOS

En principio es de tener presente que los colaboradores son coimputados que optan por desvincularse de una organización delictiva y, colaborando con la justicia, delatan a otros coimputados y aportan información valiosa para la eficaz acción represiva del Estado. A tales declaraciones acusatorias se les denomina en el ámbito italiano "llamada de correo" (*chiamata in correità*), de honda tradición en el Derecho romano. El arrepentido, en puridad, como acota GRANADOS PÉREZ, debe ser tratado como un coimputado en lo que respecta a la valoración de la prueba, y como un confidente, que aporta datos fundamentales, a partir del momento en que empieza a actuar en función de ese arrepentimiento[302].

Siendo coimputados, que reconocen su participación en los hechos que relata, más allá que se les pueda apartar del procedimiento principal contradictorio y actúen como informadores –definiéndose su situación jurídica en un procedimiento especial, al punto de concedérseles beneficios premiales, que incluso pueden llegar a la exención de pena–, el tratamiento de su testimonio, en primer lugar, como acota CLIMENT DURÁN, debe estar sujeto a las prevenciones construidas en relación a la valoración de las declaraciones incriminatorias contra otros coimputados[303]. En segundo lugar, siguiendo el modelo italiano, no sólo se exige corroboraciones periféricas o indicios colaterales para dar por ciertas tales incriminaciones –suficientes para los coimputados que no persiguen beneficios premiales sustantivos con su testimonio–, es menester un elemento de prueba objetivo, independiente (*riscontri esterni*), que corrobore definitivamente las imputaciones formuladas, tal como claramente lo estipula el último párrafo del nuevo art. 283° CPP 1940; norma que en rigor constituye un límite normativo al principio del libre convencimiento del juez.

Lo expuesto significa, en estricto sentido, según QUINTANAR DIEZ –muy crítico al respecto–, que la referida declaración no se considera prueba sino mero indicio y, sobre todo, completamente subsidiario; que

---

[302] GRANADOS PÉREZ, Carlos: "Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado. Agente encubierto. Entrega vigilada. El arrepentido. Protección de testigos. Posición de la jurisprudencia", en: AA.VV.: *La criminalidad organizada: Aspectos, sustantivos, procesales y orgánicos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001 (Cuadernos de Derecho Judicial, II), p. 97.

[303] CLIMENT DURÁN: *La prueba penal*, cit., p. 330. La Corte Suprema, en la Ejecutoria de 21 de julio de 2000, Exp. N° 2036-2000, Lima, señaló que el arrepentimiento procesal exige que el imputado proporcione los nombres de sus cómplices parra su identificación, deduciendo que, de no hacerlo, se está ante un ardid para acogerse a algún beneficio premial (*Normas Legales*, T. 305, octubre, Trujillo, 2001, pp. A37-A38).

se requiere la presencia del elemento externo, objetivo, por lo que rechaza lo que se denomina la "*llamada en correidad aislada*", no corroborada por ulteriores elementos de prueba, aunque sea creíble, lógica y verosímil (*riscontri intrinseci*); que, por tanto, se exige la denominada *llamada de correo vestida* y no la *muda*[304]. Al respecto la jurisprudencia italiana (entre otras: Cass. Pen., Sección I, de 30 de enero de 1991; Cass. Pen., Sección II, de 18 de enero de 1990; y, Cass. Pen., Sección I, 11 de junio de 1990) establece que los llamados *riscontri externos* pueden ser, generalmente, de cualquier tipo y naturaleza; esto es, datos objetivos –como hechos y documentos–, declaraciones de otros sujetos –siempre que sean idóneas para convalidar *aliunde* la atendibilidad de la acusación–, y necesariamente *datos ciertos* –que ofrezcan garantías objetivas y veraces en torno a la credibilidad de quien lo ha referido–, teniendo presente, de todos modos, que objeto de la valoración de la atendibilidad es la compleja declaración concerniente a un determinado episodio criminoso, en sus competentes objetivos y subjetivos, y no cada uno de los particulares asertos del declarante.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, admitió la legitimidad de la prueba del arrepentido (STEDH de 6 de setiembre de 1978; STEDH de 20 de noviembre de 1989; y STEDH de 27 de setiembre de 1990), pero ha sido en el Asunto "Labita vs. Italia" donde efectuó importantes precisiones, relativizando su valor. En ese fallo señaló: a) que la colaboración de arrepentidos es un arma muy importante en la lucha de las autoridades contra las organizaciones criminales –en este caso, la mafia–; b) que, sin embargo, las declaraciones de "arrepentidos" dan lugar a problemas difíciles ya que, por su propia naturaleza, dichas declaraciones están abiertas a manipulaciones y, a menudo, se realizan para obtener las ventajas que la ley otorga a los arrepentidos, o por venganzas personales, por lo que no debe subestimarse la naturaleza a veces ambigua de tales declaraciones y el riesgo de que una persona pueda ser acusada y arrestada sobre la base de declaraciones no contrastadas que pueden no ser en todos los casos totalmente desinteresadas; c) que por estas razones las declaraciones de los "arrepentidos" deben corroborarse con otras pruebas (agregó también el Tribunal que los testimonios de oídas o referenciales deben sustentarse en pruebas objetivas); y, d) que si bien un sospechoso puede ser legalmente detenido al principio del procedimiento, sobre la base de declaraciones de "arrepentidos" –en tanto se estime que la versión del arrepentido, a quien se le tiene confianza, es creíble–, esta última situación, como se advierte de

---

(304) QUINTANAR DIEZ, Manuel: *La justicia penal y los denominados "arrepentidos"*, Edersa, Madrid, 1996, pp. 163-182.

nuestra ley, no es de recibo[305]. Por consiguiente, a la vista de los condicionantes que afectan al coimputado de sometimiento a un proceso penal y de ausencia de un deber de veracidad, el umbral mínimo que da paso al campo de libre valoración judicial de la prueba practicada está conformado en este tipo de supuestos por la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido. Antes de ese mínimo, acota GRANADOS PÉREZ, no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente lógica o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia[306].

En la misma línea del *infiltrado*, la doctrina procesalista identifica el tratamiento de la valoración probatoria de este testigo especial con la del *confidente*. La desconfianza en su apreciación es evidente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos unificó el tratamiento en las citadas sentencias de 6 de setiembre de 1978, de 27 de setiembre de 1990 y de 20 de noviembre de 1989; en estas dos últimas únicamente se validó las informaciones confidenciales con el carácter *de indicio procedimental* para proceder con ellas como medios de investigación, no como medio de prueba. La presencia del confidente en el acto oral es fundamental, requisito indispensable para considerar, formalmente, su valorabilidad, pues a este respecto no cabe incorporar su testimonio a través de las declaraciones referenciales de los policías. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde los citados Asuntos "Kostovski", de 20 de noviembre de 1989 y "Windisch", de 27 de setiembre de 1990, enfatizó que los informes de confidentes no pueden tener acceso en el proceso como prueba de cargo. Pero es más, como dice RIVES SEVA, la adecuada tutela de los derechos fundamentales exige excluir tales fuentes confidenciales como indicio directo y único para la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales (esto es, en palabras de SERRA DOMÍNGUEZ, para formular juicios intermedios de culpabilidad), pues "...ha de recordarse que la confidencia puede ocultar un ánimo de venganza, autoexculpación, beneficio personal, etc., así como el antiguo brocardo de que quien oculta su rostro para acusar, también es capaz de ocultar la verdad en lo que acusa [...] La supuesta información, en todo caso, debe dar lugar a gestiones policiales para comprobar su veracidad, y sólo si se confirma por otros medios menos dudosos, pueden entonces solicitarse las referidas

---

[305] STEDH, Asunto "Labita vs. Italia", 6 de abril de 2000, párrs. 157, 158 y 159.

[306] GRANADOS PÉREZ: "Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado. Agente encubierto. Entrega vigilada. El arrepentido. Protección de testigos. Posición de la jurisprudencia", cit., pp. 98-99.

medidas"[307]. Cabe enfatizar, desde una perspectiva general en relación con la prueba testifical, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene expuesto que la condena basada en testimonios respecto de los cuales el inculpado no pudo interrogar o hacer interrogar a los que los han formulado implica, al producirse una ausencia de toda confrontación, una privación al acusado de un proceso equitativo[308].

---

(307) RIVES SEVA: *La prueba de testigos en el procedimiento penal*, cit., pp. 53-54.

(308) STEDH, Asunto "Saidi vs. Francia", 20 de setiembre de 1993.

Parte VII

Impugnación y recursos penales

Capítulo XXIX
TEORÍA GENERAL DE LA IMPUGNACIÓN PENAL

SUMARIO: I. Aspectos generales. 1. Definición y notas principales. 2. Exigencias constitucionales en materia de recursos. **II.** Configuración constitucional del derecho a la instancia plural: 1. Alcances del art. 139°.6 de la Constitución. 2. Necesidad del recurso de apelación penal. **III.** Presupuestos de la impugnación: 1. Presupuestos subjetivos. 2. Presupuestos objetivos. **IV.** Interdicción de la *reformatio in peius*: 1. Aspectos generales. 2. La reforma peyorativa. 3. Variación del procedimiento recursal. 4. Cosa juzgada y adecuación de pena. **V.** Procedimiento recursal. **VI.** Efectos de los recursos: 1. Introducción. 2. El efecto devolutivo. 3. El efecto suspensivo. 4. El efecto extensivo. 5. El efecto diferido. **VII.** Clasificación de los recursos.

I. ASPECTOS GENERALES

1. DEFINICIÓN Y NOTAS PRINCIPALES

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, 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 característica 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

---

(1) En: MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho Jurisdiccional*, J. M. 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.

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

---

(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, 1966, 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.

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. 331° 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[9]. 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[10]. 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 penal –que es irrefragable– con el de impugnación –que obedece al principio dispositivo–.

---

(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) La Corte Suprema, en esta misma perspectiva, declaró que carece de objeto pronunciarse si la condenada se desiste del recurso de nulidad que ha interpuesto, en cuyo caso la decisión tiene la condición de cosa juzgada: Ejecutoria Suprema de 11 de setiembre de 1972, Exp. N° 603-91, Lima (*Normas Legales*, T. 231, Trujillo, 1995, pp. J27-J28).

(10) CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 473.

2. EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE RECURSOS

Acomodando a nuestro ordenamiento constitucional las precisiones de VECINA CIFUENTES[11], la Ley Fundamental consagra cuatro exigencias en materia de recursos, de las que derivan, correlativamente, cuatro obligaciones que se dirigen fundamentalmente al legislador. Éstas son: 1) control de legalidad de las resoluciones judiciales, tanto en lo relativo a la cuestión de fondo como en lo concerniente a las normas esenciales que disciplinan el proceso; 2) justicia, a través de la garantía de pluralidad de la instancia, en rigor, el doble grado de jurisdicción como mínimo necesario; 3) formación de la doctrina jurisprudencial que garantice la unidad del derecho material y procesal a nivel interpretativo; y, 4) tutela de los derechos fundamentales frente a lesiones causadas por los órganos judiciales, a fin de hacer de los procesos de hábeas corpus y de amparo unas vías subsidiarias.

La Constitución menciona dos recursos: el *recurso de casación* y, sin calificación expresa, un *recurso de última instancia* (*vid.* art. 141° Const.). Asimismo, reconoce una garantía específica: la de pluralidad de la instancia (*vid.* art. 139°.6 Const.), que según la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su art. 11°, es una revisión en una instancia superior, de suerte que lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada; fórmula que repite el art. X del Título Preliminar del Código Procesal Civil, aclarando que es posible que la ley configure otra u otras instancias. A este último recurso, el Código Procesal Civil lo denomina, siguiendo nuestra tradición jurídica, recurso de apelación (*vid.* art. 365° CPC), lineamiento que sin duda se extiende al orden jurisdiccional penal. Aparte de esos dos grandes recursos, el legislador, con la discrecionalidad que la Constitución le reconoce, tiene previstos los recursos de reposición y queja, atribuyéndoles cometidos concretos.

Desde esta perspectiva es obvia la inconstitucionalidad sobrevenida del art. 1° CPP 1940 cuando estatuye que el proceso penal se realiza en instancia única. Igualmente, es evidente que el recurso de nulidad (*vid.* arts. 292°-296° y 298°-301° CPP 1940), aun cuando puede calificarse de recurso ordinario y de última instancia, presenta tales limitaciones que lo hacen insuficiente para garantizar la vigencia del doble grado de jurisdicción (v. gr.: imposibilidad de condenar al absuelto; limitaciones a los principios del contradictorio, oralidad y publicidad; y, ausencia de audiencia de pruebas cuando se cuestiona el juicio de hecho y de culpabilidad de la sentencia recurrida).

---

(11) VECINA CIFUENTES, Javier: "Los recursos extraordinarios de casación e infracción procesal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", en: *Jueces para la Democracia*, N° 40, Madrid, 2001, p. 55.

Según el citado art. 141° de la Constitución, la Corte Suprema está encargada tanto del conocimiento regular (1) del *recurso de casación* y (2) de un *recurso de última instancia*, siempre que la acción se inicie en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema. Como se sabe, el *recurso de casación* está "(...) *encaminado a enmendar las deficiencias que afectan al juicio de derecho contenido en la sentencia o resolución legalmente equiparable a ella, o a específicos requisitos procesales que condicionan la validez de esos actos decisorios*"(12); mientras que el *recurso de última instancia* debe ser, en razón a una diferencia elemental con el anterior y en atención a la garantía específica de la instancia plural (*vid.* art. 139°.6 Const.), un recurso ordinario –cualquiera sea su denominación, aunque en nuestro ámbito de cultura es el clásico recurso de apelación– que permita al tribunal *ad quem* "(...) realizar un nuevo examen tanto de las cuestiones de derecho cuanto de las de hecho, y en la medida de los agravios articulados, disponga la revocación o la nulidad de aquélla así como, en su caso, la de los actos que la precedieron"(13).

Básicamente corresponde esencialmente al Supremo Tribunal la labor de uniformidad jurisprudencial y de tutela de los derechos fundamentales, a través del recurso de casación. A los demás órganos jurisdiccionales, en especial a los de apelación, corresponde revisar la decisión del juez *a quo* en aras de garantizar la justicia de la decisión y de tutelar la legalidad ordinaria, ello sin perjuicio de inaplicar una norma si contradice la Constitución (art. 138°, segundo párrafo, Const.). Desde esos datos esenciales, la Ley debe configurar un sistema de recursos racional y económico, y distribuir adecuadamente las funciones arriba anotadas entre los diversos órganos judiciales y medios de impugnación.

II. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA INSTANCIA PLURAL

1. Alcances del art. 139°.6 de la Constitución

El art. 139°.6 de la Constitución ubica el recurso dentro de lo que denomina genéricamente "principios y derechos de la función jurisdiccional" en el art. 139°.6. Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos la ubica dentro de lo que ampliamente titula "Garantías Judiciales"; en el art. 8°.2, precisa que toda persona tiene derecho, en plena igualdad,

(12) Palacio, Lino Enrique: *Los recursos en el proceso penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 73.

(13) Palacio: *Los recursos en el proceso penal*, cit., p. 73.

a las siguientes garantías mínimas: "f) el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior". A su vez, el art. 14°.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[14]. La existencia de la impugnación, entonces, no solo 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. 139°.6, implícitamente lo estaría en el art. 139°.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[15].

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 tanto, creación de recursos inexistentes, pero sí, a la luz del art. 14°.5 del PIDCP, interpretar el sistema de recursos del ordenamiento jurídico interno de la forma más favorable para la efectividad de tal garantía[16]. 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[17].

Ahora bien, nuestro Tribunal Constitucional, en el Asunto "Ann Vallie Lynelle" (STC, Exp. N° 1231-2002-HC, de 21 de junio de 2002,

---

(14) DEVIS ECHANDÍA: *Compendio de Derecho procesal*, cit., p. 562.

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

(16) RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El proceso penal. Tercera lectura constitucional*, 3ª ed., J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1993, p. 407.

(17) En: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 558.

FJ 2, párrafo II) [18], sostiene que el "(...) *derecho a los recursos forma parte, así, del contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancias, no sólo a título de una garantía institucional que posibilita su ejercicio, sino también como un elemento necesario e impostergable del contenido del debido proceso, en la medida en que promueve la revisión, por un superior jerárquico, de los errores de quienes se encuentran autorizados, en nombre del pueblo soberano, a administrar justicia*". Este alcance, sin duda, no es correcto. El derecho al recurso previsto por la ley integra el contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional, y en esa virtud si la ley contempla un determinado medio de impugnación éste debe abrirse bajo los cauces más favorables a su ejercicio. Por otro lado, el derecho a la instancia plural tiene un contenido propio que a su vez se expresa en el derecho que tienen las partes de abrir, por lo menos, una revisión de una sentencia o decisión definitiva ante un Tribunal Superior; no pueden haber decisiones de ese nivel en única instancia.

La Constitución, en atención a lo expuesto, impone el *doble grado de jurisdicción* como mínimo para 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 *a 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. 141° 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 [19]– 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 de legalidad y una garantía de responsabilidad contra la arbitrariedad. Siendo los jueces independientes,

---

[18] En: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/1231-2002-HC.html.

[19] FERRAJOLI, Luigi: "Los valores de la doble instancia y nomofilaquia", en: *Nueva Doctrina Penal*, 1996-B, Buenos Aires, 1996, pp. 446-447.

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. 11° 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.

2. NECESIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN PENAL

Un problema teórico y práctico de primera importancia radica en la exacta interpretación del art. 14°.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[20]. El Comité de Derechos Humanos, en su Informe de 24 de marzo de 1982, anotó que el citado artículo del Pacto deja a la discrecionalidad de los Estados la modalidad del recurso a través del cual se someterá la sentencia condenatoria al examen del Tribunal Superior[21]. Ahora bien, es del caso analizar cada tema abordado por el Pacto.

---

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

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

A. La revisión de la declaración de la culpabilidad y de la sanción

Cuando el Pacto exige que el Tribunal Superior revise la declaración de la culpabilidad y la propia sanción penal, impone que el reexamen del Tribunal *ad quem* sea de tal amplitud que agrupe tres grandes causas para fundamentar el recurso: 1) *infracción de ley o de precepto constitucional*, o sea si el juez de primera instancia aplicó correctamente las normas jurídico-penales en orden al delito y a la sanción; 2) *error en la apreciación de la prueba*, esto es, si se ha valorado verdaderas pruebas, si estas cumplen los estándares fijados por la ley y la Constitución (juicio de valorabilidad), si el razonamiento probatorio no ha sido arbitrario y, en suma y también, si es posible un nuevo resultado probatorio; y, 3) *quebrantamiento de las formas especiales del juicio*, es decir, si se afectaron las garantías procesales y ritos del procedimiento necesarios para calificar de justo un enjuiciamiento. Estos tres motivos, en puridad, aglutinan la absoluta totalidad de los posibles defectos de juicio o vicios jurídicos en que puede haber incurrido el órgano judicial *a quo* [22].

Recalca GARBERÍ LLOBREGAT que si bien la apelación es el recurso que permite que pueda lograrse una segunda instancia, el concepto de este último término no es unívoco, pues admite una diversidad de significados según la amplitud con que se configure su objeto procesal, bien como un *novum iudicium* –como una nueva primera instancia (modelo alemán)–, o bien como una *'revisio prioris instantiae'* –como un control de lo ya resuelto en la primera instancia (modelo austriaco)–, siendo el legislador quien

---

[22] Esta misma perspectiva es la que asume la CIDH en el Asunto "Castillo Petruzzi" (Sentencia de 30 de mayo de 1999, párrafo 161) al señalar que el recurso exigido por la Convención es aquel que permite una *instancia procesal ulterior*. Por otro lado, el dictamen recaído en la Comunicación N° 701/1996 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 2 de abril de 1997, aprobado en su 69° período de sesiones, su fecha 20 de julio de 2000, ante una denuncia de Cesáreo Gómez Vásquez alegando que su condena y sentencia solamente han sido revisadas en casación ante el Tribunal Supremo, concluyó que "(...) *la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente,* [...] *limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14°, del Pacto*" (*vid.* Párrafos 11.1 y 12 del dictamen). Posición crítica es la de Isabel GONZALES CANO ("El Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el derecho al recurso penal en el ordenamiento español", en: *Tribunales de Justicia*, N° 2, Madrid, 2001, p. 35), al considerar que el art. 14°.5 del Pacto cuando dice "(...) *sometimiento a tribunal superior*", no tiene por qué implicar revisión íntegra del fallo y la pena, pues la norma deja librado al derecho interno optar por un recurso más o menos amplio, de ahí que el propio precepto reconoce que ese sometimiento se hará "(...) *conforme a lo prescrito por la ley*". Sin embargo, tal objeción no tiene entidad para descalificar la decisión del Comité de Derechos Humanos y, menos, para impedir que su doctrina inspire la configuración de un sistema recursal penal.

optará por el modelo que considere más adecuado. El ámbito material del recurso, acota este procesalista, está estructurado según la doctrina clásica en torno a dos diferentes modelos o sistemas, a saber: el de la apelación plena (*volle Berufung*) y el de la apelación limitada (*beschränkte Berufung*), según el grado de autonomía o de vinculación del objeto procesal deducido en apelación, y de la decisión de ésta, con respecto al objeto anteriormente enjuiciado y a la resolución recaída en la primera instancia; ambos modelos de apelación, es de aclarar, ordenan la conformación del objeto procesal de la segunda instancia sobre la base del contenido de la pretensión deducida en el recurso, imponiendo o no límites a los hechos alegables y a las peticiones admisibles en esa vía de impugnación[23].

Por otro lado, quienes sostienen que la oralidad y la inmediación no permiten la valoración de las pruebas en la impugnación afirman a su vez la imposibilidad de una segunda instancia; luego, rechazan la viabilidad del recurso de apelación contra las sentencias definitivas. En esta línea, el art. 1° del CPP 1940 sostiene que el proceso, que se desarrolla en dos etapas, se realiza en instancia única. A tal efecto, la Exposición de Motivos del respectivo Anteproyecto dice lo siguiente: "La audiencia en que se desenvuelve el juicio no puede ser objeto de sucesivas repeticiones, porque perdería toda su eficacia, derivada de la espontaneidad y hasta de la sinceridad con que pueden producirse los que intervengan en ella. Poco puede esperarse, generalmente, de una segunda audiencia, porque los que concurren estarán prevenidos ya por los hechos o incidentes puestos de manifiesto en la primera. La apelación que rinde beneficios para la pluralidad de la instancia, no tendría ningún efecto para la instancia única, que requiere, por lo mismo, de otras garantías y seguridades entre las que figuran, en primer término, las de la publicidad y oralidad"[24].

A esta posición, muy generalizada por cierto, cabe contestar lo siguiente:

1. Que el control de las decisiones del juez de primera instancia no puede pasar por alto la valoración de la evidencia obtenida en el juicio, pues así lo exige el PIDCP al señalar específicamente que la declaración de culpabilidad sea sometida a un Tribunal Superior.

2. Que la publicidad y la oralidad, en cuanto garantías del enjuiciamiento penal, no son suficientes para evitar el error del juez de primera instancia

---

[23] En: GIMENO SENDRA, Vicente; GARBERÍ LLOBREGAT, José; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido: *Los procesos penales*, Bosch, Barcelona, 2000, T. 6, pp. 408-409.

[24] "Exposición de Motivos del Anteproyecto del Código de Procedimientos Penales", en: *Revista del Foro*, Año XXVI, Lima, 1939, p. 271.

tanto al aplicar el derecho como al valorar la prueba actuada, ni por lo demás han sido instituidas con esa finalidad.

3. Que si bien el motivo del recurso de apelación circunscrito al denominado *error en la apreciación de las pruebas*[25], permite un nuevo examen y valoración de los resultados probatorios producidos con la práctica de la prueba en la primera instancia –siempre dentro de las pretensiones de las partes, lo que está fuera de toda duda–, la vigencia del principio de inmediación obliga a matizar las potestades revisoras del Tribunal Superior, al punto que es razonable entender que no cabría una nueva valoración de los hechos respecto de la prueba testifical y de la declaración del imputado, dado que en su valoración es inexcusable la inmediación estricta del órgano judicial sentenciador, situación que no se presentaría en el caso, por ejemplo, de la prueba documental y de los dictámenes o informes periciales[26].

Destaca FERRAJOLI, respecto de la apelación, que el doble examen del caso bajo juicio es el valor garantizado por la doble instancia de jurisdicción, la cual es al mismo tiempo una garantía de legalidad y una garantía de responsabilidad contra la arbitrariedad; que 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, por lo que a falta de él 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; que si se quiere salvar la esencial función garantista de la apelación, que es un juicio sobre el hecho –como tal, permite evaluar la prueba y poder asumir una nueva conclusión acerca de su mérito–, es esencial sacrificar o limitar en todo el principio acusatorio de la inmediación[27].

---

(25) Dice, al respecto, VARELA GÓMEZ (*El recurso de apelación penal*, cit., pp. 303-304) que este motivo del recurso de apelación, para diferenciarlo con la casación, debe concebirse en un sentido subjetivo, esto es, que sea posible y lógica una valoración de la prueba diferente de la que ha hecho el tribunal de primera instancia y no limitarse los errores graves de hecho y de derecho en que pueda incurrir el juez inferior.

(26) Un interesante debate sostenido en Alemania sobre la necesidad de la apelación y las características de la casación están expuestos por BACIGALUPO, Enrique: "Doble instancia y principio de inmediación", en su: *Justicia penal y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 217-224.

(27) FERRAJOLI, Luigi: "Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia", en: *Nueva Doctrina Penal*, 1996-B, Buenos Aires, 1996, pp. 446-448. En un último fallo, el Tribunal Supremo español (STS N° 196/2003, de 11 de febrero de 2003. Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca), pese a lo dispuesto por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, considera que "(...) el art. 14.5 del PIDCP no se refiere textualmente

B. Legitimación de las partes para recurrir

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 solo 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 este 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[28].

Por el contrario, argumenta MONTERO AROCA, que el Pacto debe interpretarse no solo desde el hecho de que existen otras legislaciones –como la española– que reconocen la existencia de acusadores particulares al lado del Ministerio Fiscal y que las garantías procesales que contiene se entienden mejor si se tiene en cuenta que las mismas adquieren su verdadero sentido

---

a una segunda instancia, sino exactamente al derecho de toda persona declarada culpable de un delito 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. Esta última precisión permite una cierta flexibilidad en la aplicación de la citada previsión en los distintos sistemas jurídicos... [lo que ha obligado a la jurisprudencia constitucional] a reducir las cuestiones de hecho, que puedan fuera del recurso de casación, exclusivamente a aquellas que necesitarían de una repetición de la prueba para permitir una nueva ponderación de la misma. De esta manera, el juicio sobre la prueba puede ser corregido en casación cuando el tribunal de los hechos se ha apartado de las reglas de la lógica, de las máximas de la experiencia o de los conocimientos científicos (...)". Esa exposición no nos convence. El comentarista de la revista *Actualidad Penal*, en opinión que compartimos, acota lo siguiente: "Se trata, sin embargo, de una conclusión discutible, sobre todo cuando el propio Tribunal Constitucional ha tenido que cambiar su criterio respecto a la valoración en la apelación de pruebas no practicadas o contrastadas con otras producidas en la segunda instancia. Las cuestiones probatorias quedan al margen de la casación en cuanto no se refieran al error de hecho o a la constatación de una indebida denegación de prueba ante el juzgador *a quem*" (*La Ley. Actualidad Penal*, N° 31, semana de 28 de julio al 3 de agosto, Madrid, 2003).

(28) MAIER, Julio J. B.: *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, T. I, pp. 708-714.

referidas a un proceso penal de corte anglosajón, por lo que es necesario, amén de su traducción literal al español, hacer una traducción ideológica o de conceptos, para así evitar el absurdo. Por ello, insiste, el Pacto no puede interpretarse de modo aislado, sino que ha de integrarse al ordenamiento jurídico de que se trate. Desde esta perspectiva, proscribir el recurso acusatorio significaría desconocer los principios de igualdad de las partes y del contradictorio, que hace a la esencia misma de la noción de proceso del mundo eurocontinental, que no admite impugnaciones privilegiadas. Añade que tampoco puede derivarse del Pacto el hecho de que si el absuelto por el tribunal *a quo* fuera condenado por el Tribunal Superior se necesite otro fallo condenatorio, pues este no ha pretendido imponer la existencia de dos enjuiciamientos por dos órganos judiciales diferentes[29].

Otra perspectiva crítica es aportada por CORDÓN MORENO. Es de destacar dos datos precisos que enuncia en orden a lo establecido en el art. 14°.5 del Pacto. En primer lugar, indica que en la legislación norteamericana –donde se inspiró este numeral– el recurso del imputado solo tiene por contenido la revisión circunscrita al ámbito del derecho al proceso debido y si la pena se ha fijado aplicando una ley inconstitucional, pero nunca la revisión de la valoración de la prueba. En segundo lugar, reitera que no se puede pretender que el Pacto haya tratado de conformar un sistema unitario de recursos en el ámbito penal para todos los países firmantes del mismo, *sino establecer una garantía mínima asumible por ellos*[30].

Desde la propia lógica de la CADH, y sobre la base de Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CAFFERATA NORES acota que el proceso penal también apunta a garantizar el derecho de justicia de las víctimas, quienes además tienen derecho a un tribunal independiente, objetivo e imparcial (la representación de la sociedad encomendada al Ministerio Público y la posibilidad que éste actúe concurrentemente en favor de las víctimas, no puede negarse en modo alguno). Reitera el jurista argentino que estos derechos podrían ser lesionados por sentencias radicalmente arbitrarias o dictadas por un órgano jurisdiccional parcializado, por lo que la bilateralidad de los recursos no puede negarse. Asimismo, aclara que para sostener que el recurso del acusador vulneraría el *ne bis in idem* tendría que reconocerse que la sentencia absolutoria es firme desde el momento de su expedición, lo que no es así, porque tal expresión se refiere a una sentencia

---

(29) MONTERO AROCA: *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, cit., pp. 166-172.

(30) CORDÓN MORENO, Faustino: *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 187.

que, o bien era susceptible de ser recurrida y no lo fue, y por ello quedó "firme", o bien pese a ser recurrida resultó "confirmada" por el tribunal del recurso(31).

Otra procesalista, la española CALDERÓN CUADRADO, luego de adherirse a la posición de MONTERO AROCA, señala que la condena dictada por un Tribunal Superior, al revocar la sentencia absolutoria impugnada por los acusadores, ha sido dictada 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 por el PIDCP(32).

No cabe duda de los problemas que plantea la interpretación del art. 14°.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, impide aceptar que el acusador público y la víctima no puedan recurrir de una sentencia absolutoria; en *segundo lugar*, 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 a un tribunal superior, en cuyo 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.

C. El objeto procesal del recurso

Las normas internacionales, como acota ASENCIO MELLADO, establecen un derecho incondicionado al recurso frente a las sentencias condenatorias, el cual se concreta en la necesaria existencia de la doble instancia penal, en la medida en que se exige tanto el derecho a llevar la decisión condenatoria ante un Tribunal Superior por un lado, y, por otro, a que esta revisión lo sea de la declaración misma de culpabilidad y de la condena. Agrega este autor que es obligada la existencia de un recurso que reúna estas características, que posibilite en todo caso una revisión profunda del fallo, ya que no existe otro modo de garantizar el análisis de una decisión condenatoria que mediante el control de la valoración de la prueba(33). Es un supuesto de "defecto de razonamiento".

---

(31) CAFFERATA NORES, José Ignacio: *Proceso penal y derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 161-164.

(32) CALDERÓN CUADRADO, María Pía: *Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado*, Comares, Granada, 1996, p. 22.

(33) ASENCIO MELLADO, José María: *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 280.

Por tanto, desde nuestro sistema jurídico, como claramente expone GIMENO SENDRA, el recurso de apelación –implícitamente contenido en los Tratados– es sin duda alguna el que mayores garantías ofrece para las partes, debido fundamentalmente a su carácter de recurso *ordinario*: no necesita fundarse en causa legal preestablecida, y en él pueden aducirse la totalidad de los errores judiciales o vicios, materiales y formales, sufridos en la sentencia o en las actuaciones de la primera instancia[34].

Es de significar, finalmente, que el derecho a la instancia plural, en nuestra Constitución, se centra en las sentencias y, por extensión, en las resoluciones que ponen fin a la instancia. En estos supuestos la Ley Fundamental reconoce un derecho incondicionado de impugnación, que la ley ordinaria debe respetar y regular fluidamente[35]. El *doble grado de jurisdicción*, supuesto mínimo de la instancia plural, se circunscribe a las sentencias y decisiones que ponen fin a la instancia. En tal virtud, no es posible entender que toda resolución, cualquiera sea su naturaleza y ámbito, necesariamente puede ser impugnada a través de un recurso vertical y jerárquico –devolutivo–, pues el derecho al recurso integra la garantía genérica del derecho a la tutela jurisdiccional y ésta sólo comprende el acceso a los recursos previstos por la ley, sin que el órgano jurisdiccional pueda crear recursos no previstos por la ley.

La Corte Suprema, lamentablemente, ha venido conociendo de recursos pese a que no se encuentran reconocidos en el art. 292° del CPP: única competencia recursal que le reconoce el ordenamiento procesal. En efecto, ha entendido que si una impugnación se plantea contra un auto emitido por la Corte Superior necesariamente, por imperio del derecho a la instancia plural (error en el que incurre el art. 343° del CPP de 1991), debe conocer de ella entendiendo que la denominación del recurso no puede ser de nulidad sino de apelación[36]. En tanto un recurso impugnatorio no está previsto en la ley, no es posible admitirlo pretorianamente, menos si la resolución impugnada no es una que pone fin a la instancia –único supuesto en que por razones constitucionales existe un derecho incondicionado al recurso–, sino que resuelve un incidente o una articulación[37]. Esto último constituye

---

(34) GIMENO SENDRA, Vicente: *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 152.

(35) A su vez, el órgano jurisdiccional, en materia de admisión de recursos debe efectuar una lectura flexible y amplia de la legalidad, una interpretación de la forma más favorable posible a la eficacia del derecho al recurso (Cfr.: PICÓ I JUNOY, Joan: *Las garantías constitucionales del proceso*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 82).

(36) Exp. N° 3197-2002, Lima, 6 de diciembre de 2002; Exp. N° 3199-2002-Lima, de 14 de enero de 2003; Exp. N° 223-2002-Lima, de 18 de octubre de 2002 (Inéditos).

(37) En estos mismos términos, Mercedes LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA (*La segunda instancia en el proceso penal*, Comares, Granada, 2000, p. 30) llega a sostener que "(...)

el necesario cumplimiento de un requisito objetivo del recurso, que es el referido a su *posibilidad jurídica*, la cual –dice PALACIO– se relaciona con la recurribilidad o irrecurribilidad de ciertas resoluciones[38].

III. PRESUPUESTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La impugnación está sometida a ciertos presupuestos. Estos son de carácter subjetivo y objetivo. Su control, como señala ORTELLS RAMOS, procede de oficio en la generalidad de los casos[39].

1. PRESUPUESTOS SUBJETIVOS

En lo que se refiere a los presupuestos subjetivos de la impugnación, se tiene (1) el agravio, gravamen o interés directo y (2) el carácter de parte. El *primero* exige que la resolución cuestionada cause una lesión al interés del impugnante. Interesa, al respecto, el resultado concreto del acto, sus efectos prácticos en orden al derecho invocado y la situación jurídica concreta del interesado. Señala la doctrina que el gravamen es cualquier diferencia en perjuicio entre lo pretendido o lo admitido y reconocido previamente por la parte y lo concedido por la resolución[40], y que para estos efectos el perjuicio proviene, fundamentalmente, de la parte dispositiva de la resolución y no de sus fundamentos (SCHLÜCHTER considera como una excepción el caso de violación de los derechos fundamentales provenientes de los fundamentos de la sentencia[41]).

La Corte Suprema ha resuelto correctamente cuando precisa, de modo general, que sólo puede recurrir la parte perjudicada por una determinada resolución –no cabe que el imputado impugne una resolución que lo favorece[42]– y, específicamente, cuando acota que no es legal que el

---

no nos hallamos ante un derecho incondicionado o absoluto 'de forma que contenga siempre la facultad o nazca siempre de él la posibilidad de impugnar cualquier decisión judicial', sino tan sólo hay que entenderlo referido al recurso previamente determinado o preestablecido en la ley (...)".

(38) PALACIO: *Los recursos en el proceso penal,* cit., p. 20.

(39) ORTELLS RAMOS, Manuel; SÁNCHEZ, Ricardo Juan; BONET NAVARRO, José; BELLIDO PENADÉS, Rafael; PASTOR, José Martín; CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés: *Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 518.

(40) ORTELLS RAMOS *et al.*: *Derecho procesal civil,* cit., p. 520.

(41) SCHLÜCHTER, Ellen: *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 165.

(42) Ejecutoria suprema de 20 de septiembre de 1972, Exp. N° 1078-72, Ayacucho (TARAMONA, José R.: *Compendio de ejecutorias supremas*, Jamsè Editores, Lima, 1983, T. III, pp. 74-75).

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 de ella contra la cual se interpone"[43]. Sin embargo, es cuestionable una resolución reciente del Supremo Tribunal, cuando señala que la declaración de reserva de unos acusados ausentes en una sentencia que además absuelve a otros imputados no les causa perjuicio directo, aun cuando la ley permite al órgano jurisdiccional dictar sentencia absolutoria en su favor[44]. Es de precisar que el perjuicio se da no solo cuando la sentencia condena a un acusado y le impone determinadas consecuencias jurídicas, es obvio también que si el Tribunal reserva la causa contra un ausente, que está representado por un abogado defensor, es porque considera que existen elementos de juicio de cargo que impiden declararlos inocentes; consecuentemente, tal consideración, unida al hecho que la situación jurídica del ausente sigue pendiente y con una orden de detención en contra, configura con toda claridad un supuesto de gravamen susceptible de alzada.

Por el *segundo* presupuesto –el carácter de parte– la impugnación, vinculada con la legitimación activa del recurrente, está reservada a las partes, porque son ellas las que pueden resultar agraviadas o lesionadas con la decisión judicial[45]. Sin embargo, aclara ROXIN, es posible aceptar legitimación a quienes no siendo partes puedan ser afectadas indirectamente por una resolución judicial, que es el caso de los intervinientes accesorios (v. gr.: decomiso de un bien –también afectados con la medida de embargo–, testigos lesionados por un auto judicial –es el caso de una medida de impedimento de salida o de una orden de presentación de un documento–)[46].

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. 328° CPP de

---

[43] Exp. N° 2289-79, Lima (TARAMONA, José R.: *Compendio de ejecutorias supremas*, Jamse Editores, Lima, 1982, T. I, pp. 98-99).

[44] Ejecutoria Suprema de 10 de enero de 2002, Exp. N° 4533-2001, Lima (*Normas Legales*, T. 314, julio, Trujillo, 2003, p. A15).

[45] Respecto a la parte civil, la Ejecutoria Suprema de 24 de noviembre de 2000, Ayacucho, reitera la doctrina del alto Tribunal en el sentido que "la parte agraviada debe previamente constituirse en parte civil antes de la iniciación del juicio oral y que, *para hacer uso de los recursos que le franquea la ley*, debe reconocérsele expresamente esa calidad [...]" (FRISANCHO APARICIO, Manuel: *Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima 2002, pp. 70-71).

[46] ROXIN, Claus: *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 448.

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. 80°.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. 328° 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 interpuesto contra los autos de segunda instancia que importen sobreseimiento definitivo y contra 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. 292° 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[47]. Las formalidades, como ya

---

[47] La Corte Suprema ha puntualizado que los plazos señalados en la norma son de estricto cumplimiento, por lo que al haberse interpuesto fuera del término, resulta improcedente

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 [48]. El art. 328° 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 [49]. 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 [50].

Las impugnaciones se interponen por escrito, ante el juez que emitió la decisión cuestionada (arts. 357° CPC y 334°, primer párrafo, del Código de 1991) y en los plazos previstos por la ley [51]. 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. 289° del Código de 1940 y 305° 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 [52]. Así se ha pronunciado el Supremo Tribunal en la Ejecutoria Suprema de

---

(Ejecutoria Suprema de 14 de enero de 1997, Exp. N° 5344-96-B [GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo: *Jurisprudencia penal*, Idemsa, Lima, 1997, T. III, p. 105]).

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

[49] GOZAÍNI: "Teoría general de la impugnación", cit., p. 34.

[50] Por otro lado, la Corte Suprema ha sostenido, no obstante lo expuesto en sentido afirmativo en la ley procesal civil, que no procede la figura de la adhesión al recurso por no estar prevista en el ordenamiento procesal (Ejecutoria Suprema de 13 de diciembre de 1978, Exp. N° 2273-78, San Martín [Taramona, José R.: *Compendio de Ejecutorias Supremas*, Jamse Editores, Lima, 1982, T. II, pp. 117-118]).

[51] La Corte Suprema ha señalado que el derecho de impugnación del art. 139°.6 Const., no es absoluto, sino que tiene sus límites en el ejercicio de otros derechos como lo es el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Que otro límite al derecho de recurrir está dado por el plazo, que en el caso del recurso de nulidad es de 24 horas desde la expedición y lectura de la sentencia, o de notificación del auto impugnado, conforme lo establece el art. 295° del CPP (Ejecutoria Suprema de 6 de julio de 1999, Exp. N° 1576-99, La Libertad [*Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año II, N° 1, Trujillo, 2001, p. 433]).

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

14 de enero de 1997[53]. También ha puntualizado la Corte Suprema que los términos para impugnar resoluciones, se cuentan desde la fecha de la notificación de las mismas, y que la notificación debida, no atribuible a la parte, no la puede perjudicar y negar derecho al recurso[54].

En el sistema del Código de 1940 las impugnaciones referidas del recurso de nulidad 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. 7° del D. Leg. N° 124); no obstante ello, la 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. 338°, 344°, 351° y 362°).

No basta con la deducción de la impugnación. Se requiere agregar los motivos o fundamentos de aquélla. Sobre este punto, el art. 358° 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. 329° del Código de 1991 estatuye que en el recurso solo se debe especificar los puntos de la resolución a los cuales 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. 358° y 359°), 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 al modelo del Código Procesal Civil sancionando la falta de motivación con la declaración de inadmisibilidad del recurso interpuesto (arts. 378°.3 y 379°). El Código de 1940 no dice nada al respecto, al igual que el anterior Código de Procedimientos Civiles. Esta situación, sin embargo, se subsanó con la Ley N° 27454, de 24 de mayo de 2001, que modificó el art. 300° del CPP de 1941, estableciendo –sólo para el caso de sentencias– un plazo adicional de 10 días para fundamentar los agravios.

---

(53) Exp. N° 5344-96-B, Lima (GÓMEZ MENDOZA: *Jurisprudencia penal*, cit., T. III, p. 105).

(54) Ejecutoria Suprema de 14 de mayo de 1990, Exp. N° 522-87, Tacna (RETAMOZO, Alberto y PONCE, Ana María: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Idemsa, Lima, 1994, pp. 243-244).

IV. INTERDICCIÓN DE LA *REFORMATIO IN PEIUS* [55]

1. ASPECTOS GENERALES

La Ley N° 27454, publicada el 23 de mayo de 2001, modificó el art. 300° del Código de Procedimientos Penales. Si bien esa norma se encuentra en el ámbito del recurso de nulidad, expresamente ha sido extendida al recurso de apelación contra sentencias (Decreto Legislativo N° 124), según el párrafo final del artículo único de la indicada Ley.

La ley tiene en rigor tres reglas generales de primera importancia. En *primer lugar*, si el recurso es interpuesto por uno o varios sentenciados, el Tribunal de alzada solo puede confirmar o reducir la pena impuesta y pronunciarse sobre el asunto materia de impugnación (*reformatio in peius* y *iudex ne eat ultra petita partium*). En *segundo lugar*, como consecuencia del *favor rei*, las penas de los sentenciados no recurrentes solo podrán ser modificadas cuando les sea favorable, y si el recurso es interpuesto por el Ministerio Público, el Tribunal de alzada podrá modificar la pena impugnada, aumentándola o disminuyéndola, "cuando ésta no corresponda a las circunstancias de la comisión del delito". En *tercer lugar*, introduce solo para las impugnaciones de sentencias, dada la ubicación del artículo modificado, una regla que consagra la formalización del recurso en la fase de su interposición: la motivación del mismo en el plazo de diez días, pues de lo contrario el mismo se declarará inadmisible.

2. LA REFORMA PEYORATIVA

A. La jurisprudencia nacional previa a la ley

La Corte Suprema aplicando literal y aisladamente el antiguo art. 300° del CPP, desde siempre y uniformemente, había sentado la doctrina jurisprudencial consistente en que el poder de revisión que le concedía la ley no estaba en función de quién recurría de un fallo o quién se conformaba con él, ni necesariamente del objeto del recurso, sino de la naturaleza del hecho punible objeto de instrucción y juicio. Entendía el Supremo Tribunal que tenía, *per se*, un poder de revisión general del fallo y del procedimiento.

---

[55] La expresión *reformatio in peius*, acota Giovanni LEONE (*Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. III, pp. 100-101), proviene de un célebre pasaje de ULPIANO: *Licet Enim nonunquam bene latas sententias in peius reformet* (pues es lícito en ocasiones reformar empeorando las sentencias bien pronunciadas). Genéricamente se enuncia así: prohibición de pronunciar una nueva sentencia más desfavorable al imputado sobre el mismo objeto.

En tal virtud: que podía modificar la pena adecuándola al delito realmente perpetrado, en cuanto a calidad y cantidad, y a las circunstancias de su comisión; que cuando la norma decía "[...] aplicado al delito una que no le corresponde ...", podía modificar la tipificación del hecho, y, cuando estipulaba "pena [...] que no le corresponde por su naturaleza o por las circunstancias de comisión", podía corregir la sanción en función, por un lado, de lo que el tipo penal prescribía –criterio legal– y, de otro, de los factores de individualización de la pena prescritos en los arts. 45° al 46°-A del Código Penal, incluyendo las alternativas a las penas privativas efectivas de la libertad; y, que podía completar la sentencia, sin límite alguno, cuando se omitía señalar las penas accesorias, conjuntas, reparación civil y consecuencias accesorias.

Es del caso citar, en primer lugar, la Ejecutoria Suprema de 21 de abril de 1960, dictada en el Asunto "Víctor Manuel Torres Collantes", en cuya virtud la Corte Suprema decidió –pese a que el recurso lo interpuso la parte civil, y que el Fiscal Supremo proponía rechazar el recurso por no circunscribirse a la reparación civil–, que la impugnación se refería a la sentencia en su integridad y que, además, tenía la facultad de revisar el fallo, cualquiera sea la parte que interpone el recurso(56). En segundo lugar, es de mencionar la Ejecutoria Suprema de 17 de enero de 1997 recaída en el Asunto "Alfredo Emilio Aquino López y otros", que establece que la Corte Suprema tiene la facultad para modificar la calificación del delito hecha por el Tribunal, y sancionar el hecho conforme al tipo penal que corresponde, así como a la forma y circunstancia en que se cometió el evento delictivo(57). En tercer lugar, es de anotar la Ejecutoria Suprema de 4 de setiembre de 1985, recaída en el Asunto "Donatila Sauñe Ríos y otra", que reconoce la facultad del Supremo Tribunal de integrar una sentencia que omitió imponer las penas accesorias de inhabilitación e interdicción civil(58). En cuarto lugar, es de resaltar varias Ejecutorias Supremas que integran la sentencia de primer grado y fijan, ante la omisión de aquélla, el plazo de prueba, la pena de multa, el importe en días-multa, la pena accesoria de inhabilitación y las reglas de conducta en las penas suspendidas(59).

---

(56) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Año XVIII, N° 198, julio, Lima, 1960, pp. 857-858.

(57) GÓMEZ MENDOZA: *Jurisprudencia penal*, cit., T. III, pp. 52-53.

(58) *Normas Legales*, T. 140, Trujillo, 1986, pp. 262-263. Una Ejecutoria suprema anterior, de 4 de setiembre de 1970, se pronuncia en similares términos, invocando "(...) las buenas razones del principio de la economía procesal..." (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1970, Lima, p. 1369).

(59) *Vid.* Ejecutorias supremas dictadas entre 1996 y 1998: Exp. N° 3150-95-B; Exp. N° 2341-95-B; Exp. N° 2030-95-B; R.N. N° 1286-96; R.N. N° 1310-97; R.N. N° 2546-97; Exp. N° 5082-95-B; Exp. N° 3805-97; Exp. N° 1965-95-B; y Exp. N° 3664-96 (todas

Una tendencia más restrictiva, aunque parcialmente tolerante con la indicada doctrina jurisprudencial suprema, se apreció en el Acuerdo Plenario N° 8/97, de 16 de diciembre de 1997, de los Vocales Superiores de la República (jurisprudencia menor). Allí se sostuvo que el principio de *reformatio in peius* debe ser empleado como marco de referencia conceptual imprescindible al interpretar el Código; empero, entendió que el art. 300° CPP permitía a la Sala Revisora elevar la pena aun cuando el grado provenga del recurso único del imputado, pero sólo en la medida en que el fallo recurrido muestre una clara incongruencia entre las consideraciones de hecho y de derecho[60].

Recién, entre noviembre y diciembre de 2000, en la Corte Suprema –un Vocal Provisional– vino a quebrar esa sólida unanimidad[61]. Sostuvo, con apoyo en la doctrina argentina (citas de BIDART CAMPOS y LUGONES-DIEGO[62], aunque previamente reconoció que el originario art. 300° CPP imponía la *reformatio*, que tal institución no es aplicable por imperio del art. 139°.3 de

---

en: ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia procesal penal [1996-1998]*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, T. II, pp. 466-467, 470, 475-478 y 482-492). Otra Ejecutoria Suprema, de 9 de febrero de 1994, recaída en el caso "John James Woods", se refiere a la pena de expulsión del país (ROJJASI PELLA, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, Legrima, Lima, 1997, pp. 438-440). Es de resaltar que, anteriormente, la Corte Suprema anulaba las sentencias de primera instancia que omitían fijar algún extremo vinculado a la pena o la reparación civil; así, por ejemplo, la Ejecutoria de 13 de noviembre de 1944 (*El Peruano*, Lima, 23 de marzo de 1945), que declara nula la sentencia que no fija la reparación civil. Sobre este último extremo, la Ejecutoria Suprema de 10 de febrero de 1993, recaída en el caso "Leonidas Álvarez Umeres y otros", consideró que era posible integrar el fallo de instancia respecto a la omisión de la reparación civil, por tratarse de cuestiones accesorias de la sentencia (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 442-445). El fundamento legal enfatizado por el Supremo Tribunal para esta potestad de integridad es el art. 298°, penúltimo párrafo, del CPP (Cfr.: Ejecutorias Supremas, de 8 de julio de 1996, recaída en el caso "Sabino Alejandro Joya Vallejos", y de 11 de enero de 1995, recaída en el caso "Fernando Martín Amaya García y otros" [ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 446 y 127-130, respectivamente]).

(60) *Plenos Jurisdiccionales*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2002, pp. 101-106.

(61) Ejecutorias Supremas de: 1) 1 de diciembre de 2000, Exp. N° 122-99; 2) 28 de noviembre de 2000, Exp. N° 3931-00; 3) 6 de noviembre de 2000, Exp. N° 3585-00; 4) 7 de noviembre de 2000, Exp. N° 3522-00; 5) 13 de diciembre de 2000, Exp. N° 1059-99; 6) 30 de noviembre de 2000, Exp. N° 358-99 (Inéditas).

(62) Lino PALACIO (*Los recursos en el proceso penal*, cit., p. 34) sostiene, en esa misma perspectiva, que el indicado principio preserva la vigencia de la garantía de la defensa en juicio y del derecho de propiedad, en tanto, respectivamente, impide el empeoramiento de una situación jurídica frente a un recurso que la ley concede, precisamente para asegurar su eventual mejora y asegurar la estabilidad de las resoluciones judiciales, que en los aspectos no impugnados configuran un derecho adquirido para la parte a quien benefician.

la Constitución, pues imponer una sanción más grave cuando el recurso sólo proviene del imputado importa un fallo sin jurisdicción y lesiona el principio acusatorio; sin embargo, precisó que si el fallo revisado viola el principio de proporcionalidad de las penas es del caso anularlo.

Finalmente, el Acuerdo Plenario de los Vocales Superiores de la República N° 6/2000, de 14 de octubre de 2000, incardinándose en una concepción uniforme en la doctrina procesalista sobre la materia, estimó –en su decisión segunda– que era de rigor proscribir la reforma de las sentencias en perjuicio de los sentenciados, cuando ellos son los únicos impugnantes. En el considerando segundo, se señaló que el art. 300° CPP debía interpretarse restrictivamente y conforme a la Constitución: garantías del debido proceso y derecho de defensa, así como evitar fallos sorpresivos que lesionan el principio acusatorio.

B. Fundamento de la reforma peyorativa

La Ley N° 27454 abre una nueva tendencia en materia de recursos, al introducir expresamente este principio. Si bien la prohibición de reforma peyorativa no está expresamente enunciada en el art. 139° de la Constitución, representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional a través del régimen de garantías legales de los recursos y, en todo caso, de la prohibición constitucional de la indefensión (art. 139°. 3 y 14 Const.).

Cuando no existe recurso de la parte contraria (Fiscal o Parte Civil), la reforma peyorativa afecta las garantías del principio acusatorio, porque implica que se agrava la sentencia en perjuicio del recurrente, sin que otra u otras partes lo propicien con su recurso[63]; se infringe, por tanto, el principio acusatorio y se produce indefensión. En rigor, como enseña FENECH, la prohibición de la *reformatio in peius* se basa, más que en razones de índole jurídica –ya que en este sentido solo pudiera alegarse el hecho de que el Juez o Tribunal *ad quem* dispone normalmente de menos fuentes de conocimiento que el Juez o Tribunal *a quo*, por no ser tan inmediato dicho conocimiento como el de este–, en razones de política criminal, y debe conservarse en virtud de principios de justicia y equidad[64].

---

(63) Ellen SCHLÜCHTER (*Derecho procesal penal*, cit., p. 166) señala que en la apelación o casación interpuesta sólo a favor del acusado rige la prohibición de la *reformatio in peius*; prohibición que no interviene cuando el recurso se ha interpuesto por el Fiscal en perjuicio de aquel, en cuyo caso la sentencia puede verse empeorada no sólo en el fallo, sino también en las consecuencias jurídicas.

(64) FENECH, Miguel: *Derecho procesal penal*, Bosch, Barcelona, 1952, Vol. I, p. 53.

El Tribunal Constitucional (STC, Asunto "Ann Vallie Lynelle", de 21 de junio de 2002; STC, Asunto "Martha Guerra Carrasco", de 30 de setiembre de 2002)[65] ha señalado que la etapa recursal también está protegida por la garantía genérica de defensa en juicio (art. 139°.14 Const.) y que la interposición del recurso delimita la competencia del órgano judicial superior y prohíbe que se aumente la pena impuesta si ningún otro sujeto procesal ha hecho ejercicio de los recursos impugnatorios. En consecuencia, si en un caso concreto el Fiscal no recurrió, aquel extremo debe entenderse como consentido y, por tanto, queda prohibido de reformar para empeorar.

C. Concepto de "reforma peyorativa"

Significa, según ROXIN, que la sentencia no puede ser modificada en perjuicio del acusado, en la clase y extensión de sus consecuencias jurídicas, cuando solo han recurrido el acusado o la Fiscalía a su favor[66]. No rige, por tanto, en el caso de las apelaciones múltiples o cruzadas[67]. Con ello se debería lograr que nadie se abstenga de la interposición de un recurso por el temor de ser penado todavía más gravemente en la instancia siguiente. Queda claro que no existe "prohibición de mejorar", sino que, antes bien, la decisión impugnada solo por la Fiscalía en perjuicio del acusado puede ser modificada a favor de éste.

La reforma peyorativa se sitúa en el ámbito de los poderes del Tribunal *ad quem*. Según CALDERÓN CUADRADO[68], la amplitud de los poderes del Tribunal Revisor está sujeta a dos limitaciones (frente a un recurso, como se sabe, el Tribunal *ad quem* está en la misma posición ante el objeto del proceso y con idéntica plenitud de conocimiento que el juez *a quo*).

---

[65] En: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2000/1231-2002-HC.html; y http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2000/2082-2002-HC.html.

[66] ROXIN: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 454-455.

[67] Un caso de impugnación múltiple fue contemplada por el Tribunal Constitucional (STC Asunto "Lucy Tirado Vásquez", de 28 de enero de 2000), indicando que "el objeto del art. 300° CPP es el de prohibir en nuestra legislación procesal la *'reformatio in peius'*, esto es, impedir que cuando únicamente el propio sentenciado impugne la recaída en el proceso penal que se le sigue, se perjudique con el aumento de la pena impuesta en primera instancia, *situación que no es de aplicación cuando además de este, el representante del Ministerio Público o únicamente este último apela la sentencia expedida*, pues en estos últimos casos, la Corte Suprema puede evidentemente aumentar o reducir la 'pena impuesta'" (en: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/0078-2002-HC.html).

[68] CALDERÓN CUADRADO: *Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado*, cit., p. 103.

La *primera limitación* deriva del necesario respeto de la pretensión impugnatoria, pues la segunda instancia no puede abrirse de oficio [69]; lo que se sigue del brocardo latino *tantum devolutum quantum appellatum* (tanto devuelto, como apelado), que da lugar a dos concreciones: (1) *iudex ne eat ultra petita partium* (no se extienda el juez más allá de lo que pidan las partes) en cuya virtud el Tribunal Superior solo resuelve los motivos de la alzada; y, (2) prohibición de la *reformatio in peius*, por la cual el Revisor no puede infligir una consecuencia jurídica más grave que la impuesta por el inferior. Ello es así, dice MANZINI, porque las impugnaciones tienen carácter de control y de garantía y, por tanto, no sirven a la aplicación directa del interés público[70].

La *segunda limitación* deriva de la oralidad y la inmediación como reglas básicas del proceso penal. La apelación peruana, siguiendo aquí la tesis de VARELA GÓMEZ, permite una nueva valoración y apreciación de las pruebas practicadas en primera instancia en relación con los hechos alegados, siempre –claro está– dentro de las pretensiones de las partes[71]. El órgano *ad quem*, por tanto, puede considerar probado o no probado un hecho que antes se declaró probado o no probado.

El Tribunal *ad quem* está habilitado para realizar una valoración de la prueba diferente a la verificada por el Juez *a quo*. El Tribunal *ad quem* –es de insistir– puede valorar las pruebas practicadas en la instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez *a quo*. No está circunscrito a constatar que en el fallo de primera instancia se ha producido un evidente y manifiesto error; a que la relación de hechos sea incompleta, incongruente o contradictoria; a que la prueba practicada en primera instancia ha sido desvirtuada por una nueva prueba en la alzada; o a que el *a quo* ha realizado, sobre un hecho básico, una interpretación ilógica o torcida. Debe respetarse la declaración de hechos probados cuando el acerbo probatorio se basa generalmente respecto de la prueba personal, donde la oralidad y la inmediación son fundamentales, pero ello puede alterarse cuando se trata de

---

[69] Esta nota característica de todo recurso impugnatorio constituye la materialización del principio acusatorio en segunda instancia, que busca garantizar la imparcialidad del juzgador. En tal virtud, apunta LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA (*La segunda instancia en el proceso penal*, cit., pp. 107-109), la acusación en segunda instancia se materializa en el escrito de formalización del recurso; la preexistencia de una acusación clara y precisa es necesaria, pero la acusación formulada ante el Juez *a quo* no es suficiente, pues debe volver a formularse ante el Tribunal que conoce del recurso.

[70] MANZINI, Vincenzo: *Tratado de Derecho procesal penal*, EJEA, Buenos Aires, 1954, T. V, pp. 139-141.

[71] VARELA GÓMEZ: *El recurso de apelación penal*, cit., pp. 301-302.

pruebas en las que esencialmente la inmediación no tiene un valor absoluto. Tal es el caso de la valoración diferente de la credibilidad de declaraciones contradictorias, o de la apreciación de datos objetivos que fluyen de inspecciones oculares o de diligencias de reconocimiento en rueda o fotográfico, de la compulsa de prueba instrumental o de la prueba pericial.

La justificación del límite de la prohibición de reforma peyorativa, en lo civil –es unánime–, es la vigencia del principio dispositivo. Empero, en lo penal, según CALDERÓN CUADRADO, no lo es el acusatorio, la contradicción, la prohibición de indefensión, ni la regla del *tantum devolutum quantum appellatum*[72]. El reexamen de la cuestión litigiosa se hace realidad a instancia de la parte que se considera agraviada por la decisión, por tanto es ella la que delimita el ámbito de conocimiento del Tribunal *ad quem* respecto del objeto procesal de la instancia, ocasión en que sí entra en consideración la regla del *tantum devolutum quantum apellatum*, en virtud de la cual el tribunal superior debe reducir los límites de su resolución a las únicas cuestiones promovidas en el recurso.

La *reformatio in peius*, en consecuencia, constituye un principio general para todas las impugnaciones devolutivas; y como tal, aplicable, por analogía, también a aquellos casos en que no esté expresamente prevista[73]. Vista su categoría de principio general, apunta GARBERÍ LLOBREGAT, se entiende que la decisión del Tribunal *ad quem* no puede agravar la situación en la que se encontraba el recurrente en relación con la resolución objeto de su propio recurso: ése es el núcleo esencial de la institución.

D. Contenido de la reforma peyorativa

En general, la *interdicción de la reforma* peyorativa significa prohibición de pronunciar una nueva sentencia más desfavorable para el imputado. Para este efecto es de verse el contenido del fallo en su totalidad y, sobre esa base, se impide que se empeore la situación jurídica global del apelante. Sin embargo, el nuevo art. 300° CPP parece reducirla a la pena. No se pronuncia acerca de la reparación civil ni de las medidas de seguridad y consecuencias accesorias.

1. *Penas impuestas por el a quo violando principio de legalidad penal.* La Corte Suprema de Colombia[74], en sus sentencias de 26 de octubre de 1994,

---

(72) CALDERÓN CUADRADO: *Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado*, cit., pp. 105-106.

(73) LEONE: *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. III, p. 102.

(74) *Vid.* SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto: *El debido proceso penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 330-338.

29 de julio de 1992, 9 de agosto de 1993 y 6 de octubre de 1994, consideró que el principio de legalidad penal también es de jerarquía constitucional y, por tanto, la *reformatio in peius* se aplicará siempre que no se vulnere esa garantía, pues en esos casos el juez tiene la obligación constitucional de adecuar el fallo a la normatividad existente, porque su deber es garantizar la legalidad del proceso. La *reformatio in peius* se aplicará siempre que el fallo recurrido se ajuste a la realidad constitucional y legal.

Empero, la Corte Constitucional de Colombia (en sus sentencias de 27 de julio de 1995: T-327/95; de 5 de junio de 1992: T-413/92; de 29 de julio de 1992: T-474; y, otras en similar sentido), desestimó ese criterio. Apuntó que el superior es incompetente para pronunciarse sobre la legalidad de la pena impuesta al apelante único, dado que el punto no es materia del problema jurídico planteado por el recurrente y el sistema acusatorio y la prohibición de la *reformatio in peius* le impiden al *ad quem* intervenir *ex oficio*, y le imponen la obligación de actuar solo con carácter dispositivo, conforme a la limitación fijada por la apelación y las pretensiones que contiene. Si el *a quo* incurrió en error y el Fiscal no lo consideró tal o fue negligente en el ejercicio de su función, tal apreciación u omisión no puede subsanarla el Tribunal *ad quem*; los recursos son mecanismos tendentes a eliminar error, pero errores que el juez de segunda instancia pueda jurídicamente enmendar, para cuya enmienda tenga competencia. Ello viola el derecho de defensa y el debido proceso.

En igual sentido, se ha pronunciado MANZINI[75] y LEONE[76].

2. *Las medidas de seguridad.* El art. 300° CPP sólo hace mención a las penas, ¿significa, entonces, que las medidas de seguridad están al margen de la regla? Se puede sostener, como se opina en Alemania (*vid.* ROXIN), respecto de la internación en un hospital psiquiátrico o en un establecimiento educativo, que ello solo puede ser provechoso y nunca perjudicial para el acusado. En Italia, igualmente, la regla de la prohibición de la *reformatio in peius* está excluida en las medidas de seguridad, pues –acota LEONE– es una consecuencia jurídica del delito distinta de la pena.

No obstante ello, es de tener en cuenta la concepción de un dualismo relativo en las relaciones entre pena y medida de seguridad, que permite rechazar la presunción de que toda medida de seguridad siempre es más

---

(75) MANZINI: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 142. Empero, este autor señala que el principio tiene como presupuesto que la pena infligida por el primer juez sea legal, mientras que, si no lo es, no puede valer como término de comparación (*loc. cit.*, p. 143).

(76) LEONE: *Tratado de derecho procesal penal*, cit., T. III, p. 105.

favorable al reo; pena y medida de seguridad, dice el Proyecto Alternativo alemán, tiene como objetivo garantizar la seguridad de las personas[77]. A ello se agrega que la proscripción de la *reformatio in peius* es un principio general de los recursos, basado en el derecho a la tutela jurisdiccional, a la garantía de defensa en juicio y al principio acusatorio, así como que el *ad quem* solo se pronuncia por la jurisdicción que se le entrega y por los motivos que lo convocan. Por consiguiente, no es posible que *ex officio*, sobre la base de la pretendida favorabilidad intrínseca de las medidas de seguridad –lo que es cierto pues toda medida importa una afectación a los derechos del imputado, sin importar que carezca de culpabilidad o sea peligroso–, se imponga al recurrente único una medida de seguridad que incida más intensamente sobre sus derechos.

3. *La reparación civil.* Una posición interesante, plenamente asumible en nuestro ordenamiento jurídico, la tiene el Tribunal Constitucional español. En efecto, en sus SSTC de 7 de mayo de 1987 y las últimas de 31 de enero de 2000 y de 21 de julio de 2000[78], sostiene que respecto de la reparación rige la prohibición de la *reformatio in peius*, por aplicación del principio *tantum devolutum quantum apellatum.* Si no hay petición de una parte recurrente no es posible el incremento del alcance devolutivo del recurso, y, por ello, los poderes del órgano de apelación. Se entiende, además, que el monto nunca puede ser superior a lo que solicitan las partes acusadoras y, en el caso del recurso, a lo que peticionan los recurrentes. Si el acusado cuestiona el monto, este no puede ser aumentado en virtud de su único recurso.

La aplicación de la interdicción de la *reformatio in peius* se basa en que se trata de una regla general de la impugnación, por lo que aun cuando la ley sólo mencione las penas puede extenderse analógicamente a la reparación civil e, inclusive, a las consecuencias accesorias. El principio comprende todas las consecuencias jurídicas del fallo.

4. *El querellante y las partes distintas del imputado.* La raigambre constitucional del instituto de la no *reformatio in peius*, como ha dicho la Corte Suprema de Argentina en el caso "Parera", sólo se refiere al procesado. Si el Fiscal o la parte civil apelan, en función a los intereses públicos del proceso y el principio del *favor rei,* es posible al Tribunal *ad quem* modificar el fallo a favor del imputado aun cuando él no sea el recurrente y se haya conformado con la sanción y/o la reparación civil.

---

(77) HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho penal. Parte general*, EDDILI, Lima, 1987, p. 293.

(78) *Vid.* JAÉN VALLEJO, Manuel: *La justicia penal en la jurisprudencia constitucional*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 60-61 y 299.

El tercer párrafo del nuevo art. 300° CPP, para el caso del Ministerio Público, autoriza al Tribunal *ad quem* inclusive a disminuir la sanción impuesta en primera instancia no obstante la conformidad del imputado y la impugnación del Fiscal. Ello es así porque, primero, no existe una "prohibición para mejorar". Aquí se fundamenta lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 300° CPP, al decir que las "penas de los sentenciados que no hayan sido objeto de nulidad, sólo podrán ser modificadas cuando les sea favorable"[79], y, segundo, porque el Ministerio Público es una autoridad objetiva de justicia que apunta a la adecuada actuación de la ley.

5. *La imposición de pena más grave que la solicitada por el Fiscal.* El segundo párrafo del nuevo art. 300° CPP permite la modificación de la pena "... cuando ésta no corresponda a las circunstancias de la comisión del delito". Un tema conflictivo es si se puede imponer una pena mayor que la pedida por el Fiscal recurrente en su escrito de acusación escrita u oral. El Tribunal Constitucional español, por ejemplo, en su STC de 2 de marzo de 2000, dice que hacerlo sin indicar el precepto que ha podido servir de apoyo al incremento de la pena ni precisar cuáles fueron las razones que la justificaran, vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional. Este criterio ha sido repetido en la STC N° 122/2000, de 16 de mayo de 2000.

3. VARIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO RECURSAL

El cuarto párrafo del nuevo art. 300° CPP impone el deber de fundamentación del recurso de nulidad, que el párrafo *in fine* extiende al de apelación, bajo apercibimiento de declaración de inadmisibilidad. En virtud de esta norma se incorpora una regla en la fase de interposición del recurso: la de formalización del mismo.

La fundamentación tiene dos extremos. El primero, implica precisar el agravio y el vicio o error que da lugar al recurso (art. 358° CPC). El segundo,

---

(79) Nuestra Corte Suprema había reconocido, desde siempre, el efecto extensivo del recurso para los no recurrentes, aunque –como ya se apuntó– sin atender a la interdicción de la reforma peyorativa. Es explicativa al respecto la Ejecutoria Suprema recaída en el asunto "Eulogio Nicolás Vásquez Cedrón y otra", de 14 de noviembre de 1979, Exp. N° 2511-79, Lima, en la que –sintomáticamente– absolvió a una acusada que se conformó con el fallo de primera instancia pese a que no recurrió, sosteniendo que "(...) *la circunstancia de que la acusada [...] no interpusiera recurso de nulidad de la sentencia que la condena [...], no obsta para que este Supremo Tribunal examine y resuelva su condición jurídica de acuerdo con la facultad que le confiere el artículo 301° del Código de Procedimientos Penales* ..." (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. I, pp. 110-112). Cabe señalar que el art. 301° CPP, invocado en la Ejecutoria, estipula que la Corte Suprema, al conocer de un recurso, puede absolver al reo cuando no considera fundada la sentencia condenatoria.

requiere que se expresen los fundamentos fácticos y jurídicos (de derecho material o de derecho procesal) que apoyan los agravios que se denuncian. Al *a quo* no le está permitido valorar la fuerza o contundencia de los argumentos, solo analizará si existe una motivación –aporte de razones que justifican la pretensión impugnatoria– en función a los agravios denunciados.

El citado párrafo del nuevo art. 300° CPP permite diferenciar dos situaciones procesales. La *primera*, estriba en que la fundamentación del recurso tiene un plazo común de diez días y presupone la interposición del mismo; se trata, pues, de dos momentos y actos procesales distintos, de suerte que para este último es necesario el requerimiento del órgano judicial *a quo*, a partir del cual empieza a computarse el plazo de diez días. La *segunda*, consiste en que la exigencia de fundamentación se circunscribe a las sentencias, por lo que quedan al margen los autos. Tal vez puedan incluirse en el ámbito del objeto impugnable los autos que ponen fin a la instancia, dado su carácter definitivo.

4. COSA JUZGADA Y ADECUACIÓN DE PENA

El primer párrafo de la Disposición Transitoria Única de la Ley N° 27454 dispone la aplicación retroactiva del nuevo art. 300° CPP. Se ampara, al efecto, en el art. 103°, segundo párrafo, de la Constitución, y en el art. 6°, segundo párrafo, del Código Penal. Más allá que las citas de ambos numerales, en estricto sentido, no son correctas, dado que están referidas a normas sancionadoras de carácter sustantivo, el segundo párrafo de la indicada disposición transitoria dispone que "los sentenciados a quienes se [les] hubiere aplicado una pena más grave, podrán solicitar la adecuación de la pena a la instancia que expidió el fallo impugnado. La condena se adecuará a la pena impuesta en la primera instancia".

A este respecto, la Corte Suprema (Ejecutoria Suprema de 10 de enero de 2002, Exp. N° 4039-01-La Libertad)[80] ha sostenido que tal disposición es inconstitucional por ser implicante con el art. 139°.2 de la Constitución, desde que deja sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, al disponer expresamente la modificación de una sentencia. Por nuestra parte consideramos equivocada esa decisión, puesto que la naturaleza del art. 300° CPP, al consagrar la interdicción de la *reformatio in peius*, se incardina en el derecho a la tutela jurisdiccional, en la garantía de la defensa en juicio y en el debido proceso, por lo que tal carácter fundamental permite una norma de aplicación, propia del derecho transitorio o intertemporal, con efectos retroactivos, tanto más si persigue proteger en mayor medida el derecho constitucional material de la libertad individual y una regla derivada como es la del *favor libertatis*.

---

[80] *Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 13, marzo, Trujillo, 2002, pp. 57-59.

Recuérdese que el Código Penal permite alterar la cosa juzgada en beneficio del reo y que el Código de Procedimientos Penales, en los supuestos de *propter nova* y *propter falsa*, abre paso a la rescisión de sentencias firmes de condena. Ello explica que cuando se trata de favorecer al reo como consecuencia de un cambio de concepción jurídica, más aún si ésta se sustenta –como en este caso– en una apreciación más amplia de las exigencias constitucionales, incardinando la no *reformatio in peius* en la propia Ley Fundamental, la conclusión político-criminal sea la de ampliar los efectos de la vigencia en el tiempo de la nueva ley.

V. PROCEDIMIENTO RECURSAL

Todo recurso se desenvuelve a través de un procedimiento. Desde una perspectiva general, el art. 334° 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. 363° del CPC).

La *primera fase*, no siempre presente, es la de *preparación*, en cuya virtud se solicita al juez *a quo* copia auténtica de las piezas procesales para acudir al superior jerárquico, que es ante quien se interpone el recurso; éste 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 nuestro sistema, por el Juez *a 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"[81]. La *cuarta fase* es la de *sustanciación*, que consiste en el examen de fondo, con una más o menos compleja tramitación, que importa una parte

(81) SOSA, Gualberto Lucas: "Procedimiento ordinario en segunda instancia", en: AA.VV.: *Recursos judiciales*, EDIAR, Buenos Aires, 1993, p. 138.

alegatoria, otra de prueba y una de conclusión. La *quinta fase* es la de *resolución*, o fase decisoria del recurso[82]. 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. 334° del Código de 1991, que en lo esencial ha sido seguido por el art. 384° 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 solo es procedente cuando se trata de impugnación de sentencia o de autos que ponen fin al proceso (arts. 131° y 132°). 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[83]. 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. Solo 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 reserva, o que habiendo sido admitidas no pudieron actuarse por causas no imputables al recurrente (art. 392°.2), caso en el cual se realiza una audiencia de apelación (art. 392°.4).

VI. EFECTOS DE LOS RECURSOS

1. Introducción

Desde una perspectiva general, conforme enfatiza GOZAÍNI[84] siguiendo a HITTERS, la interposición de un recurso produce diversas y variadas

---

(82) HINOJOSA SEGOVIA, en: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 560.

(83) Ejecutoria Suprema de 23 de noviembre de 1978, Exp. N° 2692-78, Arequipa (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. II, pp. 90-91).

(84) GOZAÍNI: "Teoría general de la impugnación", cit., p. 47.

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[85] destaca que todo recurso genera un *primer efecto* necesario: impedir la producción de cosa juzgada formal por la resolución impugnable, es decir, que esta 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 sus poderes sobre el proceso, y en lugar de limitarse a resolver el recurso planteado, se extralimita y agrava la condición del recurrente[86].

La prohibición de la *reformatio in peius*, de modo esencial, como recuerda José APARICIO CALVO-RUBIO[87], 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. 139°, 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

---

(85) En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III *(Proceso penal)*, ed. 1991, pp. 417-418.

(86) SUAU MOREY, Jaime: *Tutela constitucional de los recursos en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 43.

(87) 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.

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. 332° 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 solo 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(88).

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*(89).

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(90). 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 *a 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 solo 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

---

(88) Ejecutoria Suprema de 8 de agosto de 1992, Exp. N° 734-72, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXV, Lima, 1973, p. 205).

(89) En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 635.

(90) VÉSCOVI: *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, cit., p. 55.

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"[91].

En nuestro sistema, pese a que históricamente la regla era el efecto suspensivo del recurso, el art. 336° 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. 371°, solo 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.

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[92]: 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 manifestaciones 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

---

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

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

los arts. 306° y 330° 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 estos no sean exclusivamente personales, pero solo 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 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(93).

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(94). 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(95). 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(96), que, como recalca CORTÉS DOMÍNGUEZ, es una consecuencia de la vigencia, a su vez, del derecho de defensa consagrado en la Constitución(97).

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.

---

(93) Ejecutoria Suprema de 14 de noviembre de 1979, Exp. N° 2511-79, Lima (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. I, pp. 110-112).

(94) CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, pp. 479-480.

(95) LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. III, p. 110.

(96) LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. III, p. 112.

(97) En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 639.

5. EL EFECTO DIFERIDO

El art. 333° 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 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 N° 24388, de 5 de diciembre de 1985, que modificó el art. 221° 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, solo 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[98].

VII. 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 solo 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.

---

(98) 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[99].

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[100]. 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 oportunidad 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[101].

---

(99) PEYRANO, Jorge Walter: "El recurso de reposición", en: AA.VV.: *Recursos judiciales*, EDIAR, Buenos Aires, 1993, p. 70.

(100) VÉSCOVI: *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, cit., p. 86.

(101) PEYRANO: "El recurso de reposición", cit., p. 71.

II. RESOLUCIONES RECURRIBLES

El art. 338° 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. 121°, 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[102].

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[103].

III. PROCEDIMIENTO

El Código Procesal Penal de 1991 solo 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. 363° del Código Procesal Civil, y vista la máxima brevedad que informa este recurso, si interpuesto este 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 traslado 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,

---

(102) VÉSCOVI: *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, cit., p. 89.

(103) CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 497.

siendo suficiente garantía la de admitir el planteo del recurso por una vez, como lo dispone el art. 363° *in fine* del Código Procesal Civil, tanto más si se trata de cuestiones no trascendentales[104].

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

(104) 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. 8. Necesidad de nueva audiencia.

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[105]. 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 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. 139°.6 Const. y desde una perspectiva más estricta los arts. 11° de la LOPJ y X del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

---

(105) CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor: *Derecho procesal civil*, Colex, Madrid, 1996, p. 336.

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[106]. 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[107].

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 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.

---

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

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

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[108].

El art. 339° 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. 23°.4 limita las resoluciones apelables a las sentencias, aunque el art. 389° 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 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. 22°.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. 373° y 375°).

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. 295° de dicho Cuerpo

---

(108) BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo: *El proceso penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 232.

de Leyes, modificado por el Decreto Ley N° 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. 376°.1 de dicho Código, la impugnación debe producirse dentro del término de tres días[109]. En el caso del Código de 1991, el plazo es de tres días (art. 344°).

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. 121°, segundo párrafo), así como los autos que desestiman medios de prueba (art. 190° *in fine* del CPC). El art. 365° del Código Procesal Civil también comprende a las sentencias en el recurso de apelación.

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. 340°.2 y 341°.2). Sin embargo, pese a esta concepción limitativa de la procedencia de la apelación, el art. 343° 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. 77°; **b)** resoluciones que resuelven incidentes, art. 90° (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. 94°. En cuanto a las normas vigentes del Código de 1991, son apelables específicamente: **a)** los autos de detención, art. 138°; y, **b)** los autos de libertad provisional, art. 185°.

---

[109] Ejecutoria Suprema de 5 de diciembre de 1997, Exp. N° 3206-96, Lambayeque.

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. 334°, segundo párrafo), no condiciona su procedencia a especiales motivos taxativamente estipulados en la ley. En consecuencia, en ambos Códigos, solo 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 del cual fluye una concreta actividad depuradora, que pretende el triunfo del principio de legalidad y el respeto al derecho fundamental de tutela judicial efectiva[110].

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. 91° 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. 138° 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. 373°, 376° y 377° 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. 131° LOPJ). El informe oral a la vista de la causa solo 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. 132° 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.

---

(110) ESCUSOL BARRA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 678.

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. 334°).

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 prueba documental (modelo español, art. 231° 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*[111].

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 este para el cumplimiento de la resolución del recurso[112].

El Juez revisor no solo 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. 370° CPC) y en todo aquello "accesorio, incidental o subsidiario" (art. 298° del Código de 1940, modificado por el Decreto Legislativo N° 126, y art. 326° *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

---

(111) En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 648.

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

que se ha producido un defecto insubsanable que vicia la validez de los actos procesales correspondientes (art. 382° CPC).

Emitido el auto de vista, solo 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 evidente (los errores numéricos y ortográficos pueden corregirse en cualquier momento) o completar la resolución respecto de puntos controvertidos pero no resueltos (arts. 406° y 407° 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. 7° del D. Leg. N° 124, y 305° del Código de 1991) y por los jueces de Paz Letrados en los procedimientos por faltas (art. 6° de la Ley N° 27939 de 12 de febrero de 2003).

En cuanto a la naturaleza del recurso de apelación nacional contra 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[113].

El recurso de apelación regulado para ambos fallos produce el efecto devolutivo. También tienen efecto suspensivo. Sobre el particular, el art. 336° del Código de 1991 señala que salvo "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,

---

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

el art. 293° del Código de 1940 precisa que la interposición del recurso de nulidad –lo que se hace extensivo al recurso de apelación– no impide 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 hayan 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 *ad 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[114]. Producida la vista, con informe oral o sin él, el Tribunal debe emitir sentencia dentro de los quince días siguientes (art. 8°, D. Leg. N° 124).

El Decreto Legislativo N° 124 permite al Tribunal decidir si el grado ha de ser absuelto por un 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[115]. El originario procedimiento sumario o abreviado del Decreto Ley N° 17110 facultaba al Tribunal, en decisión inimpugnable, a derivar el conocimiento de la causa en juicio

---

(114) Ejecutoria Suprema de 18 de mayo de 1994, Exp. N° 1273-93-B, Puno (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 377-378).

(115) Ejecutoria Suprema de 10 de octubre de 1977, Exp. N° 856-77, Lima (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, pp. 21).

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 *ad 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. 9°). Sólo procede petición de aclaración o corrección, en los términos fijados en los arts. 406° y 407° 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. 292° *in fine* CPP, modificado por el Decreto Legislativo N° 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. 390° del Código de 1991 solo 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 solo 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. 332° del Código de 1991. Es, como acota LEONE[116], el principio del llamado efecto parcialmente devolutivo –*"tantum devolutiom quantum*

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

apellatum"– en cuya virtud el juez *ad 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 *ad 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 *ad quem* derivada de la pretensión impugnatoria no puede 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[117].

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

Es posible que el Juez *ad 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 aplicarse 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"[118].

Es de tener presente, siguiendo a LEONE[119], que (a) si los puntos de la decisión impugnada resultan, además, estrictamente dependientes; (b) si los

---

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

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

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

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 *ad 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 establece el art. 176° *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. 382° 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[120].

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.

---

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

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[121]. 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 *ad quem* respecto al objeto procesal de la instancia[122].

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 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[123].

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. 332° 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 prohíben, en cambio, las modificaciones en la fundamentación de las resoluciones.

La doctrina y jurisprudencia colombiana considera que no hay agravación cuando el Juez *ad 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

---

(121) BERNAL CUÉLLAR / MONTEALEGRE LYNETT: *El proceso penal*, cit., p. 244.

(122) CALDERÓN CUADRADO: *Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado*, cit., p. 106.

(123) CAFFERATA NORES, José Ignacio: *Introducción al Derecho procesal penal*, Marcos Lerner-Editora Córdoba, Córdoba, 1994, p. 222.

(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"[124]. 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[125].

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 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 con el pretexto de la eventual reducción de la pena infligida en primera instancia[126].

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[127].

6. POSIBILIDAD DE APRECIAR NUEVA PRUEBA

La regla general, enseñan BERNAL y MONTEALEGRE, es que el Juez *ad quem* toma su decisión con vista en la prueba aportada ante el *a quo*, en

---

(124) BERNAL CUÉLLAR / MONTEALEGRE LYNETT: *El proceso penal*, cit., pp. 247-248.

(125) Exp. N° 2004-83, Ica.

(126) LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. III, pp. 105.

(127) BELING: *Derecho procesal penal*, cit., p. 257.

atención a que la segunda instancia es control y no creación. Empero, como el proceso penal busca la verdad real y no la formal, es posible aportar pruebas en segunda instancia que no fueron valoradas por el Juez *a quo*[128]. 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 *ad quem* pueda apreciar actos de investigación o de prueba actuados con posterioridad a la expedición de la resolución recurrida.

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[129].

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[130].

7. EL JUEZ *AD QUEM* PUEDE CONDENAR AL ABSUELTO

Si se estima el recurso de apelación por razones de fondo, no hay ninguna razón para que el Juez *ad 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.

---

(128) BERNAL CUÉLLAR / MONTEALEGRE LYNETT: *El proceso penal*, cit., p. 249.

(129) BERNAL CUÉLLAR / MONTEALEGRE LYNETT: *El proceso penal*, cit., p. 250.

(130) Ejecutoria Suprema de 9 de febrero de 1972, Exp. N° 1366-71, Lima (RONCALLA VALDIVIA, Lino: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, Sesator, Lima, 1984, pp. 206-207).

Sin embargo, el art. 301° *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. 300°, modificado por Ley N° 27454, de 5 de mayo de 2001). Esta prescripción ha sido incorporada por la jurisprudencia al recurso de apelación en el procedimiento sumario o abreviado(131). Un caso singular es aquel en que el Supremo Tribunal homologó una sentencia con reserva de fallo condenatorio con una sentencia absolutoria y, por tanto, consideró infringido el art. 301° CPP al revocar un Tribunal Superior la referida medida impuesta por un juzgado penal y fijar en su reemplazo una condena de ejecución suspendida(132). Llama la atención tan singular criterio, pues se desconoce que la reserva del fallo presupone una conclusión de responsabilidad penal; consecuentemente, es posible que un Tribunal de alzada, sobre la base de un recurso acusatorio, pueda reformar esa alternativa por una condena condicional. Es absurdo que la Corte Suprema invoque la vulneración de la instancia plural, toda vez que precisamente el recurso de apelación, que abrió la competencia del Tribunal *ad quem*, le concedió competencia para revisar el fallo de primera instancia.

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"(133). 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

(131) Así lo ha establecido el Tercer Considerando del Acuerdo Plenario N° 8/97, de 16 de diciembre de 1997 (*Plenos Jurisdiccionales*, cit., pp. 104-106).

(132) Ejecutoria Suprema de 1° de agosto de 2000, Exp. N° 5075-99, Lambayeque (*Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 5, Trujillo, 2001, pp. 205-207).

(133) GUZMÁN FERRER, Fernando: *Código de Procedimientos Penales*, Cultural Cuzco, Lima, 1982, p. 612.

causa y se fundamente en el resultado probatorio que se ha logrado bajo su directa intervención[134].

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. 1° 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. 2°.24.'e' y 139°.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 legal y no necesariamente otorga mayores garantías de acierto para el justiciable, al faltar el contacto directo e inmediato con la prueba[135]. 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 *ad 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[136].

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

---

(134) ORÉ GUARDIA, Arsenio: *Manual de Derecho procesal penal*, Alternativas, Lima, 1996, p. 409.

(135) VEGAS TORRES, Jaime: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993, pp. 192 y 194.

(136) Sentencia del Tribunal Constitucional español 124/83, de 21 de diciembre de 1983.

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[137].

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 *ad quem* superarían las objeciones desde el ángulo de la inmediación[138].

Giovanni LEONE[139], 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.

8. NECESIDAD DE NUEVA AUDIENCIA

Como hemos precisado, en nuestro ordenamiento procesal vigente no se requiere una nueva vista en audiencia de las causas en vía de recurso

---

(137) FERRAJOLI: "Los valores de la doble instancia y nomofilaquia", cit., p. 448.

(138) GIMENO SENDRA: *Constitución y proceso*, cit., pp. 152 y 155.

(139) LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. III, pp. 132-133.

de apelación. Tal configuración del recurso de apelación, sin embargo, no es compatible con las exigencias del debido proceso. Es muy importante al respecto hacer mención a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pues ha definido un ámbito específico al citado recurso.

En efecto, dicho Tribunal ha establecido, en *primer lugar*, que en la apelación el Tribunal está investido de plenitud de jurisdicción y, moduladamente, se extienden al procedimiento de apelación las garantías del procedimiento de primera instancia, "...en tanto que el proceso penal constituye un todo y la protección del art. 6° [del juicio justo y equitativo] no termina con el fallo de primera instancia; según la jurisprudencia del Tribunal europeo, el Estado que organiza tribunales de apelación o de casación tiene el deber de asegurar a los justiciables, a este respecto, las garantías fundamentales del citado precepto..." (STEDH, Asunto "Ekbatani vs. Suecia", de 26 de mayo de 1998, párr. 24); en *segundo lugar*, que por lo general el procedimiento recursal en apelación requiere de la celebración de una vista pública –entendida como audiencia de pruebas–, aunque la falta de ella –siempre que se hubiere celebrado en primera instancia– puede justificarse según el objeto del recurso de apelación en concreto y siempre que se refieran a cuestiones de derecho (STEDH, Asunto "Ekbatani", de 26 de enero de 1998, párr. 31), no constituyendo siquiera excepción a la necesidad de audiencia o de debates públicos la ausencia de hechos nuevos alegados en segunda instancia (STEDH, Asunto "Tierce y otros vs. San Marino", de 25 de julio de 2000); en *tercer lugar*, que siempre que el Tribunal de apelación ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas (STEDH, Asunto "Helmers", de 29 de octubre de 1991, párrs. 36, 37, 39; STEDH, Asunto "Jan-Äke Andersson", de 29 de octubre de 1991, párr. 28; STEDH, Asunto "Fejde", de 29 de octubre de 1991, párr. 32); en *cuarto lugar*, que la circunstancia que en la apelación no se hubiere alegado, hechos nuevos, no justifica excepcionar la necesidad de debates públicos (STEDH, Asunto "Tierce y otros vs. San Marino", de 25 de junio de 2000, párrs. 94-96); en *quinto lugar*, que si el fallo de primera instancia es absolutorio y el de segunda instancia es condenatorio, no puede decidir sin antes apreciar los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido el delito (STEDH, Asunto "Contantinescu vs. Rumanía", de 27 de junio de 2000, párrs. 54, 55, 58 y 59).

Sobre esa base, por ejemplo, el Tribunal Constitucional de España tiene declarado que si la única prueba con que enervar la presunción de inocencia es una prueba personal –no solo la declaración del imputado– (declaración del imputado, de la víctima, testificales, exámenes periciales), su no actuación en segunda instancia a los efectos de su valoración, por exigirlo los principios de inmediación y contradicción, imposibilita su apreciación de modo diverso a lo establecido en primera instancia. Son muy significativas al respecto la Sentencia N° 167/2002, de 18 de septiembre y, últimamente, la Sentencia N° 68/2002, de 9 de abril[140].

Es evidente, por cierto, que todo depende del modo como se organice la segunda instancia. Si el legislador considera oportuno instaurar una apelación que permita la revisión total de la causa, la audiencia pública vendrá exigida sólo cuando se refiera al juicio sobre los hechos y a la culpabilidad o inocencia. Empero, como aclara DE LA OLIVA SANTOS, es posible matizar esta doctrina en los casos en que las partes no discrepen sobre los hechos o en aquellos otros en que ya obren en autos los materiales con los que se ha de dictar sentencia, sin que presenten relevancia las alegaciones de las partes, de testigos o peritos o cualquier otra diligencia que, por su naturaleza, hubiera de practicarse en vista pública [141].

---

[140] *Vid. La Ley. Actualidad Penal*, N° 26, semana de 23 al 29 de junio, Madrid, 2003, Jurisprudencia [http://www.laley.net/ractual/r26p_j2003_364.htm].

[141] DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: "El derecho a los recursos. Los problemas de la única instancia", en: *Tribunales de Justicia*, N° 10, octubre, Madrid, 1997, p. 981. Este autor asume una concepción restringida de los motivos de la apelación, pues la circunscribe a revisar el juicio jurídico y las eventuales infracciones del ordenamiento jurídico que se hubieran cometido durante el procedimiento y en la propia sentencia, así como las violaciones a la presunción de inocencia en caso de ausencia absoluta de prueba o de ausencia de prueba de contenido incriminatorio (*loc. cit.*, p. 980). Mercedes LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA (*La segunda instancia en el proceso penal*, cit., p. 88), por el contrario, es partidaria de una apelación amplia, que cuando se trata de conocer acerca de los hechos y del juicio de culpabilidad, debe configurarse una audiencia pública, en la que el material probatorio que sirva de base para la sentencia de segunda instancia se desarrolle oralmente en presencia del Tribunal de Apelación.

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. 141° 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. 141° y 173° 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. 139°.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, como 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[142]. 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. 99° Const.), en los que imperativamente el proceso penal se inicia y culmina en la Corte Suprema (art. 100° Const.), así como contra Vocales y Fiscales Superiores, y miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar por la comisión de delitos de función (art. 34° 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. 375° del Código de 1991 y 41°.4 del TUO de la LOPJ).

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

---

(142) GIMENO SENDRA: *Constitución y proceso*, cit., pp. 79 y 82.

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[143].

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[144].

Siguiendo a MORENO CATENA[145], 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. 34°.2 del TUO de la LOPJ). 2. Es un recurso extraordinario[146], desde que no cabe sino contra determinadas resoluciones (autos y sentencias de vista en los procesos ordinarios, art. 345° del Código de 1991) y por motivos estrictamente tasados (arts. 437° y 348° 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 la 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. 394° 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[147].

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

---

(143) ALMAGRO NOSETE, José y TOMÉ PAULE, José: *Instituciones de Derecho procesal. Proceso penal*, 2ª ed., Trivium, Madrid, 1994, p. 579.

(144) GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal penal*, 10ª ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987, p. 302.

(145) En: CORTÉS DOMÍNGUEZ *et al.*: *Derecho procesal civil*, cit., p. 365.

(146) 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).

(147) En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III (*Proceso penal*), ed. 1991, p. 444.

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[148]. 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. 386°, 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 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. 22° 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. 139°.3 Const.), al asegurarle la posibilidad de someter el fallo de instancia a un Tribunal Superior[149].

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. 353° del Código

---

(148) MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: *El recurso de casación penal*, Comares, Granada, 1996, p. 20.

(149) LUZÓN CUESTA, José María: *El recurso de casación penal*, Colex, Madrid, 1993, p. 16.

de 1991). En cuanto al efecto suspensivo, el art. 336° 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. 328° del Código de 1991). Se entiende, por imperio del art. 86° del Código de 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(150).

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 141° 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(151), 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(152).

---

(150) En: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 570.

(151) Véanse: Ejecutorias Supremas de 24 de mayo de 1988, Exp. N° 106-88, Ancash (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 260-261); de 5 de agosto de 1976, Exp. N° 722-76, Puno (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, pp. 472-473); de 10 de abril de 1991, Exp. N° 634-90 (*Normas Legales*, T. 209, octubre, Trujillo, 1993, pp. J11-J12).

(152) Ejecutoria Suprema de 8 de agosto de 1988, Exp. N° 289-87, Ancash (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, p. 273).

III. RESOLUCIONES RECURRIBLES

De modo general, el art. 345° 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.

Específicamente, sea que el recurso de casación sea de forma o de fondo, señala el art. 350° 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. 253° y 254° *in fine;* auto que declare fundadas las excepciones, art. 8°; auto que declara el corte del procedimiento por minoridad penal, art. 70°; auto que declara exento de responsabilidad al inimputable, art. 71°). 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. 258°), así como contra determinados autos emitidos en los procesos especiales por razón del delito o de la pena (art. 12° *in fine* y 341°, inc. 2) y, en general, contra las sentencias en los procesos especiales antes mencionados (art. 341°, 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 [153]. Dos son las clases o modalidades de recurso de casación que

---

[153] En: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 571.

permite la ley. Se trata del recurso de casación formal, o por quebrantamiento de forma, y del recurso de casación de 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 indicando*(154).

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(155).

El art. 346° 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 decisivamente ente en la parte resolutiva de la resolución recurrida.

2. MOTIVOS POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA

El art. 347° 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(156).

Es de tener presente, como criterio rector en materia de quebrantamiento de forma, que salvo que se trate de un vicio procesal insubsanable, 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

(154) ALMAGRO NOSETE en: ALMAGRO NOSETE / TOMÉ PAULE: *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, cit., p. 586.

(155) FENECH: *Derecho procesal penal*, cit., Vol. II, pp. 470, 485-486.

(156) FENECH: *Derecho procesal penal*, cit., Vol. II, p. 486.

lo dispuesto, supletoriamente, en el art. 172° del Código Procesal Civil, aplicable conforme a su Primera Disposición Complementaria y Final[157].

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[158].

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 prescrita 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[159].

a.3. Cuando se lleva adelante un juicio contra un acusado, pese a la inconcurrencia de otros imputados o medios probatorios ofrecidos en 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[160] 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

---

(157) Ejecutoria Suprema de 8 de noviembre de 1996, Exp. N° 5377-95, Arequipa (*Normas Legales*, T. 248, enero, Trujillo, 1997, p. A-37).

(158) MARTÍNEZ ARRIETA: *El recurso de casación penal*, cit., p. 59.

(159) EN: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal,* cit., p. 677.

(160) LUZÓN CUESTA: *El recurso de casación penal*, cit., p. 103.

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.

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 autodefensa del procesado. Mediante este motivo se denuncia la violación al principio de exhaustividad de los fallos, es decir, siguiendo a DE LA OLIVA SANTOS[161], 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.

---

(161) En: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 507-508.

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(162).

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 las normas penales aplicables al caso.

b.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 expresiones 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 o absolutorio(163).

b.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.

b.3. Omisión de datos jurídicos. Se incurre en este defecto cuando el tribunal no se pronuncia sobre un extremo trascendente del juicio jurídico

---

(162) LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. III, p. 193.

(163) LUZÓN CUESTA: *El recurso de casación penal*, cit., p. 105.

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 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[164]. Seis son los motivos, a juicio de MARTÍNEZ ARRIETA[165], 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[166].

---

(164) LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. III, p. 194.

(165) MARTÍNEZ ARRIETA: *El recurso de casación penal*, cit., p. 65.

(166) ORTELLS RAMOS, en: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III *(Proceso penal)*, ed. 1991, pp. 394-396.

3. MOTIVOS POR INFRACCIÓN DE LEY

El art. 348° 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 en esa actividad intelectiva del órgano judicial[167]. 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[168]. 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. 20°, 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

---

[167] En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 672.

[168] HURTADO POZO: *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 325.

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 exigibilidad penal (causas de exculpación: estado de necesidad exculpante y miedo insuperable). A su vez el art. 21° consagra la institución de las eximencias imperfectas, mientras que el art. 22° 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. 14° y 15° 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. 348°.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, éste 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[169]. 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[170].

Un elemento característico esencial de este motivo de casación es el respeto a los hechos probados a que hace referencia el art. 349° del Código de 1991. La casación, por este motivo, acota MARTÍNEZ ARRIETA, es 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[171].

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.

---

[169] LUZÓN CUESTA: *El recurso de casación penal*, cit., p. 47.

[170] ESCUSOL BARRA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 697.

[171] MARTÍNEZ ARRIETA: *El recurso de casación penal*, cit., p. 45.

2°.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(172).

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(173).

Por otro lado, es de tener presente que, conforme al art. 359° del Código de 1991 los simples errores de derecho en la fundamentación de la resolución recurrida y las erróneas indicaciones de los textos legales, en los casos en que no hayan tenido influencia decisiva en la parte resolutiva de la sentencia o auto, 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. 348°.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. 349° del Código de 1991. Señala el art. 348°.4

---

(172) LUZÓN CUESTA: *El recurso de casación penal*, cit., p. 50.

(173) LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. III, pp. 194-195.

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 la 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[174]. Este 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[175].

Los procesalistas colombianos consideran que la apreciación errónea o la falta de apreciación de una prueba originan 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[176]. 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

---

[174] LUZÓN CUESTA: *El recurso de casación penal*, cit., p. 62.

[175] En: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 573.

[176] MARTÍNEZ RAVE, Gilberto: *Procedimiento penal colombiano*, Temis, Bogotá, 1994, p. 499.

recurrido[177]. 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. 348°.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[178]. 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 instancia, 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[179]. 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![180].

Por su parte, esquematizando sus puntos de vista sobre el particular, las materias que, a juicio de Enrique BACIGALUPO[181], 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

---

(177) IRAGORRI DÍEZ, Benjamín: *Instituciones de Derecho procesal penal*, Temis, Bogotá, 1974, p. 305.

(178) MARTÍNEZ RAVE: *Procedimiento penal colombiano*, cit., p. 501.

(179) IRAGORRI DÍEZ: *Instituciones de Derecho procesal penal*, cit., pp. 301-302.

(180) Casación Penal de 10 de febrero de 1967 de la Corte Suprema de Colombia.

(181) BACIGALUPO, Enrique: *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1994, p. 71.

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.

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. 351° del Código de 1991. Empero, el art. 345° 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. 351° 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. 350° 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. 352° 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. 347° y 348° en que se sustenta. Resulta obvio que otro requisito de fondo, conjuntamente con la fundamentación del recurso, estriba en que –como señala el art. 388°.1 del Código Procesal Civil– el recurrente no hubiera consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, cuando esta 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. 334°, segundo párrafo, del Código de 1991, permitir que la fundamentación pueda hacerse posteriormente, habida cuenta inclusive de 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. 392° 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. 353°). 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. 355°).

Durante ese lapso, las partes pueden señalar domicilio procesal y designar abogado para los informes que correspondan (art. 354°). Su actividad procesal se limita a la facultad de presentar informes escritos y un solo informe oral durante la vista de la causa (art. 394°, primer párrafo, del Código Procesal Civil).

Devueltos los autos por el Ministerio Público, que debe dictaminar en todos los casos por imperio del art. 355° del Código de 1991 al ser un paso obligatorio del procedimiento recursal casatorio, con lo que se abroga las limitaciones establecidas en el art. 83° 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. 131° 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. 334°, 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. 395°), por lo que habría que acudir a lo prescrito en el cuarto párrafo del art. 131° 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. 400° y 404°).

3. SENTENCIA CASATORIA

La sentencia casatoria tiene una estructura especial. Como tal, y en armonía con lo dispuesto en el art. 122° 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 –por un lado–, los hechos declarados probados en la resolución recurrida, en cuanto sean pertinentes, y la parte dispositiva de aquélla, y –por otro lado– las causales de casación alegadas 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. 357° del Código de 1991, cuando se trate de vicios en el procedimiento, según el art. 396°.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. 399°, 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. 360°).

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. 397°, 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[182].

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 imputado 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

---

[182] *El Peruano* (Separata Especial), Lima, 6 de abril de 1995, p. 5.

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 (...)" [183]. 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[184].

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 (...)"[185]. 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

---

[183] Ejecutoria Suprema de 28 de octubre de 1991, Exp. N° 1299-91-ISP, Lima (*Jurisprudencia Penal, 1984-1992*, Editora Normas Legales, Trujillo, 1996, pp. 212-213).

[184] Ejecutorias Supremas de 16 de febrero de 1996, Exp. N° 3633-95, Lima; de 10 de mayo de 1996, Exp. N° 710-96-B, Ayacucho (*Normas Legales*, T. 253, junio, Trujillo, 1997, pp. A40-A42); y de 12 de agosto de 1996, Exp. N° 2535-96, La Libertad (*Normas Legales*, T. 265, junio, Trujillo, 1998, pp. A16-A18).

[185] Ejecutoria Suprema de 29 de diciembre de 1995, Exp. N° 2503-95, Lima (*Normas Legales*, T. 251, abril, Trujillo, 1997, pp. A26-A30).

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"[186].

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.

---

[186] Ejecutoria Suprema de 29 de diciembre de 1995, Exp. N° 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. Más bien insistió en el recurso de nulidad. Pese a ello, ZAVALA LOAIZA, autor del Anteproyecto del Código de 1940, precisó que por lo menos el recurso de nulidad, al que calificó de extraordinario, tiene carácter casacional cuando se trata de impugnaciones de sentencias absolutorias[187]. 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[188].

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. 1127° del Código de Procedimientos Civiles (art. 292° del Código de Procedimientos Penales) y no por vicios de nulidad únicamente, sino en forma principal por vicios de fondo [189].

---

[187] ZAVALA LOAIZA, Carlos: *Programa de Derecho procesal penal*, Imprenta Torres Aguirre, Lima, 1941, p. 51.

[188] GARCÍA RADA, Domingo: *Manual de Derecho procesal penal*, EDDILI, Lima, 1984, p. 329.

[189] 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(190).

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 este 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(191). 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. 300° aún confiere al Supremo Tribunal atribuciones de modificación de la pena y el art. 301° 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. 301°).

II. CARACTERÍSTICAS DEL RECURSO

El recurso de nulidad, según el art. 292° del Código de 1940, modificado por el Decreto Legislativo N° 126, procede específicamente contra cuatro tipos de resoluciones judiciales:

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

(190) GUZMÁN FERRER: *Código de Procedimientos Penales*, cit., p. 584.

(191) MIXÁN MASS, Florencio: *El juicio oral*, Marsol, Trujillo, 1994, p. 511.

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[192]. Asimismo, ha establecido que no procede recurso de nulidad contra los autos que resuelven incidentes de mandato de comparecencia[193] y contra los autos de libertad incondicional dictados en una causa en que el excarcelado no es el único procesado[194]; sí procede, en cambio, contra los autos de libertad incondicional, cuando la causa se sigue contra un solo encausado[195].

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[196]. 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. 40°), las contiendas de competencia o declinatoria de jurisdicción (art. 28°), etc.

Un supuesto polémico se presenta cuando se recurre del auto que declara la improcedencia del juicio oral, expedido en mérito a la decisión del Fiscal

---

[192] Ejecutoria Suprema de 10 de abril de 1991, Exp. N° 750-90, Callao (*Normas Legales*, T. 209, octubre, Trujillo, 1993, pp. J20-J21).

[193] Ejecutoria Suprema de 28 de marzo de 2001, Exp. N° 1766-2001, Lima (*Normas Legales*, T. 310, marzo, Trujillo, 2002, p. A-37).

[194] Ejecutoria Suprema de 20 de junio de 2001, Exp. N° 1494-2001. Cono Norte (*Normas Legales*, T. 311, abril, Trujillo, 2002, p. A-37).

[195] Ejecutoria Suprema de 1° de diciembre de 1987, Exp. N° 527-87, Piura (RETAMOZO-PONCE: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, cit., p. 85).

[196] Ejecutorias Supremas de 21 de setiembre de 1982 (*El Magistrado*, 2° Semestre, Lima, 1982, p. 189); de 27 de noviembre de 1972, Exp. N° 1655-72, Cusco (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, pp. 114-115); de 20 de julio de 1990, Exp. N° 593-90, Piura (*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, pp. 177-179); y, de 3 de julio de 2002, Exp. N° 2978-2001, Lima, Inédito.

Supremo al amparo del inc. d) del art. 220° del Código de 1940, modificado por la Ley N° 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 meramente ilustrativa y no determina el acabamiento del proceso al no tener el Ministerio Público función decisoria en materia jurisdiccional[197]. 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[198]. 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[199].

Según el art. 293°, 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. 331° *in fine*). El art. 330° 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. 329°.

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 contra resoluciones distintas a las taxativamente contempladas en la ley, fuera del plazo de ley o

---

(197) Ejecutoria Suprema de 11 de marzo de 1991, Exp. N° 746-90, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXIX, Lima, 1991, pp. 330-331).

(198) Ejecutoria Suprema de 8 de setiembre de 1982, Exp. N° 1885-80, Lima (BRAMONT ARIAS, Luis: *El Ministerio Público*, SP Editores, Lima, 1984, pp. 197-200).

(199) Ejecutoria Suprema de 21 de mayo de 1981, San Martín (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. I, pp. 85-86).

por personas no legitimadas o que no son parte en el juicio[200]. Según el art. 300°, modificado por la Ley N° 27454, de 25 de mayo de 2001, el Ministerio Público, el sentenciado y la parte civil deben de fundamentar, en el plazo de diez días, el recurso, en cuyo defecto se declarará inadmisible. 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[201], 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[202]. En cambio, ha declarado que sí es posible el desistimiento[203].

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[204].

La Corte Suprema, en cuanto al *ámbito competencial del recurso de nulidad* ha establecido recientemente que "(...) no está facultada a desarrollar actividad probatoria, no actúa diligencias conforme a las pretensiones del recurrente, limitándose el ámbito de su competencia a revisar los elementos probatorios que válidamente fueron materia de debate contradictorio; por dicha razón es que no se pueden actuar nuevas pruebas, y si bien en algunos casos se solicitan documentos a otras dependencias judiciales, es porque los mismos han sido materia de valoración en el proceso o sentencia alzada en grado"[205]. Ello im-

---

[200] *Revista de los Tribunales*, 1934, Lima, p. 13.

[201] *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1959, Lima, p. 462; *Anales Judiciales*, 1912, Lima, p. 334.

[202] Ejecutoria Suprema de 13 de diciembre de 1978, Exp. N° 2273-78, San Martín (*Anales Judiciales*, T. LXX, Lima, 1978, p. 364).

[203] Ejecutoria Suprema de 9 de junio de 1992, Exp. N° 539-92-A (*Normas Legales*, T. 219, agosto, Trujillo, 1994, p. J17).

[204] *El Peruano*, Lima, de 9 de febrero de 1946; *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1977, Lima, p. 709.

[205] Ejecutoria Suprema de 18 de setiembre de 2002, Exp. N° 4792-2001, Callao (Inédita).

plica, por un lado, que el recurso de nulidad no importa la renovación de la actividad probatoria, ni posibilita actuar pruebas que no se llevaron a cabo en la instancia; y, por otro lado, que la labor de control recursal se circunscribe al análisis de las actuaciones del proceso. El problema de esta última concepción es, sin embargo, que en un proceso pretendidamente oral y con respeto a la inmediación, una renovación integral del juicio probatorio no es posible, pues ello implicaría convertir el recurso ante el Supremo Tribunal en un recurso ordinario más, en una suerte de apelación.

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. 296° del Código de 1940 y del art. 141° 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. 144° 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. 298°, modificado por el Decreto Legislativo N° 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. 299°, 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. 139°.3 de la Constitución), por lo que independientemente de la pretensión impugnatoria el órgano jurisdiccional supremo debe cuidar que los actos procesales que forman el procedimiento penal sean eficaces, sin que a ello obste la voluntad de las partes.

El Tribunal Constitucional estableció que cuando se anule una sentencia condenatoria y los encausados se encontraren libres durante la etapa de enjuiciamiento, en aplicación del hoy derogado art. 200° CPP (por la Ley N° 27994 de 6 de junio de 2003), no cabe que el Tribunal Superior al dictar nuevo auto de citación a juicio les dicte mandato de detención, dado que en esos casos la norma prevé la concurrencia al juicio en libertad (STC, Exp. N° 033-2000-HC/TC; STC, Exp. N° 070-2000-HC/TC; STC, Exp. N° 043-2000-HC/TC, acumulados, Asunto "Raúl Salazar Tabarné", de 13 de abril de 2000)[206].

La nulidad no se declarará tratándose de vicios procesales susceptibles de ser subsanados 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 judi-

---

[206] *Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 11, Trujillo, 2002, pp. 104-109.

ciales, 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. 299° 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, la de 18 de marzo de 1982[207] y la de 5 de setiembre de 1979[208]. 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[209].

Ahora bien, el art. 299° 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. 298°. 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. 159°, incs. 4 y 5, de la Constitución y numerales

---

(207) Exp. N° 195-82, Ayacucho.

(208) Exp. N° 1904-79, La Libertad.

(209) Exp. N° 585-93, Lima.

11° y 14° de la Ley Orgánica del Ministerio Público), que el órgano jurisdiccional asuma la responsabilidad –¡y se imponga de oficio su control!–, 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 supremo, 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[210]. 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. 265° del indicado Código.

La Corte Suprema, en otra interesante decisión, comprende dentro del supuesto de nulidad procesal la correcta tipificación del hecho objeto del proceso penal. Expresa al respecto que: "Constituye una garantía fundamental de todo proceso penal, la exacta tipificación de los hechos materia de juzgamiento, esto es, la adecuación correcta de la conducta imputada a los acusados en la norma legal correspondiente; que, en el caso de autos dicha garantía no ha sido observada por el Colegiado, por lo que se hace necesario que en un nuevo juicio oral se ordene la concurrencia del agraviado [...] y de los testigos (...), asimismo la [presencia] de la testigo [que] ha prestado

[210] RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 75-78.

una declaración jurada legalizada por Notario (...)"[211]. Es de anotar, empero, que la indebida tipificación, de responsabilidad del Fiscal y del órgano jurisdiccional en todo caso, no puede perjudicar al imputado, ajeno institucionalmente al error; además, no puede invocarse una garantía en perjuicio del garantizado, que en este caso sería el imputado; y, fundamentalmente, la tipificación judicial, que forma parte del objeto penal, si es que el Fiscal no instó una distinta y objetó la del órgano jurisdiccional, no constituye en modo alguno un supuesto de vicio por defecto de la sentencia: no existe un defecto por falta de correlación o por incongruencia omisiva. Es de insistir, finalmente, que no es propio que el Tribunal Supremo revise y se inmiscuya en el conjunto de la actividad probatoria desarrollada en la instancia a fin de verificar si la cantidad de prueba es suficiente o no para decidir la causa, pues, como ya se ha precisado, el problema del aporte probatorio de cargo es de incumbencia exclusiva del Fiscal.

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 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. 45° y 46° del Código Penal). Se requerirá unanimidad de votos para imponer como pena modificatoria la de cadena perpetua. Es de puntualizar que el originario art. 300° 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. 29°, modificado por la Ley N° 26360, actualmente en vigencia al haberse derogado el D. Leg. N° 895, cuya 5ª DF, lo modificaba).

---

[211] Ejecutoria Suprema de 8 de marzo de 1999, Exp. N° 5209-98, Lima (CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner y VALLADOLID ZETA, Víctor: *Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima, 2002, p. 403).

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[212]. 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.

El tema central en debate era si los arts. 300° y 301° del Código de 1940 no tomaban en cuenta qué parte había recurrido y cuál era la materia del recurso, así como si el recurso de nulidad tenía 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–, había entendido que tenía facultad para revisar la sentencia, cualquiera que sea la parte que interponga el recurso de nulidad; que podía variar libremente la calificación del delito; que no estaba sometida al principio de la interdicción de la reforma peyorativa y que podía conocer de extremos del fallo que no habían sido objeto del recurso, comprendiendo inclusive a quienes no habían recurrido, mejorando o agravando su situación jurídica. GARCÍA RADA llega a decir inclusive 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"[213].

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 modificar la pena

---

[212] MIXÁN MASS: *El juicio oral*, cit., pp. 561-562.

[213] GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 340.

aun cuando este aspecto de la resolución no haya sido cuestionado"[214]. 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"[215].

En su momento consideré, sin embargo, que esa opción jurídica era profundamente errónea y tenía efectos devastadores en el proceso penal, y que a la luz de la Constitución exigía una redefinición hermenéutica y jurisprudencial. El art. 299° 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. 299° del citado Código reconoce que en el recurso de nulidad hay una parte que lo interpone y que éste se 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, debía interpretarse que fuera de los casos de vicios de procedimiento, cuando la Corte Suprema había de pronunciarse sobre el mérito del fallo de la Corte Superior debía tomar en cuenta la pretensión impugnatoria, esto es, la parte que interponía el recurso y la materia que lo determinara. El vocablo "también", con el que empezaba la redacción del art. 300°, hacía mención a las facultades generales de la Corte Suprema en materia de fondo, pero éstas como era obvio debían amoldarse o adaptarse a la concreta pretensión impugnatoria del recurrente. En tal virtud, la sentencia suprema no podía comprender a personas no incluidas en el recurso ni agravar la situación jurídica del impugnante si sólo venía interpuesto por su parte, salvo en lo favorable en atención al principio de favorabilidad, como se ha enumerado mediante la Ley N° 27454, de 24 de mayo de 2001. 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. 139°, incs. 3 y 14 de la ley fundamental). Por lo demás, el art. 370° 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*.

---

[214] Ejecutoria Suprema de 14 de abril de 1998, Exp. N° 38-98-B, Lima.

[215] Exp. N° 2511-79, Lima.

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. **VI.** Motivo de revisión por declaratoria de inconstitucionalidad. 1. Aspectos generales. 2. Procedimiento. 3. Procedimiento especial.

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[216]. 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[217]. 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.

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

---

(216) En: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 587.

(217) IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO, Miguel: *Curso de Derecho procesal penal*, Universidad de Madrid, Madrid, 1969, p. 324.

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[218].

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[219].

La existencia de la revisión, como apunta RAMOS MÉNDEZ[220], siguiendo la jurisprudencia constitucional española (STC N° 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. 44° Const.). Tal exigencia de justicia se halla estrechamente vinculada a la dignidad humana (art. 1° Const.) y a

---

(218) ALMAGRO NOSETE / TOMÉ PAULE: *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, cit., p. 600.

(219) FENECH: *Derecho procesal penal*, cit., Vol. II, pp. 559-560.

(220) RAMOS MÉNDEZ: *El proceso penal. Tercera lectura constitucional*, cit., pp. 444-445.

la presunción de inocencia (art. 2°.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[221]. 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[222]. Esto último permite considerar como atípico y errático, aunque justificado por las circunstancias, el motivo de revisión incorporado por la Ley N° 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*).

II. LEGITIMACIÓN Y COMPETENCIA

El art. 362° del Código de 1940, modificado por el Decreto Ley N° 18236, en concordancia con el art. 82°.1 de la LOMP, dispone que la revisión puede ser interpuesta por el acusado –el art. 364° del Código de 1991, menciona, con mejor técnica, al condenado–. También pueden 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

---

(221) En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 692.

(222) GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 315.

impugnación excepcional imponiendo al órgano promotor de la justicia su formulación cuando se den las circunstancias del caso[223].

En materia de impugnación subjetiva, la Ley N° 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 N° 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[224]. 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[225]. Por otro lado, es procedente la revisión póstuma, es decir, aquella interpuesta luego de muerto el condenado, que tendrá como finalidad rehabilitar su memoria (arts. 363° del Código de 1940 y 365° del Código de 1991).

La competencia de la revisión está a cargo de la Corte Suprema. Los arts. 16° y 364° 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. 366° 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 abso-

---

(223) CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, pp. 563-564.

(224) GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 325.

(225) CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 564.

lutorias. 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(226). 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 misma injusta, no siendo comparable el daño que sufre la sociedad al condenar a alguien inocente, máxime si es una situación irreversible, que el que puede sufrir observando cómo personas culpables han obtenido sentencias absolutorias(227). 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*(228). 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(229).

En cuanto a la sentencia condenatoria, la revisión versa sobre la cuestión penal, sin perjuicio de que el éxito de la revisión comprenda también

---

(226) GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 317.

(227) En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 693.

(228) CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 552.

(229) En: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 590.

la cuestión civil resuelta en aquélla. Al respecto, el art. 361° 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*(230). 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 la condena en su totalidad, no hay revisión parcial, por ejemplo, la eliminación de una circunstancia calificante(231).

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. 408°.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. 363°.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(232). Al res-

(230) BELING: *Derecho procesal penal*, cit., p. 325.

(231) CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 555.

(232) GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 315-316.

pecto, la Corte Suprema ha establecido que no procede la revisión fundada en las mismas pruebas actuadas en la instrucción alegando que el delito sólo pudo ser cometido por uno y se condenó a dos en el mismo fallo [233].

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. 361°.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. 361°.3 del Código de 1940 y 363°.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 pudo haber sido cometido por una sola[234].

4. TERCER MOTIVO

Es el caso de *condena por falsedad*. Este motivo está previsto en el art. 361°.2 del Código de 1940, que lo circunscribe a la declaración decisiva de un testigo, condenado después como falso en un juicio criminal. El inc. 2 del

---

(233) Ejecutoria Suprema de 5 de enero de 1928 (RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 328-331).

(234) ESCUSOL BARRA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 720.

art. 363° 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(235). 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(236).

5. CUARTO MOTIVO

Es el caso de *conocimiento de nuevos hechos*. El inc. 5 del art. 361° 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. 363° 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(237).

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 haberse revelado después de la sentencia de condena, siendo como consecuencia de ello evidente la inocencia del condenado, constituyendo el ejemplo típico el retractamiento de un testigo(238). La novedad del elemento de valoración, aclara LEONE, debe referirse al momento de su efectiva

---

(235) GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 320.

(236) FENECH: *Derecho procesal penal*, cit., Vol. II, p. 568.

(237) LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. III, pp. 268-269.

(238) En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III *(Proceso penal)*, ed. 1991, p. 476.

adquisición procesal, no al momento cuando surge (*noviter reperta*) o de la posibilidad de adquirirlo[239]. 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. 361° del Código de 1940, a semejanza del art. 544° 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"[240].

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[241], 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.

2. El inc. 7 del art. 363° 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.

---

(239) LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. III, p. 269.

(240) GÓMEZ COLOMER en: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III *(Proceso penal)*, ed. 1991, p. 476.

(241) LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. III, pp. 264-265.

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. 365° 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. 366°, sólo autoriza a pedir el expediente cuya sentencia motiva la revisión; y, en su art. 367°, permite al Fiscal Supremo realizar actos de investigación circunscritos a las verificaciones que estime conveniente.

Por imperio del art. 82°.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. 364° 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 [242], 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. 364° 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.

---

[242] En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 699.

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. 369° 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 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[243].

---

[243] En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional,* cit., T. III *(Proceso penal)*, ed. 1991, p. 478.

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[244]. 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. 368° del Código de 1991).

VI. MOTIVO DE REVISIÓN POR DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. ASPECTOS GENERALES

Siguiendo la relación de motivos de revisión consignada por GÓMEZ COLOMER, el art. 40° de la LOTC, Ley N° 26435, de 10 de enero de 1995, introduce una nueva causal, obviamente especial, de rescisión de una sentencia firme de condena: la declaración de inconstitucionalidad de la ley penal material[245]. Esta causal incluye, dice ROXIN, aquel supuesto que se presenta cuando el Tribunal Constitucional declara inconstitucional una determinada interpretación de la ley penal acordada por la justicia penal ordinaria[246]; ello es así, porque una declaración jurisdiccional de ese calibre exige entender que si una interpretación de un precepto sancionador vulnera la Constitución y así es declarado por el máximo interprete de la Ley Fundamental, tal decisión no puede subsistir. Con ello se obtiene un nuevo juicio a fin de que se reduzca la pena, se la excluya o se limite la responsabilidad penal de un condenado. Otros autores, entre ellos CALDERÓN y CHOCLÁN[247], si bien consideran que la declaración de inconstitucionalidad de una ley penal da lugar a la rescisión de una sentencia condenatoria firme, tal decisión del Tribunal Constitucional se canaliza a través del motivo de "nuevos hechos"

---

(244) En: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 597.

(245) MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho Jurisdiccional*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, T. III *(Proceso penal)*, pp. 392-393.

(246) ROXIN: *Derecho procesal penal*, cit., p. 494.

(247) CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: *Derecho procesal penal*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 634.

(art. 361°.5 CPP) que es un concepto indeterminado, que permite entender como tal una sentencia constitucional.

Es de reiterar que si bien el art. 364° CPP menciona el vocablo "*nulidad*" como efecto de la revisión, siguiendo a CORTÉS DOMÍNGUEZ, es evidente que no se está ante una nulidad cuando se revisa la sentencia, "...puesto que ésta, además de firme (lo que implica imposibilidad jurídica de pedir y obtener la anulación, al haber perecido la posibilidad de hacerlo), es una sentencia perfectamente válida y eficaz aunque injusta. Lo que se pide, pues, es la rescisión y lo que se consigue en su caso igualmente es la rescisión"(248).

Se discute en la doctrina procesalista si es posible considerar "hecho nuevo" el cambio de doctrina jurisprudencial sobre la interpretación de normas penales. En España, por ejemplo, como explica CONDE-PUMPIDO, luego de aceptarse tal posibilidad (STS de 3 de febrero de 1998 en armonía con la STC N° 150/97, de 29 de setiembre de 1997), en tanto se consideró que el cambio jurisprudencial es un hecho y éste puede determinar la inocencia del condenado, dado que el hecho que fundamentó la condena ya no se considera alcanzado por el texto de la Ley. Posteriormente, el Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo, por Acuerdo de 20 de abril de 1999, la rechazó, lo que fue seguido en varias decisiones ulteriores, entre ellas, las SSTS de 8 de febrero de 2000 y 10 de octubre de 2001, que consideraron que ello implicaba una interpretación excesivamente extensiva de un recurso legalmente concebido como extraordinario(249). Igual negativa, pero más contundente, se presenta en el Derecho procesal penal alemán(250).

Otro punto de discusión es si un fallo de un Tribunal Internacional puede ser una causal de rescisión de una sentencia condenatoria firme. En Europa –en relación con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos– la posición es negativa por completo, pero en nuestro país, a raíz de lo dispuesto en la propia Convención Americana de Derechos Humanos y, específicamente, en la Ley N° 27775, de 7 de julio de 2002, las sentencias de los Tribunales Internacionales constituidos por tratados que han sido ratificados por el Perú se ejecutan en sus propios términos y, tratándose de resoluciones judiciales, según el art. 4° *in fine*, se adoptarán las disposiciones pertinentes para la restitución de las cosas al estado en el que se encontraban antes de que se produzca la violación declarada por medio de la sentencia, lo que significa la rescisión de la sentencia firme.

---

(248) GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 699.

(249) GIMENO SENDRA, Vicente; GARBERÍ LLOBREGAT, José; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido: *Los procesos penales*, Bosch, Barcelona, 2000, T. 7, pp. 433-437.

(250) ROXIN: *Derecho procesal penal*, cit., p. 475.

Es evidente que tanto las decisiones del Tribunal Constitucional como, entre nosotros, las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deben referirse a leyes penales materiales, en cuanto que el proceso de revisión apunta a los "hechos nuevos" capaces de establecer la inocencia del condenado. No obstante ello, será posible la revisión por esta causal si se trata de la declaración de inconstitucionalidad de una norma procesal en materia de prueba que haya, efectivamente, imposibilitado al condenado sustentar razonablemente una pretensión de inocencia. En los demás casos, vale decir, cuando se afectan ilegítimamente derechos procesales constitucionales, como sabemos, la acción de Hábeas Corpus será la idónea para lograr, por esa vía de Derecho procesal constitucional, la anulación del proceso penal (el fallo constitucional en su parte dispositiva dicta una *iudicium rescidens* y determina que el juez penal ordinario competente realice el *iudicium rescissorium* pertinente) y, consecuentemente, de la sentencia lesiva al derecho fundamental, lo que es práctica corriente en nuestro medio a tenor de los numerosos fallos dictados por el Tribunal Constitucional en estos casos.

2. PROCEDIMIENTO

La declaración de inconstitucionalidad de una norma de Derecho penal en un proceso de inconstitucionalidad seguido, por imperio del art. 202°.1 de la Constitución, ante el Tribunal Constitucional, no importa la automática anulación de los procesos penales en los que dictaron sentencias condenatorias basadas en una ley penal inconstitucional (STC, Asunto "Tineo Silva y otros", de 3 de enero de 2002, párr. 230). El art. 40° LOTC sólo permite revivir procesos fenecidos en tanto implican una favorabilidad al reo, pero no autoriza al Tribunal Constitucional a anularlos directamente, pues con tal finalidad habrá de seguirse un procedimiento distinto.

En sede penal, desde luego, la vía para rescindir una condena firme es la acción de revisión (otra posibilidad es, como se ha dicho, la vía de la acción de garantía cuando se refiere a la vulneración de derechos procesales constitucionalizados). Ello exigirá una demanda de revisión, a la que se acompañará como única prueba que acredita el "hecho nuevo" la sentencia del Tribunal Constitucional. Sobre esa base, se seguirá el procedimiento previsto en el art. 364° CPP y, de existir concordancia entre la condena y la declaración de inconstitucionalidad, se emitirá sentencia rescindiendo la condena (*iudicium rescidens*) y derivando el proceso al tribunal competente para la renovación del mismo (*iudicium rescissorium*). Ahora bien, es obvio que, en determinados supuestos, la propia Corte Suprema puede acordar el *juicio rescisorio* declarando la inocencia del imputado, lo que se presentaría cuando la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley penal material traiga consigo la total atipicidad de una determinada conducta, no

siendo del caso cuando se declara inconstitucional un tipo penal pero otro es aplicable al desaparecer el primero, que ha sido precisamente el supuesto de las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas contra la legislación sobre delitos de terrorismo especial y de terrorismo[251].

En este último supuesto, el juicio rescisorio debe hacerlo el órgano jurisdiccional correspondiente, pero no el Supremo Tribunal.

3. PROCEDIMIENTO ESPECIAL

1. Con motivo de la declaración de inconstitucionalidad de los Decretos Legislativos N° 895 y 897, en cuya virtud el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el tipo penal de terrorismo agravado (adicionalmente declaró inconstitucional el procedimiento penal para delitos de terrorismo agravado), y visto el número de personas comprendidas en esos fallos y de los procesos comprometidos, el Congreso mediante la Ley N° 27569, de 2 de diciembre de 2001, optó por disponer de oficio la realización de nuevos juicios ante la justicia penal ordinaria bajo el procedimiento ordinario-común. Esto significó que correspondía a la ley, ante la decisión del Tribunal Constitucional, la realización de pleno derecho del *juicio rescindente* y dispuso adicionalmente que se realicen nuevos procesos bajo dos presupuestos: a) ante la justicia penal ordinaria; y, b) por la vía procesal del procedimiento penal ordinario-común. Implícitamente entendió que la declaración de inconstitucionalidad de un tipo penal no importaba la absolución de los imputados, en tanto que existían tipos penales preexistentes bajo los que debía seguirse la causa: la conducta cometida no era atípica y, en todo caso, debía juzgarse con arreglo a una ley penal preexistente.

2. El problema inicial que presentan casos como el referido líneas arriba está relacionado con la posible vulneración del *ne bis in idem* (art. 139°.13 Const.). El Tribunal Constitucional, en el Asunto "Marcelino Tineo Silva y otros", ya fijó posición al respecto. Declaró en esa ocasión que si los supuestos prohibidos por la norma declarada inconstitucional se encuentran regulados en una ley vigente anterior, procede el nuevo enjuiciamiento (párr. 230).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Asunto "Castillo Petruzzi y otros" (SCIDH, de 30 de mayo de 1999), adoptó una tesis puntual, aunque no necesariamente implicante con lo anteriormente expuesto.

---

(251) *Vid.* STC N° 005-2001-AI/TC, Asunto "Defensoría del Pueblo c/. Decreto Legislativo N° 895 y otros", de 15 de noviembre de 2001; y STC N° 010-2002-AI/TC, Asunto "Marcelino Tineo Silva y otros c/. Legislación sobre terrorismo, Decreto Ley N° 25475 y otros", de 3 de enero de 2003.

En efecto, la CIDH no sólo declaró que el tipo penal de traición a la patria viola el principio de legalidad penal del art. 9° de la Convención, también decidió que –en vista de la afectación concurrente de varios derechos procesales reconocidos en la Convención– los imputados fueran objeto de un nuevo proceso penal. En los párrafos 219 a 221 de dicha sentencia la CIDH señaló, por un lado, que si los actos procesales de una sentencia están afectados por vicios graves que vulneran las exigencias mínimas del "debido proceso legal" (vulneración del juez legal, del juez imparcial, del derecho de asistencia letrada, derecho a la contraprueba), el proceso es nulo y la propia sentencia, de suerte que deben repetirse las actuaciones procesales; y, por otro lado, que si un tribunal aplica inexactamente la ley en su sentencia, o aprecia erróneamente las pruebas, o no motiva o funda adecuadamente la resolución que emite, en esos casos la sentencia es válida y puede adquirir firmeza, aunque pudiera ser injusta o incorrecta, en tanto tiene sustento en actos válidos, realizados conforme a derecho.

Parecería ser que, a tenor de dicha sentencia, si el proceso se actuó con las debidas garantías, es decir, no se vulneraron derechos procesales constitucionalizados, y sólo se atentó contra derechos constitucionales materiales (principio de legalidad penal, entre otros), la sentencia emitida tendría plena validez. Empero, es de acotar que si una ley penal es inconstitucional o vulnera derechos materiales reconocidos en un Tratado de Derechos Humanos, así declarada ulteriormente por un Tribunal Superior, interno o internacional, se está ante la rescisión, que es una institución distinta a la nulidad pero con similares efectos. En consecuencia, una sentencia que aplica una ley que niega el ordenamiento jurídico no puede tener sustento alguno, su manifiesta injusticia autoriza su revisión en sede penal y, en su caso, a la renovación del proceso. En este supuesto, igualmente, el nuevo proceso no vulnera el *ne bis in idem*, dado que además se incoa en beneficio del reo y limitando el poder punitivo y coercitivo del Estado en aras del respeto a los derechos fundamentales de la persona.

3. Un caso similar, aunque más complejo, se siguió con motivo de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en la acción de inconstitucionalidad contra la legislación sobre terrorismo. Tres son los principales problemas abordados y resueltos por el Decreto Legislativo N° 922, de 12 de febrero de 2003, que tienen que ver con: (a) la posibilidad de anular de oficio los juicios penales y los márgenes de la anulación; (b) la prisión preventiva y la excarcelación por vencimiento del plazo; y (c) la validez de los actos de prueba.

a) La Sentencia en cuestión, en los párrs. 229 y 230, moduló los efectos en el tiempo de la declaración de inconstitucionalidad –*vacatio sententiae*–,

encargando al legislador para que en un plazo breve y razonable dé "(...) un cauce procesal que permite una forma racional de organizar la eventual realización de un nuevo proceso para los sentenciados por el delito de traición a la patria", haciendo hincapié en la formulación de un mecanismo de anulación rogado. Empero, el Decreto Legislativo N° 922 optó por una anulación obligatoria y de oficio, similar al modelo previsto en un caso similar por la Ley N° 27569, garantizando de este modo la vigencia del principio de continencia de la causa, cuando existen factores de conexión de imposible desestimación y que en su momento dieron lugar a un solo proceso. La doctrina constitucional entiende que en los casos en que una sentencia del Tribunal Constitucional, al no solucionar inmediatamente la invalidez de la ley, llama a la colaboración del legislador, éste dentro de las facultades constitucionales que tiene –traducidas en el necesario margen de autonomía para aprobar las normas legales–, y respetando el núcleo fundamental de la decisión del Tribunal Constitucional –concretada en introducir obligatoriamente un mecanismo de rescisión de las sentencias dimanantes de un proceso y de una ley inconstitucional que garantice una adecuada tutela jurisdiccional–, puede optar por la solución que considere más adecuada. Por otro lado, visto que se trata de una rescisión a favor del imputado, la rescisión sólo alcanza a quienes han sido condenados o tienen acusación pendiente.

Un caso distinto es el del Decreto Legislativo N° 926, de 20 de febrero de 2003, que dispone la anulación de los procesos por delito de terrorismo seguidos ante la jurisdicción penal ordinaria y tramitados por jueces y fiscales con identidad secreta y por aplicación de la prohibición de recusación. Se trata de la vulneración de derechos procesales constitucionalizados y protegidos además por la Convención Americana de Derechos Humanos. El Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la prohibición de recusación (STC, Asunto "Marcelino Tineo Silva y otros", de 3 de enero de 2003, párrs. 112-113) y la Corte Interamericana estimó que los procesos seguidos ante jueces y fiscales con identidad secreta vulneran la imparcialidad judicial y el derecho de recusación (SCIDH, Asunto "Cantoral Benavides", de 18 de agosto de 2000, párrs. 127-128; SCIDH, Asunto "Castillo Petruzzi y otros", de 30 de junio de 1999, párrs. 132-134). Aquí no estamos ante la vulneración del principio de legalidad penal u otro que ilegitime un tipo penal en concreto, propio de la revisión especial, sino ante una anulación por vicios procesales graves que restan eficacia a un proceso y a la sentencia que emana de él.

b) El tema de la prisión preventiva es el más conflictivo. La sentencia recaída en el Asunto "Tineo Silva y otros", de 3 de enero de 2002, estableció en la parte resolutiva que la declaración de inconstitucionalidad "(...) no genera derechos de excarcelación para los procesados y condenados por la

aplicación de las normas declaradas inconstitucionales (...)". En consecuencia, es claro que corresponde al Juez ordinario decidir lo conveniente para reiniciar el proceso penal, procediendo conforme al art. 77° del CPP de 1940 y los numerales 135° y 143° del CPP de 1991.

Es de precisar que la Corte Interamericana en el Asunto "Castillo Petruzzi y otros" (SCIDH, de 30 de mayo de 1999, párr. 221), luego de establecer que corresponde al Estado llevar a cabo –en un plazo razonable– un nuevo enjuiciamiento que satisfaga *ab initio* las exigencias del debido proceso legal, consideró no pronunciarse sobre el pedido de libertad formulado por los imputados, "(...) porque entiende que la adopción de dicha medida precautoria corresponde al tribunal nacional competente". En tal virtud, la excarcelación será decidida por el Juez Penal competente del nuevo proceso, siendo obvio que durante el lapso que transcurra entre la anulación del proceso penal seguido en sede militar y la decisión sobre la iniciación del proceso en la jurisdicción penal ordinaria el imputado debe permanecer detenido pero a disposición del Fiscal y, en su caso, del Juez Penal. A este respecto, el Tribunal Constitucional en el Asunto "Luis Alberto Cruz Cortina"[252] estableció que la nulidad del proceso como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de la norma que lo sustentaba no implica la automática libertad del imputado (como consecuencia de ese fallo el detenido no adquiere un derecho a la libertad inmediata), sino corresponde a la jurisdicción penal ordinaria determinar su situación jurídica con irrestricto respeto al derecho al debido proceso.

En cuanto al plazo de la prisión preventiva, la Ley N° 27553, de 12 de noviembre de 2001, estableció en el cuarto párrafo, que declarada la nulidad del proceso en sede militar, "(...) el plazo se computa desde la fecha en que se dicte el nuevo auto de detención", lo que ha sido expresamente aprobado por el Tribunal Constitucional en varias sentencias recaídas en acciones de Hábeas Corpus. Casualmente, en el Asunto "Castillo Petruzzi y otros" (STC de 12 de noviembre de 2001)[253], el Tribunal Constitucional, si bien reconoce que el imputado sufrió privación de libertad muchos años, señala que la encarcelación se produjo en virtud de una condena, y no en cumplimiento de una medida provisional penal de prisión preventiva, supuesto básico para invocar la libertad por exceso de detención (párr. 2); agrega que el mandato de detención dictado en el nuevo proceso no ha sido cuestionado, y es del caso considerar que el órgano judicial tiene derecho a

---

[252] Exp. N° 1093-2002-HC/TC (*El Peruano*, 14 de agosto de 2002, pp. 5223-5224).

[253] Exp. N° 1170-2001-HC/TC, de 8 de marzo de 2002 (*Jurisprudencia Constitucional*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2002, T. I, pp. 432-434).

un plazo razonable para administrar justicia, amén de que el nuevo proceso es un reconocimiento del hecho que el anterior proceso fue irregular, reconocimiento que lo beneficia, pero que implica a su vez, en contrapartida, el respeto de los procedimientos a los que resulta sometido, entre ellos a los plazos relacionados con las medidas preventivas y de seguridad (párr. 3).

c) Finalmente, la Sentencia y el Decreto Legislativo N° 922 fijan un criterio fundamental en materia de derecho probatorio y su relación con la rescisión o anulación de un proceso penal. El Tribunal Constitucional en el Asunto "Marcelino Tineo Silva y otros" declaró, en primer lugar, que no tienen por que entenderse sin valor e inutilizables en el nuevo proceso determinadas pruebas, pues la presencia de un vicio de competencia objetiva no las afecta de manera automática (párr. 160); y, en segundo lugar, que está fuera de discusión la validez de las denominadas "fuentes de prueba", siempre y cuando se hayan obtenido con estricto respeto de los derechos fundamentales (párr. 162). Dicho Tribunal, anteriormente, en el Asunto "Pedro Eleazar Miranda Villamonte" (STC de 21 de junio de 2002)[254] estableció no sólo que la nulidad del proceso seguido ante la justicia militar "(...) no puede entenderse como nulidad absoluta de los contenidos de cada pieza procesal actuada durante tal proceso, pues una cosa es que la declaración de nulidad procesal surta efectos en lo relativo a la estructuración o tramitación de un proceso, que, por tanto, necesariamente requiere rehacerse, y otra, que las instrumentales o medios probatorios resulten por sí mismos afectados de nulidad"; además, precisó que el Atestado, aun actuado con la presencia de un Fiscal Militar, no tiene por que seguir la misma suerte, puesto que como elemento de investigación debe confrontarse con los demás medios probatorios que se estimen necesarios.

Lo expuesto permite entender, en primer lugar, la diferencia –ya afirmada desde CARNELUTTI– entre fuentes de prueba y medios de prueba, la primera como realidad extraprocesal, anterior al proceso mismo y, por ende, independiente de las incidencias del proceso; y, en segundo lugar, la noción de prueba preconstituida, que es una expresión recogida de BENTHAM, que comprende los documentos o instrumentos propiamente dichos y las diligencias objetivas e irreproducibles actuadas en la fase preprocesal (informes periciales, acta de incautación, croquis, fotografías, filmaciones, inspección técnico policial, allanamiento, etc.), siempre que en su obtención no se hayan vulnerado los derechos fundamentales. Con ese límite debe interpretarse el art. 8° del Decreto Legislativo N° 922, aun cuando es de discrepar que se confiera esa condición a los actos de investigación personales como serían las

---

[254] En: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/0785-HC.html.

manifestaciones policiales, salvo que se les dé sólo el carácter de "*documento narrativo*", en expresión de MORENO CATENA, y siempre que la persona en cuestión haya declarado en juicio oral y haya optado por una variación de su postura inicial[255].

(255) MORENO CATENA, Víctor (Dir.): *El proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Vol. II, pp. 842-843.

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"(256).

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(257). 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

---

(256) ALZAMORA VALDEZ: *Derecho procesal civil. Teoría general del proceso*, cit., p. 274.

(257) COLERIO, Juan Pedro: "Recurso de queja por apelación denegada", en: AA.VV.: *Recursos judiciales*, EDIAR, Buenos Aires, 1993, p. 108.

que también se interpone directamente ante ese órgano[258]. 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. 1115°, 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[259]. 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.[260].

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. 402° y 403°).

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*[261]. El art. 401° 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.

El Código de 1940 sólo reguló la queja por denegatoria del recurso de nulidad (art. 297°), pero la jurisprudencia la extendió, aplicando supletoriamente el Código de Procedimientos Civiles, al recurso de apelación[262]. Sobre esa

---

[258] En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III *(Proceso penal)*, ed. 1991, p. 424.

[259] 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.

[260] VÉSCOVI: *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, cit., p. 190.

[261] En: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 565.

[262] *Vid.* (1) Ejecutoria superior de Lima, Exp. N° 5444-99-A, de 6 de setiembre de 2000 (ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal y procesal penal [1999-2000]*, Idemsa, Lima, 2002, T. I, p. 252). (2) En el mismo sentido, véase la Ejecutoria superior de Lima, Exp. N° 3232-97-A, de 6 de octubre de 1997 (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, Grijley, Lima, 1999, p. 478), que precisa además –correctamente– que contra las denegatorias de un recurso de apelación en un proceso sumario no son admisibles nuevos recursos del mismo tipo y queda tan sólo la posibilidad de recurrir en queja de derecho. (3) Asimismo, véase la Ejecutoria de la Corte Superior de 10 de setiembre de 1999, Exp. N° 2060-97 (LA ROSA GÓMEZ DE LA

base, y en función al citado art. 297°, estableció que el procedimiento recursal consiste en que, una vez notificada la resolución que declara inadmisible el recurso, el recurrente solicitará dentro del plazo de 24 horas copias de lo actuado al Juez *a quo*, quien ordenará la expedición gratuita de las mismas y las que crea necesarias, si el recurso se interpuso en el plazo debido, elevando el cuaderno a la Corte Suprema, la que resolverá previa vista fiscal. En rigor, fuera de la vista fiscal, no procede ninguna sustanciación, al punto –como explica VÉSCOVI– que la cuestión se plantea sólo con la parte recurrente. En la Sala Penal bastan tres votos conformes para resolverla. La finalidad de control de las inadmisiones que tiene este recurso, obliga a entender que si el juez *a quo* deniega la expedición de copias, el recurrente podrá ocurrir en queja directamente al órgano *ad quem*[263].

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido, entre otras directivas: 1) que la expedición de copias corre por cuenta de la Sala Penal Superior, siendo ilegal que se disponga que las sufrague el recurrente bajo apercibimiento de tenerse por desistido (Exp. N° 492-92, Piura, de 8 de marzo de 1993); 2) que las copias que deben formar el cuaderno de queja tienen por finalidad hacer ver las graves violaciones a la legalidad en que se haya incurrido, pero no se puede copiar todo el expediente (Exp. N° 1133-92-B, Lima, de 28 de marzo de 1994); y, 3) que una condición para recurrir en queja es que se haya denegado el recurso de nulidad, de modo que no es legal interponer recurso de nulidad y recurso de queja al mismo tiempo (Exp. N° 634-92, Puno, de 1 de marzo de 1993)[264].

TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, cit., pp. 35-36), que acepta el recurso de queja por denegatoria de recurso de apelación en un procedimiento sumario o abreviado, y agrega que tal recurso opera de modo excepcional y es resuelto por el órgano jurisdiccional superior de la judicatura que deniega, que es de aplicación supletoria el segundo párrafo del art. 292° del CPP que determina las circunstancias en las que debe accederse a su trámite. Empero, tal argumento es impropio de la *queja ordinaria*, limitada a examinar si un recurso ordinario está bien o mal denegado, y en puridad se refiere a la *queja excepcional*, que no es de competencia de la Sala Penal Superior. Esa misma tendencia es seguida en la ya citada Ejecutoria Superior de 6 de setiembre de 2000, recaída en el Exp. N° 5444-99-A, que confunde queja ordinaria con queja excepcional. Estos criterios, lamentablemente, se han repetido en otras decisiones: Exp. N° 3796-98, de 14 de setiembre de 1998; y Exp. N° 8499-97-E, de 20 de octubre de 1997 (BACA CABRERA, Denyse; ROJAS VARGAS, Fidel; NEIRA HUAMÁN, Marlene: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, T. III, pp. 801-802).

(263) Ha establecido la Corte Superior de Lima, en la Ejecutoria de 17 de noviembre de 1998, Exp. N° 4418-98-A, que no es posible sustituir la interposición de un recurso de queja por denegatoria del recurso de apelación, por una articulación de nulidad de actuados (BACA CABRERA *et al.*: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, cit., T. III, p. 803).

(264) ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 447-452.

La Ley N° 27833, de 21 de septiembre de 2002, que modificó el art. 9° del Decreto Legislativo N° 124, subsanó la omisión de la legislación precedente al hacer mención expresa al recurso de queja. Señaló que sólo procede por denegatoria del recurso de apelación –lo que es obvio pues regula el procedimiento sumario o abreviado–; que se interpone ante el Juez que denegó el recurso, en un plazo de tres días contados a partir del día siguiente de la notificación de la citada resolución; que el recurrente debe precisar el número de folios y las copias que requiera, sin perjuicio de que el Juez agregue lo que considere conveniente; que el cuaderno, formado por el propio Juzgado, se elevará directamente a la Sala Penal Superior respectiva dentro de las veinticuatro horas de solicitada su formación; que si bien no indica que la queja ordinaria se resuelve previa vista fiscal, tal trámite es necesario por aplicación supletoria del art. 297° CPP 1940; y, que amparada la queja, la concesión del recurso y la elevación al Superior Tribunal se producirá en el plazo de tres días, mientras que la denegación del recurso sólo exige la comunicación al juez inferior y la notificación a los interesados.

El Código de 1991 señala expresamente, en su art. 361°, que contra el auto que declara inadmisible 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 *a quo*, acordando un plazo mayor al del Código anterior: tres días, que es similar al previsto por la Ley N° 27833. La elevación de las copias corre por cuenta del juez *a quo*.

2. Recurso de queja excepcional

El recurso de nulidad sólo procede contra determinadas resoluciones, taxativamente enumeradas en el art. 292° 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. 292° del Código de 1940, modificado por el Decreto Legislativo N° 126, de 1981, y en el art. 3° de la Ley N° 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. 292° 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. 299° a 301°).

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[265].

Para estos efectos, se debe formar el cuaderno respectivo, de conformidad con el art. 297° 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. 292° 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[266].

---

[265] TAWIL, Guido Santiago: *Recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema de Justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1990, pp. 31-33.

[266] Ejecutoria Suprema de 28 de marzo de 1994, Exp. N° 1133-92-B, Lima (*Normas Legales*, T. 244, setiembre, Trujillo, 1996, pp. J17-J18).

El alcance que la Corte Suprema ha dado a esta vía excepcional es muy variado. Así declara fundada la queja: cuando se interpretan incorrectamente los alcances de un delito (Exp. N° 636-98 Lambayeque, de 5 de noviembre de 1998); cuando se hace una incorrecta apreciación de los hechos y una defectuosa valoración de las pruebas (Exp. N° 1401-97, Cusco, de 9 de marzo de 1998)[267]; cuando se vulnera el derecho de defensa, no notificando a los imputados un auto ampliatorio de instrucción (Exp. N° 290-98 Lima, de 17 de agosto de 1998); cuando se realiza una incorrecta determinación de la pena, variando una reserva de fallo condenatorio por una condena condicional (Exp. N° 1559-98, Chincha-Ica, de 24 de marzo de 1999); y, cuando en un procedimiento por delito privado se aplica el artículo 77° del CPP, denegando de plano una querella (Exp. N° 1447-98, Lima, de 15 de marzo de 1999)[268]. Por otro lado, formalmente, exige la precisión por el quejoso de las infracciones constitucionales o legales, bajo apercibimiento de declaración de inadmisibilidad[269]; y, desde el procedimiento de admisión, estatuye que la Sala Penal Superior no puede desestimar la presentación de la queja, pues el análisis de la misma es de exclusiva potestad del Supremo Tribunal[270].

Como ya se anotó, el art. 3° de la Ley N° 26689, el recurso de queja excepcional sólo procede contra sentencias o resoluciones que pongan fin al proceso. La Corte Suprema así lo ha consagrado y, por tanto, ha rechazado recursos: contra la denegación de una solicitud de pago de intereses (Exp. N°1490-97, Loreto, de 27 de enero de 1998)[271]; contra la denegación de una articulación de nulidad de actuados derivados de una incautación de bienes (Exp. N° 1016-2002, Lima, de 4 de octubre de 2002)[272]; contra la desestimación de una solicitud de adecuación del tipo penal objeto de imputación (Exp. N° 2087-2002, Lima, de 29 de noviembre de 2002)[273]; contra la ampliación del monto del embargo preventivo (Exp. N° 1629-2002, Lima, de 17 de diciembre de 2002)[274]; contra la solicitud de designación de peritos

---

(267) ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal (1996-1998)*, cit., T. II, pp. 565 y 571-572.

(268) ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia penal y procesal penal (1999-2000)*, cit., T. I, pp. 240-242 y 250-251.

(269) Exp. N° 437-2002 Lima, 30 de abril de 2002 (Inédita).

(270) Exp. N° 924-2001 Lima, de 13 de setiembre de 2001 (Inédita). Esta decisión, inclusive, no cuestiona que ante la desestimación de la Corte Superior sea el propio quejoso que se presente directamente a la Corte Suprema formulando el recurso de queja.

(271) ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal (1996-1998)*, cit., T. II, p. 575.

(272) Ejecutoria de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Inédita).

(273) Ejecutoria de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Inédita).

(274) Ejecutoria de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Inédita).

judiciales (Exp. N° 1725-2002, Lima, de 6 de diciembre de 2002)[275]; contra la decisión que declara infundada la recusación planteada contra un Vocal Instructor (Exp. N° 2089-2002, Lima, de 29 de noviembre de 2002)[276]; contra el auto que confirma un mandato de detención (Exp. N° 972-2002, Lima, de 1 de octubre de 2002)[277] o un impedimento de salida del país (Exp. N° 737-2002, Lima, de 11 de octubre de 2002)[278] o una determinación del monto de la caución (Exp. N° 741-2002, Lima, de 11 de octubre de 2002)[279].

Llama la atención una Ejecutoria Suprema que amparó un recurso de queja derivado de un proceso sumario, pese a que se trató de un auto que denegaba la apertura de instrucción, el mismo que según el Fiscal Supremo no estaba contemplado en el art. 3° de la Ley N° 26689; el argumento fue la invocación de la facultad de casación de que, según la Sala Penal Suprema, está investida[280]. Este criterio es inaceptable, pues el sistema de recursos es de configuración legal[281] y, por tanto, sólo se puede conocer de un asunto si la ley lo establece; además, la casación es un recurso destinado a cumplir varias funciones –no una facultad–, las que asimismo deben ser puntualmente incorporadas por la Ley, lo que no sucede en el presente caso en que ni siquiera está vigente la norma que disciplina esa institución procesal.

Finalmente, es de tener presente que la Ley N° 27833, de 21 de setiembre de 2002, que modifica el art. 9° del Decreto Legislativo N° 124, que regula el procedimiento penal sumario o abreviado, señala, *primero*, que el recurso de nulidad es improcedente en estos procedimientos; y, *segundo*, que cumplida la instancia plural –intervención de la Corte Superior vía recurso de apelación– no procede ningún recurso. Una lectura aislada de este nuevo artículo –a partir del énfasis dual puesto en el principio del doble grado de

---

[275] Ejecutoria de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Inédita).

[276] Ejecutoria de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Inédita). El argumento de dicha desestimación es la invocación al art. 3° de la Ley N° 26689, puesto que la decisión sobre la recusación de un juez Instructor o Vocal Instructor no es recurrible en mérito a lo dispuesto en el art. 36° CPP, modificado por la Ley N° 27652, de 24 de enero de 2002.

[277] Ejecutoria de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Inédita).

[278] Ejecutoria de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Inédita).

[279] Ejecutoria de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Inédita).

[280] Exp. N° 1002-98 Lima, 19 de mayo de 1999 (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia penal y procesal penal (1999-2000)*, cit., T. I, pp. 246-250).

[281] Precisa Joan PICÓ I JUNOY (*Las garantías constitucionales del proceso*, cit., p. 80), que el legislador es libre para determinar la configuración del sistema impugnatorio, los supuestos en que procede un recurso concreto y los requisitos que han de cumplirse en su formalización.

jurisdicción– podría entender que ya no cabe el recurso de queja excepcional, instaurado –desde la reforma operada por la Ley N° 26689– sólo para decisiones finales en los procedimientos sumarios, en los que precisamente no cabe recurso de nulidad. Sin embargo, otra es la lectura que merece ese dispositivo, no sólo porque no ha derogado las dos normas que habilitan el recurso de queja excepcional (criterio formal), sino porque la ley procesal abrió un cauce específico al Supremo Tribunal para controlar la constitucionalidad y legalidad de las decisiones judiciales, lo que constituye el ejercicio de un cometido que por lo general se asigna a los más Altos Tribunales para garantizar la legalidad y la uniformidad de la jurisprudencia (criterio material).

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. 87°, modificado por la Ley N° 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. 89° 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*. 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. 138°, norma vigente, instituyó la denominada "queja por detención inmotivada". Esta queja se interpone ante el juez *a quo* solicitando forme el cuaderno respectivo y, hecho, 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 han explicitado los motivos o razones vinculadas al *fumus boni iuris* y al *periculum in mora*, reconocidos en el art. 135° 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. 136°, 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 como 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. 115°), los autos que se pronuncien sobre transferencia de competencia (art. 53°), los autos que impongan tanto medidas cautelares como medidas contracautelares (arts. 55°.4, 135°, 140°, 143°, 146°, 174°, entre otras), los autos que dispongan la realización de medidas instrumentales restrictivas de derechos (arts. 149°, 156°, 163° y 167°, entre otros), los autos de sobreseimiento (art. 253°), los autos que resuelven excepciones, cuestiones previas y cuestiones prejudiciales (art. 55°.2), los autos que declaran la contumacia o la ausencia del imputado (art. 247°). 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. 87° 89° y 93°).

El art. 370° 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. 113° *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. 67°; constitución en actor civil del agraviado, art. 83°; secreto del sumario, art. 99°, 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. 155°, 160° y 171°) y el auto de apertura de investigación (arts. 114° y 115°), entre otros.

III. LA CONSULTA

La consulta, en cuanto institución procesal, está prevista en el vigente sistema procesal penal en los siguientes casos: a) auto de libertad incondicional (art. 201° del Código de 1940, modificado por la Ley N° 24388); y b) sentencia censurada en el procedimiento de terminación anticipada en el delito de tráfico ilícito de drogas (art. 2°, inc. 5, de la Ley N° 26320). Un supuesto general de consulta está previsto en el art. 14° 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). Otro supuesto, esta vez excepcional, está vinculado a la aplicación del art. 6° del Decreto Legislativo N° 922, circunscrito a la denegación de la apertura de instrucción por delito de terrorismo, luego de la anulación del fallo dictado de conformidad con la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 10-2002-AI-TC, de 3 de enero de 2003.

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. 408°/409°– y no rige para la competencia del superior y el alcance de la decisión en 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[282].

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 libre 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[283].

En los casos de consulta, reza el art. 409° 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 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. 22° del Decreto Ley N° 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

---

(282) DEVIS ECHANDÍA: *Compendio de Derecho procesal*, cit., p. 571.

(283) ESCOBAR LÓPEZ, Edgar: "Regulación legal de la consulta en el proceso penal", en: *Revista del Colegio de Abogados Penalistas Del Valle*, Vol. XIII, N° 21 y 22, Medellín, 1990, p. 103.

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"[284]. 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[285].

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 N° 26718, de 27 de diciembre de 1996, para los procesos penales, que formalmente derogó el citado art. 22° del Decreto Ley N° 17537.

---

(284) MIXÁN MASS, Florencio: *El juicio oral*, Editorial Bolivariana, Trujillo, 1975, p. 287.

(285) VÉSCOVI: *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, cit., p. 31.

Parte VIII

Proceso de protección provisional

Capítulo XXXVI
TEORÍA GENERAL DEL PROCESO DE PROTECCIÓN PROVISIONAL

SUMARIO: I. Concepto. **II.** Naturaleza jurídica. **III.** Las medidas provisionales: 1. Concepto. 2. Características. **IV.** Presupuestos de las medidas provisionales. **V.** Efectos de las medidas provisionales. **VI.** Clasificación de las medidas provisionales. **VII.** Actividad procesal.

I. CONCEPTO

Sin duda alguna la regulación de las medidas provisionales en el CPP 1940, que alcanzan al propio CPP 1991, presenta sensibles defectos, que no sólo están presentes en las carencias del propio articulado, sino fundamentalmente en el insuficiente catálogo de medidas personales y patrimoniales. A ello se agrega, en *primer lugar*, que nuestro proceso penal acumula obligatoriamente la acción civil *ex delicto* a la penal propiamente dicha; y, en *segundo lugar*, que se requiere tener presente que las medidas que comprenden este bloque normativo no sólo –como antes postulábamos[1]– tienen una función cautelar, sino –por compartir su naturaleza o finalidad esencial– funciones aseguratoria de la prueba y tuitiva-coercitiva[2].

Por tanto, no es posible entender que existe un proceso cautelar, obviando las otras funciones: *aseguratoria* de la prueba y *tuitiva-coercitiva*[3]. En

---

(1) SAN MARTÍN CASTRO, César: *Derecho procesal penal*, 1ª ed., Grijley, Lima, 2000, Vol. II, pp. 779-784.

(2) MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco: "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", en: *Justicia*, N°s 1-2, Barcelona, 2002, pp. 114-115.

(3) Sin duda ésa no es la opción del Tribunal Constitucional. Por ejemplo, en la STC 1730-2002-HC/TC, Asunto "Blanca Nélida Colán Maguiño", de 8 de agosto de 2002, párr. 4, respecto de la prisión preventiva, que es el supuesto más emblemático de la tutela provisional penal, acotó: "Asimismo, considerando que la restricción de la libertad personal [es de aclarar que la prisión preventiva no es una restricción, sino una privación provisional de la libertad personal] en el curso del proceso penal se justifica para

tanto, como luego veremos más detenidamente, todas ellas comparten las mismas notas características y están orientadas a impedir conductas dañosas del imputado durante la secuela del proceso, es del caso asumir que existe, como *tertium genus*, un "*proceso de protección provisional*". Será de *protección* porque está destinado a conjurar los riesgos de concretas conductas del imputado que pueden resultar dañosas o perjudiciales al proceso; y, tiene la calidad de *provisional* porque perduran únicamente durante la pendencia del proceso[4].

La necesidad de que se cuente con un proceso de protección provisional, es al fin y al cabo, "...la justa respuesta a una necesidad creada por el propio proceso como instrumento del ejercicio de la potestad jurisdiccional y del derecho de acción"[5].

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 (contradictorio, acusatorio, etc.), en cuya virtud es del caso realizar una serie de pasos, incluida la impugnación. El proceso penal, al igual que el proceso civil, laboral, contencioso-administrativo, de familia y constitucional, 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[6]. 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 pueden impedir o dificultar gravemente la marcha del proceso y/o la efectividad de la sentencia.

---

garantizar la sujeción del imputado y para que en su momento pueda hacerse efectiva una posible sentencia condenatoria [función típicamente cautelar final], queda descartada la posibilidad de que los jueces incurran en un prejuzgamiento de la responsabilidad penal, tal como la actora alega que ha sucedido en su caso [el análisis del *fumus delicti*, desde luego, exige un juicio intermedio por el juez, pero ello no entraña un prejuzgamiento ilegítimo ¡el juez tiene que valorar los actos sumariales y sobre esa base forma su juicio!], afirmación que no se condice con el propósito de las medidas de coerción cautelares, cual es el cumplir sólo una función de aseguramiento..." (*El Peruano*, Lima, 10 de diciembre de 2002, pp. 5625-5626).

(4) MÁLAGA DIÉGUEZ: "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", cit., pp. 120 y 124.

(5) MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO; Alberto: *Derecho jurisdiccional*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, T. II *(Proceso civil)*, p. 631.

(6) SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel y RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Industrias Gráficas Pareja, Barcelona, 1974, p. 12.

El proceso de protección provisional, en estas condiciones, se puede definir como *el instrumento que utiliza la jurisdicción o el derecho previsto por el derecho sustancial, destinado a conjurar el riesgo de conductas dañosas o perjudiciales, mediante una incidencia en la esfera jurídica del imputado, adecuada y suficiente para lograr tal efecto*[7]. El proceso de protección provisional –y la potestad provisional que contiene– forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional (art. 139°.3 Const.), uno de cuyos componentes esenciales es el derecho a que el fallo se cumpla; y, antes, que el proceso se desarrolle de modo que pueda cumplir sus fines apartando aquellos peligros que lo limiten.

El citado art. 139°.3 de la Constitución implica, entre otras cosas, el derecho a una tutela provisional efectiva. El juez tiene el deber constitucional de adoptar las medidas provisionales necesarias para la efectividad de la tutela jurisdiccional a otorgar, es decir, para mantener incólume durante el proceso el objeto del mismo. Tendríamos que decir, con CHAMORRO BERNAL, que se trata de "...una exigencia constitucional de la plenitud de la jurisdicción, pues sin posibilidad de asegurar (que no se realicen actuaciones dañosas o perjudiciales), no existe verdadera tutela"[8].

La finalidad del proceso provisional, en estas condiciones, 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[9].

En tanto el proceso de protección provisional garantiza, por lo menos, en su función cautelar, la efectividad de la potestad punitiva del 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; es decir, no pueden tener carácter de rogadas. En tanto 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: 1) el art. 77° CPP 1940 obliga a dictar prisión preventiva o com-

---

(7) Se sigue parcialmente la definición de Manuel ORTELLS RAMOS (MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1997, cit., T. II *[Proceso civil]*, p. 631).

(8) CHAMORRO BERNAL, Francisco: *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 285-292. La definición del autor, es de aclarar, se circunscribe a la tutela cautelar, obviando la tutela provisional en general.

(9) GÓMEZ DE LIAÑO GONZALES, Fernando: *El proceso penal*, Fórum, Oviedo, 1996, p. 175. Dicho autor, por cierto, se concentra exclusivamente en las medidas cautelares.

parecencia al imputado, así como el art. 94° del mismo Código autoriza al Juez a dictar embargo de oficio; y, 2) el art. 133° CPP 1991 autoriza al Juez a reformar de oficio las medidas cautelares, mientras que el art. 155° lo obliga a determinar la condición procesal del imputado, "sea de compareciente o detenido"; en cambio, las demás medidas personales y todas las reales están sometidas a la regla dispositiva o principio de rogación.

Es de considerar, sin embargo, que siendo persecutoria la justicia penal 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. 158° y 159°. 4 y 5 Const.), no cabe que se encomiende al juez, obligado constitucionalmente a la imparcialidad y objetividad, decidir sin pedido de parte la imposición de medidas provisionales, y menos las que tienen función cautelar. Es de tener presente, *primero*, que el interés público y social está representado por el Fiscal, que por imperio del art. 159°. 1 y 3, Const. tiene el deber de actuar en defensa de la legalidad y de los intereses tutelados por el Derecho y de representar en los procesos judiciales a la sociedad; y, *segundo*, que dictar de oficio medidas provisionales tiene el riesgo de lesionar sensiblemente la exigencia de imparcialidad y objetividad al obligar al juez a adelantar juicios sobre el *fumus commissi delicti* y el peligrosismo procesal –*periculum in mora*, concretado en el *periculum libertatis* y el *periculum in damnum*– en orden al imputado, y esencialmente sin la intervención del titular de la acción penal o del agraviado constituido en parte o actor civil (art. 11° LOMP y 58° CPP 1940).

II. NATURALEZA JURÍDICA

La actividad jurisdiccional provisional 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 de ejecución, ni tampoco constituye incidente del primero ni medio de aseguramiento del segundo. Tiene, en suma, su propia sustantividad, desde que la medida provisional se adopta bajo unos presupuestos procesales y con un procedimiento distinto del proceso declarativo y del de ejecución.

El derecho a la medida provisional, al aseguramiento de la tutela plena del proceso en general, es un puro derecho procesal. En definitiva, es un derecho frente al Estado por el que se pide se asegure o garantice la eficacia: a) de la eventual sentencia condenatoria (fuga e insolvencia del imputado), b) de la prueba (obstrucción de la investigación o impedimento de la actuación de los medios de prueba), y c) de la prevención de la reiteración

delictiva (agresión mediante el mismo delito u otros a las víctimas o sus allegados), durante el tiempo que se tarde en tramitar el procedimiento. Su fundamento, según CORTÉS DOMÍNGUEZ, es puramente procesal o, en todo caso, constitucional, desde que el poder jurídico de obtener una resolución cautelar (nosotros diríamos, *resolución provisional*) es una forma de acción pura, que no es accesoria de ningún derecho[10].

Esta concepción, en cuanto considera el proceso de protección provisional 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 provisionales y las del proceso declarativo, sin embargo, los actos procesales provisionales 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 –nosotros diríamos, *provisionales*– 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[11].

El proceso provisional tiene unas notas características propias. Señala al respecto CORTÉS DOMÍNGUEZ, refiriéndose a las medidas cautelares –pero que pueden extenderse a todas las medidas provisionales–, que estas notas son las siguientes: 1) Es un proceso sumario, en el doble sentido de que el proceso es corto y abreviado, y que el juez tiene una extraordinaria limitación en su poder de conocimiento, circunscrito a la constatación de los presupuestos de la medida. 2) No rige el principio de contradicción, pues por lo general se acuerdan sin conocimiento del sujeto pasivo de la misma. 3) Normalmente es competente para dictarla el juez del proceso declarativo. 4) El legitimado activamente para solicitarla es el actor en el proceso principal, declarativo. 5) La resolución judicial que las adopta no produce los efectos

---

(10) CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor: *Derecho procesal civil*, Colex, Madrid, 1996, p. 527.

(11) MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO; Alberto: *Derecho jurisdiccional*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, T. III *(Proceso penal)*, p. 439.

de la cosa juzgada[12]. Los dos últimos requisitos deben ser matizados en el caso de nuestro ordenamiento procesal penal; *primero*, porque se sigue el principio de oficialidad, aunque las partes legitimadas pueden solicitar la imposición o modificación de las medidas provisionales; y, *segundo*, porque la revocabilidad de las medidas provisionales no es óbice a la firmeza de las resoluciones que la adoptan.

La autonomía del proceso de protección provisional es negada por varios autores, entre ellos SERRA DOMÍNGUEZ y RAMOS MÉNDEZ. Sostienen que la forzosa dependencia y subordinación de la medida respecto del proceso declarativo, del que tan sólo es un simple incidente, así como la falta de unidad de los diversos procedimientos, que debe adoptarse a la situación sustancial garantizada, impiden la mentada autonomía[13]. Sin embargo, con ORTELLS RAMOS, respondiendo a esas objeciones, es de acotar que la dependencia y subordinación es la consecuencia de la función que cumple el proceso cautelar –*de protección provisional*–, que es precisamente la que le da entidad propia, y la falta de unidad del procedimiento cautelar –*de protección provisional*– no dice de su falta de autonomía, sino de la exigencia teórica de reestructurar su base normativa[14].

III. LAS MEDIDAS PROVISIONALES

1. CONCEPTO

Las medidas provisionales pueden definirse como los actos procesales de coerción directa que, recayendo sobre los derechos de relevancia constitucional, de carácter personal o patrimonial, de las personas, se ordenan a fin de evitar determinadas actuaciones perjudiciales que el imputado podría realizar durante el transcurso del proceso de declaración.

Si bien *i)* el *fundamento* es único (ineludible duración temporal inherente al proceso jurisdiccional), e inevitablemente se expresan afectando derechos del imputado, con *ii)* el *objetivo* de evitar actuaciones dañosas o perjudiciales de su parte, *iii)* las *finalidades* perseguidas son múltiples: eficacia del proceso o su normal funcionamiento.

---

(12) CORTÉS DOMÍNGUEZ *et al.*: *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 531-533.

(13) SERRA DOMÍNGUEZ-RAMOS MÉNDEZ: *Las medidas cautelares en el proceso civil*, cit., pp. 25 y 28.

(14) MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho Jurisdiccional*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1991, T. II (*Proceso civil*), p. 259.

En efecto, las medidas provisionales adoptan funciones cautelares, aseguratorias de la prueba y tuitivas-coercitivas. (1) La *finalidad cautelar* persigue garantizar la eficacia de la eventual sentencia condenatoria, de suerte que los hechos que pretende evitar son la fuga del imputado, su insolvencia y la desaparición de los bienes delictivos. (2) La *finalidad de aseguramiento de la prueba* persigue impedir actuaciones o confabulaciones del imputado que obstruyan la investigación o perturben la práctica de los medios de prueba. (3) La *finalidad tuitiva-coercitiva* persigue impedir que el imputado incurra en ulteriores hechos punibles, que previsiblemente serían idénticos o análogos a aquel que ha provocado la incoación del proceso, o bien que consume o amplíe los efectos del delito objeto de enjuiciamiento[15].

2. CARACTERÍSTICAS

En función de las finalidades de las medidas provisionales, y de los principios y valores constitucionales en juego, las características que las distinguen tienen un contenido determinado. Así, podemos identificar como características relevantes las siguientes: instrumentalidad, urgencia, proporcionalidad, variabilidad y jurisdiccionalidad.

A. La instrumentalidad

Es una característica típica de toda medida provisional. Siguiendo a CALAMANDREI, aunque extiendo tal nota a todas las medidas provisionales, consiste en que no tiene una finalidad en sí misma, pues está necesariamente vinculada a la sentencia que pueda dictarse en el proceso declarativo por la función que tiene asignada, de asegurar su efectividad práctica (*fruttuosità practica*)[16].

Esta concepción de la instrumentalidad, apunta ORTELLS RAMOS, contiene dos elementos fundamentales. En *primer lugar*, importa la existencia de dos situaciones jurídicas, una instrumental y otra final. En *segundo lugar*, una situación es instrumental respecto de otra en tanto posibilita que la sentencia a recaer en el proceso declarativo sea eficaz en la práctica[17], así como asegura el normal desenvolvimiento del proceso[18].

---

(15) MÁLAGA DIÉGUEZ: "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", cit., pp. 124-147.

(16) CALAMANDREI, Piero: *Introduzione allo studio sistematico dei provvidimenti cautelari*, Padova, Cedam, 1936, p. 21.

(17) MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1997, cit., T. II (*Proceso civil*), p. 260.

(18) MÁLAGA DIÉGUEZ: "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", cit., p. 154.

Las manifestaciones de la instrumentalidad son las siguientes:

1) Sólo puede adoptarse estando pendiente un proceso declarativo o para preparar la incoación en el más breve plazo. Es el caso, por ejemplo, de la detención imputativa o de un arraigo en sede preliminar.

2) Se extingue cuando el proceso penal se termina. Si la pretensión no es estimada, la medida se extingue, porque ya no hay efectos que deban asegurarse ni dificultades en su desenvolvimiento que deban evitarse. Si la pretensión es estimada, sancionándose al imputado, la medida también se extingue porque a partir de allí la sentencia despliega sus efectos propios, esto es, desarrolla su eficacia ejecutiva. Esta consecuencia, enfatiza ARANGÜENA FANEGO, se denomina *provisionalidad*, en cuya virtud los efectos de la medida tienen una duración limitada en el tiempo y deben desaparecer una vez que haya recaído sentencia en el proceso declarativo, 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[19].

Respecto de las medidas provisionales con función tuitiva-coercitiva –cuyo objetivo no está intrínsecamente relacionado con la eficacia del proceso o de su período de prueba–, su lógica más clara es la *accesoriedad* de la medida, pues sólo se concibe en el seno de un proceso y por razón de la inevitable duración temporal que caracteriza a este último[20].

3) Los efectos que genera coinciden sólo parcialmente con los efectos propios de la sentencia dictada en el proceso declarativo, 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[21]. Señala MÁLAGA DIÉGUEZ que no es sorprendente que las medidas provisionales "[...] supongan una anticipación de la ejecución eventual de la condena, por lo que son *homogéneas* con las medidas ejecutivas. Esta nota característica [...] es evidente en las medidas que comportan privación de libertad, pero también en otras que coinciden plenamente con algunas de las penas que pueden imponerse en la sentencia, como las privaciones de derechos, o las diversas modalidades de alejamiento respecto de la víctima y sus allegados [*vid.*, en Perú: Legislación sobre protección frente a la violencia familiar]. La

---

(19) ARANGÜENA FANEGO, Coral: *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, Bosch, Barcelona, 1991, p. 79.

(20) MÁLAGA DIÉGUEZ: "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", cit., p. 154.

(21) ORTELLS RAMOS, en: MONTERO AROCA *et al.: Derecho Jurisdiccional*, ed. 1997, cit., T. II (*Proceso civil*), pp. 260-261.

homogeneidad es manifiesta asimismo en el caso de las medidas de naturaleza patrimonial, como por ejemplo el embargo preventivo..."[22].

B. La urgencia

La resolución provisional debe adoptarse cuando se aprecian circunstancias que racionalmente confirman un riesgo potencial de ineficacia del proceso declarativo. Es de destacar que, objetivamente, el juez dicta una medida provisional pese a disponer de limitados elementos de juicio para decidir, pues lo hace en un momento previo al desarrollo del juicio oral, contando sólo con actos de investigación. 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[23].

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 *plena cognitio*, sino –como expresa CALAMANDREI– una *summaria cognitio*, en tanto el presupuesto de las mismas no es tanto el derecho, cuanto la apariencia del mismo. De ahí que nuestras normas sólo exijan "[...] suficientes elementos probatorios de comisión delictiva" (art. 135°.1 CPP 1991), "[...] elementos de convicción suficientes" o el peligro de que "los bienes del investigado, contra quien existan elementos de convicción de que está vinculado como autor o partícipe en alguno de los delitos [...], puedan ocultarse o desaparecer o sea posible que se graven o se vendan [...]" (Ley N° 27379, art. 2° numerales 1 y 4).

La urgencia y la sumariedad importan a su vez que la medida provisional se acuerde "*inaudita altera parte*", pues no cabe que se dé audiencia a aquel contra quien se dispone la medida (una excepción, sin duda, debe ser la prisión preventiva, pues la precede la detención imputativa). 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 el art. 139°.14 de la Constitución– porque en todo caso se le concede al afectado la posibilidad de pedir, en vía de recurso, su alzamiento por no concurrir los requisitos establecidos en la Ley. Al respecto el art. 314° *in fine* CPP 1991 preceptúa que

---

[22] MÁLAGA DIÉGUEZ: "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", cit., pp. 164-165.

[23] SERRA DOMÍNGUEZ-RAMOS MÉNDEZ: *Las medidas cautelares en el proceso civil*, cit., p. 80.

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. 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 Europeos. 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[24].

Este principio que –como apunta la jurisprudencia alemana– tiene rango constitucional, derivado para nosotros de los arts. 43° y 1° de la 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 tres subprincipios: *adecuación, necesidad y subsidiaridad*, que constituyen los denominados requisitos intrínsecos del principio de proporcionalidad[25]. 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, o sea ha impuesto dos requisitos extrínsecos: jurisdiccionalidad y motivación de la medida.

El art. 132° 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. 30° 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 de-

---

(24) PEDRAZ PENALVA, Ernesto: "El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas", en: *Poder Judicial*, 2ª Época, N° 17, Madrid, 1990, p. 79.

(25) GONZALES-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, pp. 51 y 55.

rechos fundamentales se encuentre prevista por la ley. El art. 2°.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 protegidos; y, b) que los fines sean socialmente relevantes, tal como lo ha reclamado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Asunto "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. 2°.24.'g' Const.) o ser deducible del conjunto de valores de una sociedad o de la necesidad social imperiosa en su imposición[26].

El subprincipio de *adecuación* significa que la medida adoptada debe ser congruente o apta para alcanzar el objetivo pretendido, que debe ser constitucionalmente relevante. Este subprincipio 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 provisional ha de estar en adecuada relación con la entidad y trascendencia del hecho que se imputa al encausado.

El subprincipio 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 subprincipio 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 provisional que en concreto se adopte debe ser precisamente la necesaria para alcanzar de modo eficaz el objetivo previsto.

---

(26) GONZALES-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., pp. 104-105.

El subprincipio 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.

La medida provisional, 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 N° 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 N° 62/1982, de 15 de octubre de 1982)[27].

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. 139°.5 Const.), que a su vez el art. 133° del CPP de 1991 la exige al conjunto de medidas cautelares.

D. La regla "rebus sic stantibus". *La variabilidad*

Las medidas provisionales, 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 declarativo– estará siempre en función de la estabilidad o el cambio de los presupuestos que hicieron posible su adopción inicial.

Los presupuestos de la medida provisional 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, a su vez, una variación de la medida adoptada. En tanto la medida provisional persigue asegurar el valor eficacia del procedimiento y combatir las situaciones de peligro, opina Javier

---

[27] ARANGÜENA FANEGO: *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, cit., p. 132.

VECINA CIFUENTES, es que las resoluciones 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[28].

Precisamente, el art. 134° 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 provisionales 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. 182° 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 provisional 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 provisional 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 a partir de allí obtener del juez su reforma; en segundo lugar, que si bien las medidas provisionales 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

---

[28] VECINA CIFUENTES, Javier: *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, Colex, Madrid, 1994, p. 45.

fueron examinados en la resolución firme[29]. Por consiguiente, las resoluciones provisionales producen cosa juzgada sujeta a límites temporales.

E. La jurisdiccionalidad

En tanto las medidas cautelares tienden a asegurar la efectividad del proceso 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 provisionales 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[30]. El art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 1991, ratifica esta posición.

Las medidas provisionales 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. 139°.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. 106°.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. 160° y 171°). Estos procedimientos están contemplados en la Ley N° 27379, de 21 de diciembre de 2000 y la participación de la Policía Nacional y el Ministerio Público se encuentra regulada por la Ley N° 27934, de 12 de febrero de 2003.

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

---

(29) VECINA CIFUENTES: *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, cit., pp. 45-49.

(30) VECINA CIFUENTES: *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, cit., p. 50.

por parte de la autoridad judicial y, en caso contrario, anulación automática de sus efectos[31].

Los supuestos fijados tanto en la Constitución como 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 PROVISIONALES

La estructura de la norma procesal configuradora de una medida provisional es la misma de otras normas jurídicas. En consecuencia, según ORTELLS RAMOS, la norma procesal provisional prevé, en primer lugar, un supuesto de hecho, unos *presupuestos*; y, en segundo lugar, ordena que se desarrollen unas consecuencias jurídicas, unos *efectos*[32].

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 se establece la medida. Se trata del *fumus commissi delicti* 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 provisionales[33]. El juicio de probabilidad o de prueba semiplena 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. Desde luego, una ulterior sentencia absolutoria merma el *fumus commissi delicti*, lo que obliga a levantar la medida (*vid.* art. 630° CPC).

---

(31) Citado por ASENCIO MELLADO, José María: *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987, p. 52.

(32) En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1997, cit., T. II (*Proceso civil*), p. 263.

(33) 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.

El segundo presupuesto de las medidas provisionales es el "*periculum in mora*" o daño jurídico derivado del retardo del procedimiento o de la mora procesal. Está en función de aquellos riesgos del proceso que pretenden evitarse. 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 (del proceso mismo)[34].

Este presupuesto es el que justifica la razonabilidad de la medida provisional, pues es insuficiente el *fumus commissi delicti*, que sólo se refiere a la interdicción de la arbitrariedad, requiriéndose, para dar contenido propio a la medida provisional un concreto peligro a combatir.

Se trata de un presupuesto unitario, sin perjuicio de la concreta finalidad perseguida por la medida provisional: cautelar, de aseguramiento o tuitiva-coercitiva. Ahora bien, las consecuencias del retraso, que integran ese *periculum*, varían según la función que desempeñan. Así:

1) La función cautelar, trae aparejada, en las medidas personales, el riesgo de fuga. Este riesgo se concreta en el *periculum libertatis*, que en nuestra legislación es un peligro graduado en función de criterios legales como sería la penalidad y, entre otros, el arraigo familiar y social. En las medidas patrimoniales o reales, el riesgo a combatir es el de insolvencia o el de desaparición de bienes delictivos sujetos a decomiso; se trata de un peligro que en el CPP 1940 está objetivado, pues va implícito con la sola acreditación de la imputación.

2) La función de aseguramiento, conlleva el riesgo de obstaculización de los actos de investigación y de perturbación de los medios de prueba. El *periculum* se construye en estos casos a partir de parámetros razonables vinculados al comportamiento previsible del imputado para enervar la investigación y el juicio o confabularse con tal finalidad.

3) La función tuitiva, trae consigo el riesgo de reiteración delictiva –concretado en el *periculum in damnum*–, que asimismo requiere de premisas fácticas e indiciarias, tales como los antecedentes del presunto delincuente, su perfil psicológico, el tipo de delito, su posición social en orden a los factores criminógenos del delito, o una conducta manifiestamente agresiva o peligrosa[35].

---

(34) CALAMANDREI: *Introduzione allo studio sistematico dei provvidimenti cautelari*, cit., p. 18.

(35) MÁLAGA DIÉGUEZ: "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", cit., p. 136.

V. EFECTOS DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES

El segundo componente de la norma que configura una medida provisional son los efectos jurídicos. Éstos constituyen el contenido de toda medida provisional, aquello en lo que consiste. ORTELLS RAMOS[36] nos dice que los efectos son: de aseguramiento, de conservación, e innovativos y anticipativos de la pretensión, aunque están más pensadas para las medidas con función cautelar.

1. Los *efectos de aseguramiento* se caracterizan por mantener o constituir una situación adecuada para que, en su momento, pueda efectivizarse la sentencia declarativa o garantizarse la efectividad del proceso mismo. Aquí no se produce una satisfacción de la pretensión deducida en el proceso declarativo (v. gr.: prisión preventiva, embargo preventivo de bienes, incautación de bienes delictivos).

2. Los *efectos de conservación* constituyen una mayor injerencia en la esfera del sujeto pasivo de la medida. Ante las limitaciones del efecto de simple aseguramiento, y bajo la idea que es socialmente imprescindible –evitando situaciones de autotutela–, autorizar resoluciones de eficacia provisional, confieren una cierta satisfacción a la pretensión del proceso penal, en cuanto consisten en mantener un estado de hechos que beneficia a la sociedad o a la víctima y cuya alteración por el imputado ha dado origen al proceso. En suma, conservan la situación existente al incoarse el proceso, evitando su alteración[37]. Un ejemplo podría ser la prohibición de residencia de la legislación de protección frente a la violencia familiar.

3. Los efectos *innovativos* –de la situación de hecho existente–, *satisfactivos* –del derecho o interés del derecho cuya tutela se pide– *y anticipativos de la pretensión* –de la tutela que la sentencia dispondrá–, importan la introducción de una innovación, de un cambio, satisfaciendo lo que extraprocesalmente nunca fue pacíficamente reconocido, que en suma reporta una utilidad similar a la de la sentencia condenatoria (v. gr.: ministración provisional de posesión, clausura de establecimientos que atentan contra el ambiente, pensión provisional de alimentos)[38].

---

[36] MONTERO AROCA, *et al: Derecho Jurisdiccional*, ed. 1997, cit., T. III (*Proceso penal*), p. 541.

[37] ORTELLS RAMOS, Manuel; SÁNCHEZ, Ricardo Juan; BONET NAVARRO, José; BELLIDO PENADÉS, Rafael; PASTOR, José Martín; CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés: *Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 993-994.

[38] ORTELLS RAMOS, Manuel: *Las medidas cautelares*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 138-144.

VI. CLASIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES

Las medidas provisionales recaen sobre los derechos personales, o los derechos reales o patrimoniales del imputado. Las medidas personales limitan los derechos vinculados a la libertad personal, la libertad de tránsito y demás derechos civiles del imputado. Las medidas reales limitan el derecho de propiedad o de libre disposición de los bienes del imputado o de los que delictivamente estén en su poder.

Las medidas provisionales personales que reconoce nuestro ordenamiento procesal son las siguientes:

1. La detención imputativa o preliminar
2. La prisión preventiva
3. La comparecencia (simple o restrictiva)
4. El arraigo o impedimento de salida
5. El internamiento provisional del anormal psíquico
6. La prohibición de residencia, de aproximación y de comunicación
7. La suspensión provisional de derechos (medidas interdictivas)

Las medidas provisionales reales, tanto penales como civiles, son:

1. El embargo.
2. El secuestro o incautación de bienes
3. Anotación preventiva del procesamiento penal
4. Inhibición de bienes inscribibles
5. Destrucción de cultivos
6. La inmovilización de cosas muebles
7. La ministración provisional de la posesión
8. La suspensión de la actividad contaminante
9. El inventario de bienes
10. La pensión provisional

VII. ACTIVIDAD PROCESAL

El procedimiento de protección provisional, como ha se ha expuesto, está sometido a un *trámite sumario*, de extrema brevedad para la adopción de la resolución provisional. Es de destacar en este rubro lo referente a la polémica existente entre el *principio de oficialidad* y el *principio de demanda* o de rogación, y lo relativo al régimen del *debate contradictorio*.

El primer problema se deriva de la legitimación de las partes para solicitar medidas provisionales y el papel del Juez sobre el particular.

La adopción de las medidas provisionales en el Código de 1940 y, en menor medida, en el Código de 1991 se somete al *principio de oficialidad*. El art. 134° 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. 159°, incs. 1 y 5, de la Const.) está legitimado para solicitar todo tipo de medidas provisionales. 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 coercitivas. De modo específico, la LOMP señala que el Fiscal Provincial puede solicitar embargos (art. 95°.2); el art. 146° del citado Código autoriza al Fiscal a solicitar el mandato de impedimento de salida, de igual manera lo hacen los arts. 156°, 167° y 174° 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 provisional que, además de poder ser requerida por el Ministerio Público, puede ser solicitada por la parte o el actor civil (art. 174° del Código Procesal Penal de 1991). El Decreto Legislativo N° 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. 138° del Proyecto de Código Procesal Penal de 1995. La justificación de la mencionada limitación, circunscrita desde luego a los delitos públicos –en los delitos privados 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. 86° del Código Procesal Penal de 1991), consecuentemente, sólo tendría legitimación para pedir aquellas medidas 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 personales, en tanto están prefiguradas para asegurar la presencia física del imputado, no guardan correspondencia con el objeto civil del proceso. Una excepción a esta regla, es el requerimiento de mandato de detención contra el imputado en situación de comparecencia

cuando haya variado los presupuestos que determinaron su imposición (art. 139° CPP). Empero, es de tener presente que si la víctima tiene un derecho a la verdad, a lograr el esclarecimiento de los hechos delictivos en su agravio, y si para conseguir la reparación civil requiere que se acredite el delito en su agravio y la culpabilidad del imputado, es de recibo reconocer que está legitimada para instar medidas personales en cuanto tiendan a evitar la pérdida de eficacia del mismo: sin la presencia del reo se dificulta el iter de la causa, si el procesado no es asegurado puede producir conductas dañosas en orden a la investigación y a los medios de prueba.

Otra nota distintiva del procedimiento de protección provisional es la ausencia de debate contradictorio para dictar una medida provisional, incluida en nuestro derecho procesal por el art. 314°, 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 previo 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 prisión preventiva, desde que en aquellos modelos legislativos que tienen en primer lugar una detención dictada por el juez penal y, luego, una 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. 504° 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 preventiva, 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. 139°.3 de la Constitución).

Capítulo XXXVII
LAS MEDIDAS PROVISIONALES PERSONALES

SUMARIO: I. Aspectos generales. **II.** Condición general de la privación de la libertad personal. **III.** La detención imputativa o preliminar. 1. Configuración jurídica. 2. Detención preliminar policial. 3. La detención preliminar judicial. **IV.** La prisión preventiva. 1. Concepto y sujetos activos habilitados. 2. Naturaleza y funciones de la prisión preventiva. 3. Principios y motivos de la prisión preventiva. 4. La prisión preventiva en la legislación nacional. 5. Modalidades de la prisión preventiva. 6. Plazo de la prisión preventiva. 7. Recursos contra la prisión preventiva. 8. Prisión preventiva y parámetros de los cuatro años. **V.** La comparecencia. 1. Aspectos generales. 2. La comparecencia simple. 3. Comparecencia restrictiva. **VI.** El impedimento de salida o arraigo. **VII.** La medida de internamiento provisional del anormal psíquico. **VIII.** Medidas de prohibición de residencia, de aproximación y de comunicación. 1. La legislación de protección frente a la violencia familiar. 2. Carácter y naturaleza de las medidas. 3. Presupuestos. 4. Características y procedimiento. **IX.** La suspensión provisional de derechos.

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 el derecho a 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. 2°.24 de la Constitución consagra a la libertad y la seguridad personales como derechos fundamentales, que sólo se pueden restringir por expresa disposición jurídica con rango de ley.

Apunta GIMENO SENDRA que de los derechos subjetivos, públicos y privados, el derecho a la libertad es, sin duda alguna, el más preciado, siendo ésta la razón de su más contundente reconocimiento y refinada reglamentación[39]. En esta perspectiva, la privación de la libertad personal es la modalidad más radical de intervención del Estado, puesto que, como resalta ANDRÉS IBÁÑEZ, "(...) incide sobre lo que hoy aparece como el núcleo mismo del sistema de libertades, sobre el presupuesto de todos los demás derechos, condicionando sus posibilidades de realización práctica"[40].

---

[39] GIMENO SENDRA, Vicente: *El proceso de hábeas corpus*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 15.

[40] ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: *Presunción de inocencia y prisión sin condena*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos del Poder Judicial), Madrid, 1996, p. 19.

El origen de este derecho fundamental, ha sostenido el Tribunal Constitucional (STC, Exp. N° 992-92-HC/TC, Asunto "Epifanio Pérez Tapia", de 17 de junio de 1998)[41] está en la dignidad humana, de modo que como seguridad de su reconocimiento tiene una naturaleza expansiva. Por ello es que tanto las Constituciones nacionales como los Tratados sobre Derechos Humanos, siguiendo a GIMENO SENDRA, configuran de tal manera el derecho a la libertad personal, que la actividad de los tribunales no permanece a un mero nivel de control *a posteriori* de los actos del Poder Ejecutivo –en concreto de la Policía o de otro órgano que carece de potestad jurisdiccional–, al punto que el denominado principio de "*autotutela administrativa*" no puede alcanzar la privación de la libertad personal, pues a la Administración le está vedado dictar acto alguno que pudiera limitar su libre ejercicio; los Tribunales, en suma ostentan no sólo la última, sino también la primera palabra.

Cuando los Tratados sobre Derechos Humanos y las Constituciones nacionales hacen referencia a la "*libertad personal*" y a la "*seguridad personal*", ello significa –al decir de FAÚNDEZ LEDESMA–, respecto a la primera noción, la libertad de movimiento efectiva de la persona; y, en lo atinente a la segunda noción, la condición de que esa libertad se encuentre protegida en la ley, la cual debe satisfacer ciertos estándares vinculados a hacer predecible cualquier privación de libertad y evitar la arbitrariedad en su interpretación[42]. En esta misma línea NEWMAN y VASAK indican que el derecho a la libertad es un estado que se disfruta en el momento presente, mientras que el derecho a la seguridad añade la certidumbre de que ese estado continuará disfrutándose, aunque aclaran que el Estado debe tener la capacidad de defenderse contra quienes dificulten o impidan el orden social, del que es garante, recurriendo a privarles de su libertad[43].

En tanto se entiende, como es obvio, que la privación de libertad es una limitación de un derecho fundamental, por ejemplo la doctrina jurisprudencial del TEDH ha venido sosteniendo reiteradamente que si bien la libertad personal es limitable (STEDH, Asunto "Buckley", de 25 de setiembre de 1969), tal limitación ha de ser equitativa, siempre y cuando se respeten determinadas condiciones expresas adecuadas al fin (STEDH, Asunto "Handyside", de 7 de diciembre de 1976). La CIDH, por su parte, tiene dicho que el Estado está obligado a no restringir la libertad más allá de

---

(41) *El Peruano*, Lima, 24 de septiembre de 1998, pp. 1202-1203.

(42) FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor: "Derecho a la libertad y seguridad personal", en: *Lecturas Constitucionales Andinas*, N° 1, Lima, 1991, pp. 144, 150-151.

(43) NEWMAN-VASAK: *Ensayos sobre Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1990, p. 237.

los límites "estrictamente necesarios", y que en sede penal, tiene un carácter *cautelar* (SCIDH, Asunto "Suárez Rosero", de 12 de noviembre de 1997, párr. 77). De modo más general, la CIDH ha fijado las siguientes condiciones para una correcta restricción de los Derechos Humanos (Opinión Consultiva OC-6/86, de 9 de mayo de 1986, Asunto "Expresión *leyes*" en el art. 30° de la Convención): 1) Que se trate de una restricción expresamente autorizada por los instrumentos internacionales y en las condiciones particulares que estos permitan; 2) Que tales restricciones estén dispuestas por leyes y se apliquen de conformidad con ellas; y, 3) Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a razones de interés general y no se aparten del propósito para el cual han sido establecidas. La CIDH, en un asunto contencioso (SCIDH, Asunto "Gangaram Panday", de 21 de enero de 94), precisó que las restricciones, aun cuando se amparen en una ley, no pueden ser irrazonables, imprevisibles o faltas de proporcionalidad. Como dice la Comisión Andina de Juristas, las restricciones requieren de leyes que en última instancia no contradigan el fin último de todo Estado: el reconocimiento y respeto de los Derechos Humanos[44]. La proporcionalidad es un canon necesario cuando se limita derechos y requiere que una actuación pública coercitiva sea conducente, necesaria y adecuada al fin propuesto.

Este cuidado que debe adoptarse cuando se trata de la libertad personal, obliga a estimar, como ha señalado el Tribunal Constitucional (STC, Asunto "Sihuay Morales", de 11 de abril de 2001, FJ 2) una interpretación de las normas concernidas de manera teleológica, como prescripciones garantistas con la finalidad de tutelar el derecho a la libertad individual, proscribiendo que por vía judicial se incorporen supuestos de detención no contemplados en la ley.

Todos estos condicionamientos y cuidados para privar del derecho a la libertad a una persona, parten como es lógico de una directiva fundamental: no habrá de ser la regla en un proceso penal (Cfr.: art. 9°.3 PIDCP), esto es, del principio de excepcionalidad. Si bien dicha norma no ha sido incorporada a la CADH, la CoIDH la ha reconocido insistiendo que la libertad del procesado debe ser la regla, subrayando que la naturaleza excepcional de la privación de la misma se sustenta en las siguientes razones: el derecho preeminente a la libertad personal; y el riesgo que dicha medida presenta en lo referente, por un lado, al derecho a la presunción de inocencia, y, por el otro, a las garantías del debido proceso legal, incluido el derecho de defensa (Informe CoIDH 12/96, párr. 84). A partir de allí, igualmente,

---

[44] COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS: *Protección de los Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1997, pp. 40-41.

se considera –especialmente la CoIDH– que la detención imputativa o la prisión preventiva reviste suma gravedad, por lo que es del caso rodearla de las máximas garantías jurídicas, en tanto que se aísla al imputado y se le separa forzosamente de su familia y de su ámbito laboral; se entorpece el ejercicio de su derecho de defensa, limitándole la posibilidad de presentar pruebas y contra-argumentos, así como de estructurar y preparar su defensa, al punto que si la privación de libertad dura mucho, el tribunal tiende a concebir que está frente a culpables (Informes 2/97, párrs. 7, 48 y 49; y,12/96, párrs. 78, 81y 83).

En rigor, como apunta BONAVOLONTÀ, para decidir la privación de la libertad personal, se 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 trasgresión 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*)[45].

II. CONDICIÓN GENERAL DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL

El art. 7° CADH, en la medida que en nuestro ámbito regional es la norma matriz de la protección de la libertad personal, luego de reconocer taxativamente ese derecho en el inc. 1°, en tanto exigencia fundamental tutelada –en palabras de PEDRAZ PENALVA– establece, en primer lugar (inc. 2), que nadie puede ser privado de su libertad, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas; y, en segundo lugar (inc. 3°) que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario.

La CADH, a diferencia del CEDH, no delimita las hipótesis que autorizan la privación de la libertad. Es obvio que una –sólo una– causa legítima, de las muchas existentes, es la "*detención por razones de punibilidad*", la cual está vinculada, por un lado, a la imposición de una pena de prisión como consecuencia de la comisión de un delito, y, por otro lado, a la necesidad

---

(45) BONAVOLONTÁ, Luigi: *Nuovo manuale di procedimiento penale*, Pirola Editore, Milano, 1994, p. 83.

de poner una persona a disposición judicial bajo cargos de comisión de un delito y de mantenerla en esa condición durante la pendencia de la causa. De inicio es de precisar que cuando se invoca esta modalidad de detención, como decidió el TEDH, (1) no sólo se requiere acudir a una interpretación estricta, sino que (2) únicamente es aceptable en el marco de un proceso penal, y (3) no está permitido hacer uso de medidas de prevención aun con objetivos tan trascendentales como la lucha contra la delincuencia organizada (STEDH, Asunto "Ciulla", de 22 de febrero de 1989, párrs. 38 y 41; STEDH, "De Jong, Baljet y Van Den Brink", párr. 44; STEDH, "Boumar", de 29 de febrero de 1988, párr. 43; y, STEDH, "Guzzardi", de 6 de noviembre de 1980. párr. 102).

Desde esta perspectiva, la Constitución nacional en el art. 2°.24.'f' sólo reconoce, con fines de punibilidad, la detención efectuada por la policía de oficio, limitándola a la flagrancia delictiva, noción que recién fue definida en el art. 4° de la Ley N° 27934, de 12 de febrero de 2003, y la detención por mandato escrito y motivado del juez, lo que ha sido consolidado por el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias[46].

Existen, reitero, otros ámbitos legítimos de privación de libertad, que según el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas están vinculados por ejemplo al control de la inmigración, a motivos de salubridad pública, a catástrofes o a la protección del orden público (Observación General N° 8, NN.UU: HRI/GEN/1, de 4 de setiembre de 1992). En estos casos, se está frente, siguiendo a HERRERO TEJEDOR, a las denominadas detenciones funcional-operativa, funcional-preventiva y procedimental-administrativa para fines extradicionales[47].

Desde una perspectiva general, es de tener presente, en primer lugar, el requisito de constitucionalidad y de legalidad tanto para establecer quién puede privar de la libertad a una persona, como para determinar los motivos –razones– y procedimientos legitimantes; y, en segundo lugar, la exigencia de evitar detenciones o encarcelamientos arbitrarios.

La ley es la que debe fijar los motivos y el procedimiento a utilizarse para restringir la libertad personal. La expresión "*ley*" ha sido definida por la CIDH (*vid.* OC 6/86, *ibid.*, párr. 24) como una norma jurídica de carácter

---

(46) Por todas: STC, Exp. N° 828-97-HC/TC, Asunto "Rosa Villegas Rubio", 15 de abril de 1998, FJ2; Exp. N° 580-96-HC/TC, Asunto "Sonia Pajuelo Delzo", 24 de abril de 1998, FJ1 (CARPIO MARCOS, Edgar: *Selección de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Jurista Editores, Lima, 2002, pp. 410-415).

(47) HERRERO TEJEDOR, César: *La libertad ambulatoria y la legalidad de su privación*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, pp. 18-23.

general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las Constituciones de los Estados Partes para la conformación de leyes. Esta expresión, sin embargo, aun cuando asume una concepción formal de ley, posteriormente en el párr. 36 es matizada en el sentido "(...) [que] *este planteamiento no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones se encuentren autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada se encuentre sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni puede utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la CADH*". La Ley, en todo caso, debe tener un contenido material de modo que satisfaga un principio elemental de toda medida coercitiva: la *primacía de la ley y del derecho*, en cuya virtud la ley deberá prever y fijar los requisitos y las consecuencias jurídicas de cada autorización de intervención[48].

La CADH no establece la autoridad competente para ordenar una privación de libertad. Son las Constituciones o las Leyes las que lo hacen. Pero, en todo caso, el sujeto activo de la medida debe ser una autoridad pública habilitada por la ley para hacerlo; por lo general la practican los jueces, y los fiscales o los policías, estos últimos bajo condiciones muy limitadas o razones de urgencia, que es lo que constituye una *reserva legal de competencia coercitiva*. Es de entender, como apunta SCHLÜCHTER, que las limitaciones por razones de persecución penal constituyen actos de autoridad que interfieren o intervienen derechos fundamentales de una persona contra la voluntad del afectado[49], por lo que el sujeto que las imponga debe estar expresamente habilitado por la ley para hacerlo y formar parte de un cuerpo funcionarial concreto.

Asimismo, una privación de libertad es admisible en tanto se ajusta al ordenamiento jurídico interno, al procedimiento establecido por la ley. Aclara en este punto PEDRAZ PANALVA que la "*regularidad*" de la privación de libertad exige no sólo que sea conforme a la norma procesal, sino también a la material. La CIDH, en la SCIDH, Asunto "Gangaram Panday", de 21 de enero de 1994, párr. 47, insiste en este punto, al decir "(...) *nadie puede ser privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)...*". Ello importa que los órganos supranacionales –como se anotó en la STEDH, Asunto "Müller", de 24 de mayo de 1988, párr. 32–, ponde-

---

(48) SCHLÜCHTER, Ellen: *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 65.

(49) SCHLÜCHTER: *Derecho procesal penal*, cit., p. 64.

rarán la legalidad de las medidas normativas adoptadas, la justificación del Estado al decretarlas, como también la necesidad específica en su concreta aplicación aun por órganos jurisdiccionales. No sólo se trata de que la ley determine con claridad los supuestos que habiliten una privación de libertad, sino que –como aclaró el TEDH: Asunto "Weeks", de 2 de marzo de 1987, párr. 42– es menester justificar su estricta conformidad al objetivo concreto perseguido mediante esa restricción; análisis general que no sólo es requerible en el momento inicial de la adopción de la medida sino que ha de subsistir durante todo el tiempo de su permanencia[50].

La privación de libertad no ha de ser *arbitraria*, concepto que es más amplio que detención ilegal, pues comprende supuestos de detención amparados en una ley, pero que contradicen el fin último de todo Estado: el reconocimiento y respeto de los Derechos Humanos. De conformidad, parcialmente, con lo establecido por el Comité de Derechos Humanos (Informe N° 44/79, párr. 17), una detención será arbitraria cuando se dicte "(...) *conforme a una ley cuya finalidad fundamental sea incompatible con el respeto del derecho del individuo a la libertad y la seguridad*"; no consideramos que sea arbitraria una detención dictada por motivos o conforme a procedimientos distintos a los prescritos por la ley, pues en ese caso –según la propia dicción de la frase– se tratará de una detención ilegal.

Cabe destacar, conjuntamente con O'DONNELL, quien se apoya en las decisiones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que las limitaciones a la libertad personal sólo son aquellas que prevé la ley, las mismas que se dictaron con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias del orden público y el bienestar general de una sociedad democrática, por lo que cualquier ley sobre detención o prisión que sea contraria a ese fin debe considerarse objetable desde el punto de vista de los arts. 9° y 29°, párr. 2, de la Declaración Universal[51].

Hoy en día existe un consenso básico en que el Estado tiene el deber social de combatir la delincuencia, de garantizar la seguridad ciudadana; a este propósito sirve el proceso penal. Desde esta perspectiva, ROXIN apunta lo siguiente: 1) Que para llevar a cabo el proceso penal son indispensables las *injerencias en la esfera individual*, tanto para asegurar el proceso de conocimiento como para asegurar la ejecución penal; 2) Que la privación de

---

[50] PEDRAZ PENALVA, Ernesto: *El derecho a la libertad y seguridad –art. 5° del CEDH–*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 98-101.

[51] O'DONNELL, Daniel: *Protección internacional de los Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988, p. 125.

libertad, entre la que destaca la prisión preventiva, es la injerencia más grave en la libertad individual, la cual –insiste– deviene indispensable en algunos casos para una administración de justicia penal eficiente; y, 3) Que el principio de proporcionalidad, de relevancia constitucional, permite configurar la privación de libertad a lo estrictamente necesario, articulando sus finalidades y presupuestos de modo tal que asegure el orden a través de la persecución penal y proteja la esfera de libertad del ciudadano(52).

III. LA DETENCIÓN IMPUTATIVA O PRELIMINAR

1. CONFIGURACIÓN JURÍDICA

Un primer supuesto de privación de libertad, por razones vinculadas a la persecución penal, es la denominada por MORENO CATENA "*detención imputativa*" y que, en nuestro país, las Leyes N° 27379 (art. 2°.1) y 27935 (art. 2°), denominaron "*detención preliminar*", que a su vez comprende la policial y la judicial. Se trata de toda privación de libertad deambulatoria de duración muy breve dispuesta por la autoridad judicial –que, entendida en sentido lato, comprende al Poder Judicial y a la Fiscalía (que en el Perú está excluida de dictarla) o la Policía en funciones de Policía Judicial–, en los casos previstos legalmente y que tiene como única finalidad asegurar la persona del presunto responsable de una infracción penal investigada. Su finalidad, en tanto se vincula a la comisión de un delito, consiste en poner al detenido a disposición de la autoridad judicial para que ésta acuerde respecto de él lo que estime procedente: no se dirige a asegurar ni la eventual ejecución de la pena, ni tampoco la presencia del imputado en la fase decisoria del proceso; se trata, por tanto, de una medida precautelar(53).

Sus notas características son las siguientes: a) tiene un carácter preventivo –en función del plazo y de su objeto–; b) constituye una situación de efectiva privación de libertad deambulatoria; y, c) es una verdadera medida provisional penal con funciones esencialmente cautelares, al basarse sobre la imputación de un delito, al imponerse únicamente al sujeto reputado responsable de la misma, y al estar preordenada en función de la incoación de un proceso penal para garantizar la futura aplicación del *ius puniendi*(54).

---

(52) ROXIN, Claus: *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 249, 257-258.

(53) BANACLOCHE PALAO, Julio: *La libertad personal y sus limitaciones*, McGraw Hill, Madrid, 1996, pp. 292-293.

(54) MORENO CATENA, Víctor (Dir.): *El proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Vol. II, p. 1559.

Cabe aclarar, desde el Derecho procesal penal, que hoy en día se entiende, a los efectos de la protección de los derechos humanos y de la garantía de los estándares mínimos previstos en los arts. 14° del PIDCP y 8° de la CADH –expresión que importa la existencia de mínimos que obligatoriamente deben regir en cualquier modelo de proceso penal–, que éstos rigen –como puntualiza TIEDEMANN– desde el inicio del proceso, con lo que se evita fraudes de ley y abusos; y que el "*inicio del proceso*" no depende de una resolución formal del juez o de la fiscalía, sino de la efectiva admisión de una investigación –incluyendo la propiamente policial– dirigida contra el sospechoso de haber cometido un delito[55]. Por ello es que el fenómeno de la privación de libertad con fines de punibilidad necesariamente comprende un análisis tanto de la *detención imputativa* o *preliminar* cuanto de la *prisión preventiva* –según la denominación utilizada por el PIDCP, art. 9°.3–.

La detención imputativa o preliminar debe estar prevista taxativamente en la ley –adoptarse en los casos previstos en la ley– y, como regla, se permite que pueda dictarla la Policía, en funciones de Policía Judicial, en tanto que en tal función actúa como órgano auxiliar de la justicia penal. Como enseña ARAGONESES MARTÍNEZ[56], la detención puede dictarse hasta en tres momentos:

1) *Con carácter previo a la incoación del proceso penal*, en cuyo caso –en palabras de FOSCHINI y DE LUCA– será *pre-procesal* y *pre-cautelar* y, como dice GIMENO SENDRA, será *provisionalísima* –es la más transitoria de las medidas cautelares personales– y *precautelar*, dado que será o no confirmada por la autoridad judicial al momento de decidir la incoación formal de la instrucción o, según los modelos, la prisión preventiva[57]. En este caso, la autoridad que detuvo –que en nuestro país sólo puede ser la Policía– practicará las diligencias más urgentes –propias de un brevísimo plazo permitido y bajo conducción fiscal, como señala el art. 1° de la Ley N° 27934–, a fin de que en su día el Juez decida la libertad o la prisión preventiva. Este tipo de detención presenta dos modalidades: la *detención preliminar policial* y *la detención preliminar judicial u ordenada*. La primera es practicada directamente por la policía sin que exista orden judicial que así se lo mande (art. 2°.24.f Const.), mientras que la segunda es la ejecutada por la Policía en

---

(55) TIEDEMANN, Klaus: "Trece tesis para un Derecho procesal moderno orientado en los Derechos Humanos", en su: *Derecho Penal y Constitución*, Palestra, Lima, 2003, p. 207.

(56) En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael; MUERZA ESPARZA, Julio; TOMÉ GARCÍA, José Antonio: *Derecho procesal penal*, 5ª ed., Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 2002, p. 392.

(57) GIMENO SENDRA: *El proceso de hábeas corpus*, cit., p. 28.

cumplimiento de una orden previa del juez (art. 2°.24.f Const., art. 2° Ley N° 27934 y art. 2°.1 Ley N° 27379).

2) *Durante la tramitación del proceso.* En este tipo de detención, una modalidad es la denominada por la doctrina *"detención judicial confirmatoria"*, que el CPP de 1940 denominó *"detención provisional"* (*vid.* derogados arts. 81°-84°), que se presenta cuando la dicta el Juez, estando ya el imputado bajo su disposición, a fin de decidir su situación procesal en un plazo predeterminado legalmente[58], en el cual se llevarán a cabo actos de investigación de urgencia imprescindibles para decidir su situación jurídica. Esta modalidad de detención, lamentablemente, fue eliminada de nuestro ordenamiento procesal por la Ley N° 24388, de 6 de diciembre de 1985. Otras modalidades serían, la *"detención por rebeldía penal"*, de quien ha sido citado para una diligencia y no asiste injustificadamente; y, la *"detención contra el testigo perjuro"* (*vid.* art. 257° CPP 1940).

3) *Concluido el proceso*, como serían los casos del condenado que fuga de un establecimiento penal o del condenado a pena privativa de libertad efectiva que se fuga cuando ésta es decretada. Este tipo de detención, en rigor, no sería precautelar, tampoco cautelar, sino ejecutiva; y, por tanto, es de excluirse de la noción de detención imputativa o preliminar.

Esta medida, dictada por razones de urgencia, requiere –en el caso de los supuestos 1) y 2)– de dos presupuestos puntuales: la imputación o *fumus delicti* –en palabras de GUARINELLO– y el *periculum libertatis* –en palabras de CORDERO–. La primera se traduce –como recuerda PEDRAZ PENALVA, siguiendo la jurisprudencia del TEDH (STEDH, Asunto "Fox, Campbell y Hartley", de 30 de agosto de 1990, párrs. 31 y 32; STEDH, Asunto "Brogan y otros", de 29 de noviembre de 1998, párr. 59)– en la presencia, en el caso concreto, de razones plausibles que permitan sospechar la comisión de un delito sancionable con pena privativa de libertad; que la plausibilidad de las sospechas, en tanto elemento esencial, connota la de hechos o informaciones suficientes (propias) para persuadir a un observador objetivo de que ese individuo concreto puede haber cometido una infracción, lo que dependerá del conjunto de circunstancias en cada caso[59].

El peligro de fuga o *periculum libertatis*, es el riesgo fundado de que el detenido no comparecerá ante el órgano jurisdiccional, para lo cual se ha de presumir que el implicado se sustraerá de la actividad de la justicia. Se trata de un baremo, cumplido el primer presupuesto, que otorga un margen de

---

[58] BANACLOCHE PALAO: *La libertad personal y sus limitaciones*, cit., p. 374.

[59] PEDRAZ PENALVA: *El derecho a la libertad y seguridad –art. 5° del CEDH–*, cit., pp. 112-113.

apreciación para acordar la detención, para lo cual –precisa GIMENO– es de tener en cuenta, de un lado, la especial gravedad del delito imputado y, por otro lado, de no tratarse de un delito grave, las circunstancias del hecho o de la personalidad del imputado, tales como sus antecedentes, ausencia de domicilio fijo, etc.[60]

Desde el punto de vista de la función que cumple, ORTELLS RAMOS nos dice que si se toma en consideración el plazo fijado –muy breve– y el tiempo necesario para realizar las averiguaciones sustanciales tendentes al esclarecimiento de los hechos, no se justifica que dicha medida sea un medio para posibilitar o facilitar esas averiguaciones, porque esa finalidad no se recoge en los presupuestos de la detención[61].

2. DETENCIÓN PRELIMINAR POLICIAL

El art. 2°.24.'f') de la Constitución autoriza la detención preliminar policial siempre que el afectado sea capturado en flagrante delito. La Constitución no reconoce a otra autoridad, fuera del Juez y de la Policía, que pueda ordenar la privación de la libertad de una persona, salvo –claro está– los supuestos de estado de excepción constitucional, en que la privación de la libertad puede provenir de autoridades políticas encargadas del control del orden público (art. 137° Const.). Por consiguiente, las detenciones masivas producidas en las denominadas "órdenes de operaciones", sin tener como base una imputación delictiva o la declaración de un régimen de excepción, son absolutamente arbitrarias conforme lo ha declarado el Tribunal Constitucional[62].

La autorización de detención, una vez ejecutada, según la doctrina del Tribunal Constitucional, debe ser puesta en conocimiento del Fiscal respectivo y del Juez Penal correspondiente, para que, en su caso, procedan de acuerdo a su competencia. Con ello, enfatiza el Tribunal Constitucional, se evita el secreto de las detenciones y la posible incomunicación del detenido, que en cuanto a tiempo y forma debe estar previamente previsto en la ley[63]. Es de aclarar que la comunicación conjunta al Fiscal y al Juez sólo se exige

---

(60) GIMENO SENDRA, Vicente; GARBERÍ LLOBREGAT, José; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido: *Los procesos penales*, Bosch, Barcelona, 2000, T. 4, pp. 77-78.

(61) ORTELLS RAMOS, en: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1991, cit. T. III *(Proceso penal)*, p. 445.

(62) STC, Exp. N° 1045-99-HC/TC, 9 de diciembre de 1999 (*El Peruano*, Lima, 16 de marzo de 2000, pp. 2801-2802).

(63) STC, Exp. N° 992-96-HC/TC, Asunto "Epifanio Pérez Tapia", de 17 de junio de 1998 (*El Peruano*, Lima, 24 de setiembre de 1998, pp. 1202-1203).

en los casos de terrorismo, tráfico de drogas y espionaje, según lo prevé expresamente el último párrafo del art. 2°.24.'f') de la Constitución, y que toda detención policial debe ser comunicada al Fiscal dentro de las 24 horas, tal como lo dispone el art. 10° de la LOMP.

La flagrancia delictiva, como apunta GARBERÍ LLOBREGAT, es una de las formas en que puede manifestarse exteriormente el delito, y en tal sentido el *delito flagrante* se contrapone al *delito clandestino*(64). La Constitución no define la flagrancia delictiva. Es un concepto, sin duda alguna, dejado al legislador ordinario, aunque su regulación no puede desconocer su contenido esencial(65). Inicialmente el art. 81°.1 CPP 1940 –derogado por una nueva configuración de la detención– incorporó una definición de flagrancia muy estricta, pues sólo se refirió a dos supuestos: ser sorprendido y capturado en el acto de la perpetración del delito, y ser visto en esas circunstancias y huir, siendo capturado en el transcurso de la persecución inmediata, noción que en una ocasión fue invocada por la Corte Suprema en la Ejecutoria recaída en el Asunto "Larriega Huamán", de 17 de febrero de 1984(66).

El art. 4° de la Ley N° 27934, siguiendo el modelo del art. 106°.8, segundo párrafo, del CPP 1991, contiene una definición más amplia de la flagrancia, al incorporar como tercer supuesto la "*cuasi flagrancia*", esto es, cuando el autor es sorprendido con objetos o huellas que revelan que viene de ejecutar un delito; modalidad que si bien en una ocasión no fue aceptada por el Tribunal Constitucional(67), constituye un supuesto lógico y razonable de limitación legítima a la libertad personal.

---

(64) GARBERÍ LLOBREGAT, José: "La flagrancia habilitadora de la entrada y registro", en: *Colex*, N° 8, noviembre-diciembre, Madrid, 1993, pp. 97-98.

(65) Etimológicamente, el adjetivo *flagrante* deriva del latín *flagrans-flagrantis*, participio presente del verbo *flagro*, que significa quemar o arder, y por lo tanto *flagrante* es propiamente lo que está ardiendo, en el sentido de aquello que se presente a la percepción sensorial de modo inequívoco (RODRÍGUEZ SOL, Luis: *Registro domiciliario y prueba ilícita*, Comares, Granada, 1998, pp. 110-111).

(66) Exp. N° 318-84. Lima (Inédita).

(67) STC, Exp. N° 1318-2000-HC/TC, Asunto "Cornelio Lino Flores", de 19 de enero de 2001 (*El Peruano*, 13 de abril de 2001, pp. 4003-4004). Por lo demás, tan limitada concepción no ha sido repetida por el Tribunal Constitucional –siendo de señalar al respecto una concepción muy amplia que el Alto Tribunal utilizó en la STC, Exp. N° 357-98-HC/TC, 23 de octubre de 1998 (*El Peruano*, Lima, 13 de diciembre de 1998, p. 1465)–. La doctrina nacional es opuesta a semejante concepción restrictiva (cfr.: ORÉ GUARDIA, Arsenio: *Manual de Derecho procesal penal*, 2ª ed., Alternativas, Lima, 1999, pp. 345-347), al igual que el derecho comparado (por todos: art. 236° CPP de Costa Rica de 1996) y, por ejemplo, la jurisprudencia española (STCE 341/1993, de 18 de noviembre).

Lo esencial de la institución analizada estriba, explican RIFÁ SOLER y VALLS GOMBÁU, en que está necesariamente vinculada con aquellas situaciones fácticas en las que queda excusada la autorización judicial, precisamente, porque la comisión del delito se percibe con evidencia y exige de manera inexcusable una inmediata intervención para evitar: la consumación del delito que se está cometiendo, el agotamiento del ya cometido; o la fuga o desaparición del delincuente o de los efectos del delito [68]. Desde esta perspectiva, con ARAGONESES MARTÍNEZ, es de postular que la flagrancia presenta tres requisitos insustituibles: 1) *inmediatez temporal*, que el delito se esté cometiendo o que haya sido cometido instantes antes; 2) *inmediatez personal*, 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 evidente de su participación en el hecho; y, 3) *necesidad urgente*, que determina la intervención imperiosa de la policía con el doble fin de poner término a la situación existente impidiendo en todo caso la posible propagación del mal que la infracción acarrea, y de conseguir la detención del autor de los hechos[69].

La flagrancia delictiva se exige para toda modalidad delictiva, incluidos los denominados "delitos exceptuados": tráfico ilícito de drogas, terrorismo y espionaje, tal como claramente ha sido sancionado por el Tribunal Constitucional en los Asuntos "Francisca Acosta Agüero" y "Manuel Santiago Solari Margan y otros"[70].

La detención preliminar policial tiene un plazo de 24 horas –modelo que se inició con la Constitución de 1856– o en el término de la distancia. El denominado "término de la distancia" está en función a la lejanía del lugar de la detención con respecto a la sede judicial, y se añade al término de 24 horas. Corresponde al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial la elaboración del Cuadro de Término de la Distancia, con arreglo al art. 82°.7 del TUO de la LOPJ.

Este plazo se extiende hasta 15 días –en el que ya no rige el término de la distancia– en tres delitos: tráfico ilícito de drogas, terrorismo y espiona-

---

[68] RIFÁ SOLER, José María y VALLS GOMBÁU, José Francisco: *Derecho procesal penal*, Iurgiun Editor, Madrid, 2000, p. 206.

[69] DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 2002, cit., pp. 366-367.

[70] STC, Exp. N° 1004-98-HC/TC, de 2 de julio de 1998 (*El Peruano*, Lima, 23 de setiembre de 1998); STC, Exp. N° 596-98-HC/TC, de 18 de junio de 1998. Otras decisiones son: STC, Exp. N° 468-98-HC/TC, Asunto "Ricardo Quintanilla Cárdenas" (*El Peruano*, Lima, de 22 de julio de 1999, pp. 1889-1890); STC, Exp. N° 185-95-HC/TC, Asunto "Andrés Justiniano Tacca Hancco y otros", de 7 de mayo de 1998 (*El Peruano*, Lima 13 de agosto de 1998, pp. 1007-1008); STC, Exp. N° 1107-99-HC/TC, Asunto "Silvestre Uscamayta Estofanero", de 1 de diciembre de 1999 (*El Peruano*, 26 de julio de 2000, pp. 3263-3264); y, STC, Exp. N° 121-2000-HC/TC, Asunto "Gerardo Joaquín Rodrigo Mamani", 7 de abril de 2000 (*El Peruano*, Lima, de 20 de julio de 2000, pp. 3237-3238).

je, amplitud que se inició con la Constitución de 1979 y, antes, con la Ley de Represión del Tráfico Ilícito de Drogas, Decreto Ley N° 22095, de 21 de febrero de 1978. En este caso, la Constitución incorpora dos garantías adicionales: 1) que la medida sea comunicada inmediatamente al Fiscal y al Juez, y 2) que el juez puede asumir jurisdicción antes de vencido ese término, norma última que hasta la fecha no ha sido desarrollada por la legislación vigente, aunque el CPP de 1991, en sus arts. 108° y 109°, desarrolló el poder de control del Fiscal cuando la Policía comunica la detención de una persona y las atribuciones judiciales en los delitos en cuestión para la decisión de "asumir jurisdicción" en el caso.

En cuanto a la lógica del plazo de detención es de tener en cuenta que su lógica, por mor del principio de proporcionalidad, debe concebirse como aquél estrictamente necesario para el esclarecimiento de los hechos. Enseña GIMENO SENDRA, que por *esclarecimiento de los hechos* "...no cabe entender la realización de la totalidad de los actos de investigación, que constituyen la función de la fase instructora [...]. Por dicho concepto hay que entender la práctica de aquellos actos de investigación, propios de las diligencias policiales que [...] son exclusivamente estos dos: el *reconocimiento de identidad* y la *declaración del detenido* [...]. Recientemente el Tribunal Constitucional (STC N° 224/1998) ha podido afirmar que ese tiempo actúa como límite máximo absoluto y no impide que puedan calificarse como privaciones de libertad ilegales, en cuanto indebidamente prolongadas o mantenidas, aquellas que, aun sin rebasar el indicado límite máximo, sobrepasen el tiempo indispensable para realizar las oportunas pesquisas dirigidas al esclarecimiento del hecho delictivo que se imputa al detenido, pues en tal caso se operá una restricción del derecho fundamental a la libertad personal, que la norma constitucional no consiente. A tal efecto deberán tener en cuenta, como han establecido las SSTC 31/1996 y 86/1996, las circunstancias del caso y, en especial, el fin perseguido por la medida de privación de libertad, la actividad de las autoridades implicadas y el comportamiento del afectado por la medida"[71].

La imputación, como eje esencial del *fumus delicti*, no es el único presupuesto material de la detención preliminar policial. Aun cuando no lo explicita la Constitución, siguiendo a GIMENO SENDRA, *el peligro de fuga* constituye el segundo y necesario presupuesto material, en cuya virtud es de presumir que el presunto implicado se sustraerá de la actividad de la justicia. Para apreciar este peligro, enfatiza GIMENO SENDRA, habrá de tener en cuenta, de un lado, la especial gravedad del delito imputado –de

---

[71] GIMENO SENDRA *et al.*: *Los procesos penales*, cit., T. 4, p. 79.

hecho la detención está proscrita en las simples faltas, pues de ellas se deduce un mínimo peligro de fuga– y, de otro lado, que sin tenerla, pueda el policía advertir el peligro de fuga, de las circunstancias del hecho o de la personalidad del imputado (v. gr.: antecedentes, ausencia de domicilio fijo, etc.)[72]. Según ARANGÜENA FANEGO, este peligro, el peligro de retraso (*periculum in mora*), adopta en el proceso penal en relación con las medidas personales la denominación más adecuada de *periculum libertatis*, el cual es el fundamento mismo de las medidas en cuestión, pues tratándose de medidas preprocesales (en rigor, precautelares) están orientadas a la futura actuación del *ius puniendi*, y persiguen que el procedimiento de ejecución no se frustre[73]. Acota ORTELLS RAMOS que el citado presupuesto se configura como un peligro de no comparecencia ante el órgano jurisdiccional, medida que no se justifica si se la utiliza como un medio para posibilitar o facilitar las averiguaciones, dado que tal finalidad no está recogida en los presupuestos de la detención[74].

Finalmente, la detención preliminar policial genera para la persona que se ve privada de libertad determinadas garantías en forma de derechos que pretenden asegurar el desarrollo del proceso penal conforme a los principios del Estado de Derecho. El art. 1°.8 de la Ley N° 27934 reconoce seis derechos al detenido: presunción de inocencia, respeto de su integridad física y síquica, examen por un médico legista o quien haga sus veces, asistencia letrada, información de las razones de su detención (involucra hechos concretos que motivaron la detención, fundamentación jurídica de la imputación y deber de información jurídica de sus derechos), y comunicación con su familia, abogado u otra persona de su elección.

3. LA DETENCIÓN PRELIMINAR JUDICIAL

Es una modalidad de detención preliminar recientemente incorporada en el ordenamiento procesal. De modo general u ordinario está prevista en el art. 2° de la Ley N° 27934 y, extraordinariamente, para determinados delitos, está contemplada, en el art. 2°.1 de la Ley N° 27379.

---

(72) GIMENO SENDRA *et al.*: *Los procesos penales*, cit., T. 4, pp. 77-78.

(73) ARANGÜENA FANEGO, Coral: "La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en materia de malos tratos; especial referencia a las nuevas medidas cautelares del art. 544° bis", en: *La Ley. Actualidad Penal*, XI, Madrid, 2000, p. 252.

(74) MONTERO AROCA, *et al: Derecho Jurisdiccional*, ed. 1991, cit., T. III (*Proceso penal*), p. 445.

A. Detención preliminar judicial ordinaria

Los arts. 2° y 3° de la Ley N° 27934 regulan el régimen jurídico de esta modalidad de detención preliminar judicial. Se dictan, en primer lugar, en casos de urgencia y peligro en la demora, cuando no existe flagrancia delictiva; en segundo lugar, antes del inicio formal de la investigación, esto es, de la instrucción judicial; en tercer lugar, la solicita el Fiscal al Juez Penal; en cuarto lugar, el Juez Penal cursa al efecto un mandato escrito y motivado; y, en quinto lugar, el plazo de detención no debe superar las 24 horas. La ejecución de la medida, como es obvio, corresponde a la Policía Nacional, la cual inclusive puede cursarse, mediando circunstancias extraordinarias, por correo electrónico, facsímil, teléfono u otro medio de comunicación válido "...que garantice la veracidad del mandato judicial".

Una nota característica común –o, dicho con mayor precisión, presupuesto material– de toda medida de detención preliminar judicial tiene que ver con los requisitos de urgencia y peligro en la demora, traducido este último en el *periculum libertatis*. La *urgencia* significa la obligación apremiante, en atención a las circunstancias del hecho y necesidades de la investigación iniciada o por iniciarse, de limitar el derecho a la libertad personal para asegurar a la persona del imputado, pues de otro modo se imposibilitará su aseguramiento y, con ello, se perjudicará su puesta a disposición judicial. El *periculum libertatis*, bajo ese mismo objeto, traduce la necesidad de privar de la libertad a un imputado dado que, si no se hace, existe una sospecha fundada de que hará mal uso de su libertad, alejándose del lugar de los hechos y ocultándose de la autoridad, frustrando de ese modo su puesta a disposición judicial.

La detención analizada procede, objetivamente, en todo supuesto delictivo, siempre que no se dé flagrancia delictiva, en cuyo caso no sería necesaria esta modalidad de detención; y, naturalmente, antes que se inicie la instrucción judicial, esto es, durante el curso de la investigación preliminar. Constitucionalmente, se requiere cumplir con el principio de *intervención indiciaria*, que en este caso, como ya se anotó, se traduce en la noción de "razones plausibles que permitan sospechar la comisión de un delito"; asimismo, debe estar vigente el *principio de proporcionalidad*, en cuya virtud debe tratarse de un delito de determinada entidad, sancionable en todo caso con pena privativa de libertad superior a los dos años, en tanto que esa cuantía puede dar lugar a una exención de pena (art. 68° CP) o a su conversión (art. 52° CP) y, en sí misma, no importa un riesgo de privación efectiva de la libertad.

El sujeto activo de la medida sólo puede ser el Juez Penal, quien debe acordarla previa solicitud motivada del Fiscal. El Juez, necesariamente, será

el que en su día deba conocer de la causa. La motivación fiscal está en función de los recaudos con que cuente, los mismos que debe acompañarlos al Juez para su decisión mediante resolución fundada. El principio de proporcionalidad permite, a su vez, que el Juez pueda dictar una medida personal distinta o menos intensa, esto es, alguna de las restricciones previstas en el art. 143° del CPP 1991, si es que no concurren los presupuestos que justifican la detención.

La resolución de detención debe dictarse de inmediato y sin necesidad de trámite alguno; el Juez debe resolver la petición fiscal, otorgando –total o parcialmente– la medida o denegándola. La Ley no precisa si esa resolución es apelable, pero entendemos que es posible hacerlo, aunque es de evaluar si por la urgencia de su expedición la impugnación devendría en abstracta y, por tanto, inoficiosa al fin perseguido.

El mandamiento de detención debe ser ejecutado por la Policía. La vía regular de comunicación de la medida es mediante oficio; empero, si las exigencias propias de la urgencia y necesidad de la medida así lo recomiendan, puede comunicarse vía correo electrónico, facsímil, teléfono y u otro medio técnico seguro.

B. Detención preliminar judicial extraordinaria

La Ley N° 27379, de 21 de diciembre de 2000, anticipándose al modelo ordinario de detención preliminar judicial ya previsto en el CPP 1991 y recién incorporado –dos años más tarde– por la Ley N° 27934, previó para determinados delitos y supuestos delictivos concretos la denominada "*detención preliminar judicial extraordinaria*". Sus notas características son las siguientes:

1. Sólo se aplica, de conformidad con el art. 1° de la citada Ley, en tres casos: a) delitos perpetrados por una pluralidad de personas o por organizaciones criminales, siempre que en su realización se hayan utilizado recursos públicos o hayan intervenido funcionarios o servidores públicos o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de éstos; b) delitos de peligro común (arts. 279°, 279°-A y 279°-B CP), contra la Administración Pública (Capítulo II del Título XVIII del Libro II del CP), delitos agravados (Decreto Legislativo N° 896), delitos aduaneros (Ley N° 28008), y delitos tributarios (Decreto Legislativo N° 813), siempre que –en todos esos delitos– intervengan una pluralidad de personas o que el agente integre una organización criminal; y, c) delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas (art. 296°-A del CP, luego de la modificación efectuada por la Ley N° 28002 de 17 de junio de 2003), contra la Humanidad (Capítulos I, II y III del Título XIV-A del Libro II del CP), y delitos contra el Estado y la Defensa Nacional (Capítulos I y II del Título XV del Libro II del CP).

2. El Presupuesto material general de esta medida, como de todas las previstas por la ley, es que se presente una situación de estricta necesidad y urgencia. Como ya se anotó, la *necesidad* exige que la detención sólo se imponga cuando resulte indispensable privar de la libertad personal al imputado para evitar el peligro de fuga, sin cuya ejecución el objetivo de aseguramiento se puede frustrar. La *urgencia* –en cierto sentido un sinónimo de la *necesidad*– denota la obligación apremiante, en atención a las circunstancias de la causa, de privar de la libertad personal para asegurar al imputado. Ambos integran el *periculum libertatis* o exigencia cautelar.

3. Desde el punto de vista singular de los concretos presupuestos materiales, se requiere que existan "(...) *elementos de convicción suficientes para estimar razonablemente que se ha cometido uno de los delitos previstos en el artículo 1° de la presente Ley, que la persona contra quien se dicta ha intervenido en su comisión y que se dará a la fuga u obstaculizará la actividad probatoria*". En cuanto al primer presupuesto, el *fumus delicti*, debe entenderse, como en todas las modalidades de detención, que lo que debe existir en autos es "sospechas plausibles de comisión de un delito por el imputado"; según el TEDH (STEDH, Asunto "Fox, Campbell y Hartley", de 30 de agosto de 1990), ello "(...) presupone la de hechos y la de datos adecuados para persuadir a un observador objetivo de que el individuo en cuestión pueda haber cometido la infracción de que se trata. Lo que pueda considerarse plausible depende, sin embargo, del conjunto de las circunstancias concurrentes". Adicionalmente, se requiere el cumplimiento del *periculum libertatis*, traducido en el peligro de fuga (función típicamente cautelar), o el peligro de obstaculización de la actividad probatoria (función de aseguramiento de la prueba, no necesariamente cautelar). Ello puede deducirse de la gravedad del hecho, de las características de la infracción y de las calidades personales del implicado.

4. Una vez dictado el auto de detención, mediante resolución motivada en función a una petición razonada del Fiscal Provincial sobre la base de recaudos que debe adjuntar, siempre y cuando se cumplan los presupuestos materiales arriba indicados, y cursada la orden correspondiente, la ejecución corresponde a la Policía Nacional. Capturado el imputado, se le pondrá a disposición de la Fiscalía que requirió el mandato judicial. El Fiscal comunicará por escrito al reo las causas y razones de su detención. Acto seguido, le tomará su declaración, siempre que sea posible hacerlo en un plazo no superior a 24 horas, dado que puede ocurrir –entre otras posibilidades– que el reo decida no declarar, que no pueda contar con un abogado de confianza o no sea posible que se le nombre uno de oficio o que lo acepte. Finalmente, dentro del citado plazo de 24 horas, el Fiscal debe poner al detenido a disposición del Juez que dictó la medida, con todas las evidencias, actas y diligencias realizadas en ese brevísimo plazo.

5. El Juez, inmediatamente, realizará una *audiencia de examen de la detención*, con presencia del detenido, su abogado y el Fiscal. Esta diligencia, por tanto, tiene un carácter privado, no público, con exclusión de toda persona distinta de las autorizadas por la Ley. Esta diligencia judicial está destinada de modo obligatorio a verificar la identidad del reo y garantizar el ejercicio de sus derechos, y adicionalmente a examinar y resolver las incidentes que se planteen en su desarrollo. El Juez, desde esa perspectiva, está autorizado a: 1) liberar al detenido si no es la persona contra quien se dictó la detención o cuando –como consecuencia de nuevas evidencias– se enerva el *fumus delicti* o el *periculum in mora*; 2) modificar la detención por otra medida menos intensa (art. 143° CPP 1991), según el tenor de los indicios presentados en orden a la atribución del hecho punible y al peligrosismo procesal; o, 3) ratificar la detención, si los nuevos indicios no enervan el mandato dictado anteriormente (no se puede cambiar de decisión con una nueva valoración realizada sobre la base exclusiva del material analizado al dictar la medida).

6. La detención no es definitiva, no causa estado. Está sometida, como toda medida provisional, a la regla del *rebus sic stantibus*, por lo que, previa *audiencia de reexamen de la detención*, el Juez puede variarla si decaen los presupuestos materiales que en su día justificaron su imposición, sea imponiendo una medida alternativa (*vid.* art. 143° CPP 1991), o al levantarla convirtiéndola en comparecencia simple o de mera citación cautelar.

7. Esta medida se lleva a cabo en un establecimiento policial. Su ejecución es de responsabilidad del Ministerio Público. Por ende, corresponde al Juez decidir el local policial de detención preliminar y todo cambio debe ser autorizado por él.

8. El control de la detención está reservado al Juez. Se producirá una *audiencia de control de la detención* cuando el detenido alegue una afectación del derecho de defensa o irregularidades, obviamente graves y trascendentes, durante la investigación preliminar. Si el Juez las estima fundadas –en tanto lesionan gravemente la posición jurídica del detenido y distorsionan el objetivo investigatorio, a cuya efectividad se dictó la privación de la libertad– ordenará: a) se comunique al superior del Fiscal las irregularidades advertidas; b) se concluya la investigación preliminar; o, c) que el Fiscal en el término de 24 horas decida la promoción de la acción penal o el archivo de las actuaciones.

9. Las decisiones que se dicten tras las audiencias de reexamen o de control de la detención, tanto aquellas que modifican la detención cuanto las que dan por concluidas las investigaciones preliminares son inimpugnables; *contrario sensu*, las que desestimen el pedido del detenido, pueden ser impugnadas (el plazo para hacerlo, según lo dispuesto en el art. 376° CPC, es de tres días).

10. La detención está sometida a un plazo improrrogable. No puede durar más de quince días. Dentro de ese límite, que será fijado por el Juez al dictar la medida, el Fiscal debe culminar la investigación preliminar, sea realizada directamente, o conducida por él con auxilio de la Policía. A su vencimiento, y en tanto no exista una resolución judicial contraria, la detención decaerá de pleno derecho y el detenido recuperará su libertad.

IV. LA PRISIÓN PREVENTIVA

1. CONCEPTO Y SUJETOS ACTIVOS HABILITADOS

A. Análisis interno de la prisión preventiva y fundamento constitucional

Esta medida personal está debidamente regulada en los arts. 135° y siguientes del CPP 1991. Si bien la norma, siguiendo el precedente del Código de 1940, la denominó simplemente detención (el citado Código la llamó *"detención definitiva"*, pues estableció como medida previa la *"detención provisional"*, institución indebidamente eliminada por la reforma operada por la Ley N° 24388), lo correcto es –diferenciándola de la *detención imputativa* en todas sus modalidades– llamarla *"prisión preventiva"*[75] siguiendo la nomenclatura establecida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ex art. 9°.3 PIDCP). Según el art. 77° del CPP de 1940 la oportunidad en que debe dictarse es al momento de expedir el auto de apertura de instrucción. Como es obvio, quien la dicta es el Juez Penal.

La *prisión preventiva*, acudiendo a MILANS DEL BOSCH, puede definirse como la privación de libertad mediante encarcelamiento, ordenada por la autoridad judicial, de un imputado incurso en unas diligencias judiciales por delito, antes de que se haya dictado un fallo condenatorio que contenga una pena privativa de libertad, siempre que el mismo no tenga el carácter de firme, adoptada de conformidad a los presupuestos recogidos en la ley[76]. Esta privación de libertad, como apunta GIMENO SENDRA, tiene un carácter provisional y ser de una duración limitada, debiendo estar relacionada con un delito de especial gravedad[77].

---

(75) El Tribunal Constitucional, en varias sentencias, la denomina *"detención judicial preventiva"* (por todas, STC, Exp. N° 1091-2002-HC/TC, Asunto "Vicente Ignacio Silva Checa", de 12 de agosto de 2002 [*Jurisprudencia Constitucional*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2002, T. I, pp. 395-410]). Esta denominación es equivocada pues confunde los diferentes tipos de privación de libertad durante el proceso penal, esencialmente entre la detención preliminar judicial y la prisión preventiva propiamente dicha.

(76) MILANS DEL BOSCH Y JORDAN DE URRIES, Santiago: "Aspectos sustantivos de la prisión preventiva", en: *La Ley*, Año XVII, N° 4047, 30 de mayo, Madrid, 1996, p. 1.

(77) GIMENO SENDRA *et al.*: *Los procesos penales*, cit., T. 4, p. 126.

Amén de lo expuesto, es preciso, siguiendo a Odone SANGUINÉ, está justificada por el principio constitucional de necesidad de actuación de los Poderes Públicos, consistente en el binomio integrado por la existencia simultánea de dos componentes: 1) El componente fáctico, representado por una situación de hecho que pone en peligro el fin esencial de la comunidad; y, 2) el componente jurídico se concretiza en el principio de justificación teleológica, que delinea y limita el primer elemento, y consiste en la existencia de fines constitucionalmente legitimadores de la prisión preventiva, y que en este caso es el deber estatal específico de perseguir eficazmente el delito en el ámbito del proceso penal. Los abusos, agrega el autor, se evitan con la exigencia del principio de proporcionalidad, pues la eficacia en la persecución del delito no puede imponerse a costa de los derechos y libertades fundamentales; y, a su vez, el estricto cumplimiento de los fines de la medida, dirigidos a asegurar la presencia del imputado para garantizar la actuación de la pena en el proceso de ejecución, tiene como sostén el derecho a la tutela jurisdiccional[78].

B. Aspectos problemáticos de la CADH

Un punto problemático planteado por la Convención Americana de Derechos Humanos consiste en que cuando en el art. 7°.5, al determinar que la detención importa la puesta del detenido a disposición judicial, lo que presupone la existencia de un proceso penal, entendido en sentido amplio, estatuye que quien decida la puesta en libertad o, como es obvio, la prisión preventiva, debe ser "*...un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales...*". Ello podría significar –en principio y en una perspectiva estrictamente gramatical, visto inclusive que el inc. 6) de la CADH utiliza esta vez el vocablo "Juez o Tribunal competente"– que quien decida acerca de la detención no necesariamente debe ser un juez, titular de la potestad jurisdiccional.

Cabe acotar al respecto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el Asunto "Schiesser vs. Suiza" (STEDH, de 4 de diciembre de 1979, párrs. 29 y ss.), decidió por mayoría que el ejercicio de funciones judiciales no se limita necesariamente al acto de juzgar, y que muy bien pueden llevarla a cabo los Fiscales, en tanto se siga para su adopción un procedimiento de "carácter judicial". Agregó el TEDH: 1) que el magistrado en cuestión debe ofrecer garantías propias para ejercer funciones judiciales en orden a las garantías que merece el arrestado, siendo la primera la independencia hacia el ejecutivo y las partes (es de resaltar, empero, que en otros fallos consideró

---

(78) SANGUINÉ, Odone: *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; p. 72.

que la Fiscalía no tiene las calidades de "independencia e imparcialidad" necesarias para desempeñar esa función: Asuntos "Borgers vs. Bélgica", STEDH, de 30 de octubre de 1991, y "Brincat vs. Italia", STEDH, de 26 de noviembre de 1992); y, 2) que ese magistrado, desde el procedimiento, debe oír personalmente al individuo que comparece ante él para la decisión respectiva, y, desde la exigencia de fondo, debe analizar las razones que actúan en pro o en contra del arresto, su continuación o variación, esto es, proceder conforme a derecho. Este fallo, desde luego, es polémico, pues los magistrados RYSSDAL y EVRIGINIS, precisaron que, amén de la independencia de la Administración, ese órgano debe ser imparcial, lo que sólo cumple un juez, más aún si el Fiscal asume una función diferente e incompatible de la del juez, como es la acusación. Dice el último: "...La incompatibilidad del Fiscal es inherente al sistema en sí y anula las cualidades jurídicas y psicológicas de independencia, objetividad e imparcialidad del órgano considerado, cualidades éstas que tiene que poseer aquél a quien (la Convención) confía la suerte de una persona privada de su libertad"[79].

Más allá de la discusión en orden a si el Fiscal puede dictar prisión preventiva –nosotros nos inclinamos por una respuesta negativa, tanto más si la Constitución nacional claramente dispone que tal medida sólo puede dictarla un Juez Penal–, un dato esencial del fallo en cuestión estriba en destacar que la imposición de la prisión preventiva requiere un procedimiento contradictorio mínimo: 1) pedido del Fiscal, en tanto es el titular del ejercicio de la acción penal o de la acusación pública, con lo que se descarta una orden de oficio que vulneraría la imparcialidad judicial; y, 2) previa audiencia al imputado, para por lo menos darle oportunidad de contestar los términos del requerimiento fiscal. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA sustenta esta exigencia en la vigencia del principio acusatorio que veda actuaciones de oficio del Juez[80]. BANACLOCHE PALAO, en esa misma perspectiva, considera que se trata de una exigencia que el TEDH ha consolidado en el Asunto "Kampanis vs. Grecia" (STEDH, de 25 de octubre de 1989), en función

---

[79] Un cambio de giro, como anota Julio BANACLOCHE PALAO ("Los derechos a la libertad y a la seguridad y supuestos de detención en el Derecho español", en: *Seminario sobre Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Generalitat Valenciana, Valencia, 1998, p. 60), vino con la STEDH (Asunto "Huber vs. Suiza", de 23 de octubre de 1990), donde entendió que "la imparcialidad puede aparecer condicionada si se puede intervenir en el procedimiento penal ulterior en calidad de parte acusadora", posición reiterada en el Asunto "Brincat vs. Italia" (STEDH, de 26 de noviembre de 1992), donde no se admite que quien decide sobre la situación personal del detenido sea el mismo sujeto que después va a sostener la acusación.

[80] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Instituciones de Derecho procesal penal*, Akal/Iuri, Madrid, 1999, p. 227.

del respeto a la igualdad de armas y la participación del interesado en todos los procedimientos en los que se trate de una posible privación de libertad, exigencia que debe mantenerse cuando se trata de controlarla periódicamente o de mantenerla, y que debe ser tramitada con celeridad (STEDH, Asunto "Bezicheri", de 25 de octubre de 1989)[81].

Por otro lado, analizando la medida en sí misma desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, siempre es de tener en consideración, en tanto la prisión preventiva es la limitación más gravosa, según explica BARONA VILAR, una necesaria ponderación de los intereses en juego, que son el derecho a la libertad de todo ciudadano y a su presunción de inocencia, y el derecho de la sociedad a mantener el orden y la seguridad para la convivencia pacífica, ponderación que requiere que toda privación de libertad debe: 1) estar predeterminada por ley; 2) encontrarse justificada en la ley el fin de la privación; y, 3) tener predeterminados legalmente los presupuestos, condiciones y elementos necesarios que deben concurrir para que pueda producirse la citada privación[82].

Por ello, un problema clave, en tanto la Convención Americana de Derechos Humanos no fija los motivos o presupuestos de legitimación de una prisión preventiva, estriba en desentrañar aquellas circunstancias razonables en función del hecho delictivo y de su presunto autor que autorizan la privación de libertad del imputado con anterioridad a una sentencia condenatoria, valoradas siempre en función de un fin que la ley estima digno de protección. Esto último trae a colación una decisión trascendente en orden a la naturaleza jurídica de la prisión preventiva, esto es, a las funciones que cumple en un proceso penal.

2. NATURALEZA Y FUNCIONES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

1. Una breve mirada al Derecho Internacional de los Derechos Humanos permite establecer lo siguiente: 1) Que el art. 9°.3 del PIDCP, luego de enfatizar que la prisión preventiva no debe ser la regla general, condiciona la libertad del imputado al aseguramiento procesal del mismo a los efectos de su asistencia al proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo; esto es, incorpora expresamente el denominado *"peligro de fuga"*. 2) Que el art. 5°.3, apartado c), de la CEDH autoriza la privación de libertad cuando existan indicios racionales de que el imputado ha cometido una infracción,

---

(81) BANACLOCHE PALAO: "Los derechos a la libertad y a la seguridad y supuestos de detención en el Derecho español", cit., p. 68.

(82) BARONA VILAR, Silvia: "Prisión provisional: 'sólo' una medida cautelar", en: *Actualidad Penal*, 2000, Madrid, pp. 894-895.

o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido; al respecto la Comisión Europea de Derechos Humanos (Caso "T" vs. España, Res. de 28 de junio de 1994) estableció como fines dignos de tutela los dirigidos a erradicar un peligro de fuga, la reiteración de hechos análogos por parte del imputado o, por último, la destrucción de pruebas; concepción que aceptó el TEDH en varias sentencias (*vid.* Asuntos "Matznetter", STEDH de 10 de noviembre de 1969; "Stogmuller", STEDH de 10 de noviembre de 1969; "Clooth", STEDH de 12 de diciembre de 1991; y "Wemhoff", STEDH de 27 de junio de 1968). 3) Que el art. 58°.1, b) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, igualmente, incorpora esta última concepción de los tres peligros: aseguramiento de la comparecencia del imputado, entorpecimiento de la actividad probatoria y reiteración delictiva. 4) En igual sentido se pronuncian los Principios aprobados por el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, al establecer en el párr. 2.b, lo siguiente: "Solo se ordenará la prisión preventiva cuando existan razones fundadas para creer que las personas de que se trata han participado en la comisión de un presunto delito y se tema que intentarán sustraerse o que cometerán otros delitos graves, o exista el peligro de que se entorpezca seriamente la administración de justicia si se las deja en libertad".

2. Estos datos son significativos a fin de desentrañar la naturaleza jurídica de la prisión preventiva. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresamente ha sostenido que la prisión preventiva es una medida cautelar. Señala al respecto: "De lo expuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues *la prisión preventiva es una medida cautelar*, no punitiva" (SCIDH, Asunto "Suárez Rosero", párr. 77, de 12 de noviembre de 1997). Esta construcción de la prisión preventiva, sin duda, ubica la institución dentro de la tutela cautelar, que –define ORTELLS RAMOS– está destinada a contrarrestar el riesgo de inefectividad de la tutela que pueda ser concedida en el proceso de declaración, mediante una afectación de la esfera jurídica del demandado adecuada y suficiente para producir aquel efecto, la cual, además, tiene como fundamento constitucional el derecho a la tutela judicial efectiva[83].

3. Algo pacífica es la discusión respecto de los presupuestos materiales de la prisión preventiva referidos a los *peligros de fuga* y de *entorpecimiento*. Se asegura por un sector de la doctrina procesalista que –por lo menos con

---

[83] ORTELLS RAMOS *et al.*: *Derecho procesal civil*, cit., pp. 974-975.

mayor intensidad el peligro de fuga– ambos peligros expresan la naturaleza cautelar de la institución. HASSEMER delimita exclusivamente los fines de la prisión preventiva a aquellos de aseguramiento del procedimiento y de la ejecución, porque la legitimación de la misma se deriva exclusivamente de tales intereses de aseguramiento(84).

El presupuesto de *impedimento de fuga*, dice ASENCIO MELLADO, se concreta en dos datos básicos, que son el aseguramiento de la presencia del imputado el proceso, fundamentalmente en el juicio oral, y sometimiento del inculpado a la ejecución de la presumible pena a imponer(85).

Al peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria GREVI lo denomina "cautela instrumental y de carácter específicamente procesal", en tanto se pretende con ella garantizar la fluidez del desarrollo del proceso, al mantener al reo a disposición del juez y evitar eventuales acciones orientadas a la destrucción o contaminación de las fuentes de prueba utilizables; mientras que al peligro de fuga lo denomina "cautela final", que descansa en el *periculum libertatis*, en tanto apunta a asegurar la efectividad de la decisión judicial de condena.

4. Ahora bien, la "*cautela instrumental*", como resulta evidente, no lo es en un sentido estrictamente coincidente con las medidas cautelares propias del proceso civil, dado que no asegura la efectividad de la futura sanción penal o de la reparación civil, "*... por lo que al ser una finalidad de menor entidad debe hacerse uso de ella de manera excepcional*"(86). Desde esta perspectiva, es posible considerar que ese fin de aseguramiento de la prueba no es cautelar, sino provisional –del cual el primero es sólo una de sus expresiones institucionales–, aunque es de resaltar su plena legitimidad(87). Sin embargo, otros como CHIAVARIO llegan a decir que el aseguramiento de pruebas es la función más ortodoxa que cumple la prisión preventiva, pues no están en discusión aspectos referentes a la culpabilidad del imputado en función de la gravedad del hecho atribuido, sino criterios relativos a la investigación en marcha y a la necesidad de asegurarla(88). En contra de esta última posición se pronuncia GIMENO, pues apunta que "*...por muy nobles*

---

(84) HASSEMER, Winfried: *Crítica al derecho penal de hoy*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 119.

(85) ASENCIO MELLADO: *La prisión provisional*, cit., p. 104.

(86) LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: *Proceso penal comentado*, Jurídica Continental, San José [Costa Rica], 1998, p. 541.

(87) MÁLAGA DIÉGUEZ: "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", cit., p. 124.

(88) CHIAVARIO, Mario (Coord.): *Commento al nuovo Codice di Procedure Penale*, UTET, Torino, 1990, Vol. III, pp. 44-51.

que pudieran ser las causas que, en la práctica forense, inducen a determinados jueces a acudir a este atípico motivo, en el proceso penal moderno 'no puede la verdad ser obtenida a cualquier precio', prohibición que naturalmente incluye la utilización de la prisión preventiva como arma arrojadiza contra el imputado para arrancarle una confesión de contenido determinado"[89]. El riesgo de este "*peligro*" –sin perjuicio de que sólo se presenta en el acopio de evidencias y, por tanto, por lo general no es en sí mismo permanente durante todo el curso del proceso, lo que obliga a su utilización excepcional– estriba en la fácil inducción a los instructores de propiciar a través de él el impulso de la investigación, y en la tentación de propiciar la obtención de pruebas de declaraciones de los inculpados.

5. Por otro lado, en el Derecho procesal existe una fuerte discusión en torno a la legitimidad del *peligro de reiteración delictiva*, cuya finalidad descansa en impedir, mediante la privación de libertad, que el imputado incurra en ulteriores delitos, que previsiblemente serían idénticos o análogos a aquel que ha provocado la iniciación del proceso, o bien que consume o amplíe los efectos del delito objeto de procesamiento.

Sabemos que en el Derecho europeo esta finalidad ha sido plenamente aceptada (no sólo en la CEDH, sino en las legislaciones alemana, italiana y portuguesa, y en la jurisprudencia española conforme a la STCE, Asunto "Sotos", de 26 de julio de 1995). Es más, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha justificado la prisión preventiva por el "riesgo de la comisión de nuevos delitos", aunque recomienda para dictarla por ese motivo que se centre en la gravedad del crimen, que el peligro de reiteración sea real, y que se tenga en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado (Informe 12/97, de 11 de marzo de 1997, párr. 32).

Empero, en tanto se califique de "*cautelar*" a la prisión preventiva, como lo ha hecho expresamente la CIDH en el Asunto "Suárez Rosero", tal medida privativa de la libertad deviene en inaceptable. En efecto, la función que cumple el *peligro de reiteración* no está destinada a asegurar las consecuencias jurídicas del delito a declararse en una sentencia condenatoria, ni entraña una exigencia de instrumentalidad al no supeditarse a un proceso principal que pretende asegurar, pues lo que busca es la evitación de un futuro e hipotético proceso posterior. Sin duda la función de este motivo es *tuitiva*, no cautelar; busca proteger a la sociedad y dar una respuesta inmediata a una legítima exigencia social de tranquilidad y seguridad, con lo cual –resalta BARONA VILAR– se erige en un instrumento de verificación de la política criminal

---

(89) GIMENO SENDRA *et al.*: *Los procesos penales*, cit., T. 4, p. 142.

del Estado, convirtiéndose, pues, en medio para obtener una determinada prevención especial[90].

Entre otros muchos, BARREIRO sostiene que la finalidad de reiteración delictiva está cimentada sobre el concepto de peligrosidad delictiva, de suerte que se encausa la prisión preventiva hacia los fines propios de la pena y de la medida de seguridad[91]. ASENCIO MELLADO agrega que esta finalidad se asienta en una presunción de culpabilidad al referirse a una prognosis de la comisión de nuevos delitos, lo que presupone entenderlo culpable y, es más, que el imputado seguirá delinquiendo[92]. DUCE y RIEGO reiteran que ese peligro no permite calificar de cautelar a la prisión preventiva, puesto que no es éste un objetivo del proceso, calificándola en este caso como una medida de seguridad dictada con objetivos de prevención especial lesiva de las garantías procesales[93].

En el sentido arriba indicado, pero con mayor énfasis crítico, FARALDO CABANA señala que con el peligro de reiteración delictiva se alude a una especie de juicio de peligrosidad similar al que se ha de realizar para determinar la necesidad o no de aplicación de las medidas de seguridad; que es un juicio de futuro que se centra en la probabilidad de que el sujeto que ya ha cometido un hecho previsto como delito vuelva a delinquir, pero en el caso de la prisión preventiva se ha de realizar cuando ni siquiera se ha probado que el imputado ya ha delinquido una vez; que el juicio de peligrosidad, en tanto que basado en un pronóstico de futuro, puede conducir a fórmulas que se limiten a presumir la peligrosidad por el mero dato de que un sujeto haya cometido un delito con anterioridad y haya sido condenado por ello, o existan indicios de que lo ha cometido; que por estos motivos este motivo ha sido objeto de numerosas críticas en los Ordenamientos que también lo contemplan, como el alemán o el italiano, pues se entiende que en realidad no se trata de una medida de aseguramiento del proceso sino de una medida de seguridad preventiva, esto es, predelictual en el sentido de que todavía no existe una condena ni se ha probado por tanto la culpabilidad, habiendo únicamente una mera sospecha no probada[94].

---

(90) BARONA VILAR, Silvia: *Prisión provisional y medidas alternativas*, Bosch, Barcelona, 1988, p. 26.

(91) BARREIRO, Jorge: *La prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, La Ley, Madrid, 1997, p. 4.

(92) ASENCIO MELLADO: *Los presupuestos de la prisión provisional*, cit., p. 112.

(93) DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián: *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2002, Vol. 1, p. 259.

(94) FARALDO CABANA, Patricia: "El Proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional", en: *Actualidad Penal*, Nº 25, semana de 16 al 22 de junio, Madrid, 2003, p. 4.

Por el contrario, MÁLAGA DIÉGUEZ acepta esta función, cuyo objetivo es la protección de las víctimas actuales y potenciales del encausado; y, acota que todas las finalidades de la prisión preventiva presuponen un juicio previo o intermedio de culpabilidad, y que en lo específico cumplen un fin constitucionalmente legítimo al destinarse a la protección de las víctimas, pues de lo contrario ninguna medida de protección, de las que ya existen en el proceso penal contemporáneo, sería justificable[95].

6. Sobre esta polémica, entiendo que más allá del principio de *intervención indiciaria* (exigencia de motivos fundados que preliminarmente acrediten la realidad de un delito y la vinculación a él, como autor o partícipe, del imputado), el punto de ruptura –que la hace inaceptable– se da con el principio de proporcionalidad –que, al igual que el otro principio, es en rigor una garantía implícita y transversal propia de un Estado de Derecho–. Si bien el "*peligro de reiteración delictiva*" no puede tener una naturaleza cautelar, en tanto que no está en función de garantizar la efectividad de la sentencia condenatoria, y más bien cumple una función preventiva de ulteriores delitos, a partir de una conducta previsible del imputado definida a partir de un conjunto de parámetros ya esbozados por la jurisprudencia internacional, la incoherencia se manifiesta específicamente desde la "*estricta proporcionalidad*", en tanto que la entidad de la libertad personal es de tal nivel superior que no puede dejarse de lado cuando se intenta proteger un interés, sin duda legítimo y de relevancia constitucional, como es la protección de las víctimas y la afirmación de la seguridad ciudadana, no sólo de contenido altamente probabilístico –que descansa sobre bases poco firmes acota LLOBET[96]– sino materialmente de jerarquía inferior, al punto que es posible articular opciones menos gravosas con resultados equivalentes. El interés en disputa podrá justificar afectaciones al derecho de libre tránsito, al derecho a las comunicaciones e, inclusive, a determinados derechos civiles, pero nunca al derecho a la libertad personal si es que entraña su limitación más intensa como es la detención o la prisión preventiva.

7. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el citado Informe 2/97 incorpora una cuarta función: *la preservación del orden público*. Señala que "*...en circunstancias muy excepcionales, la gravedad de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto período, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría generar. Cabe enfatizar que para que constituya una justificación legítima, dicha amenaza debe seguir siendo efectiva mientras*

---

[95] MÁLAGA DIÉGUEZ: "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", cit., p. 137.

[96] LLOBET RODRÍGUEZ: *Proceso penal comentado*, cit., p. 530.

dure la medida de restricción de la libertad del procesado". Esta argumentación, sin duda siguiendo determinados fallos del TEDH (Asuntos "Tomasi", de 27 de agosto de 1992, y "Letellier", de 26 de junio de 1991), no es convincente en tanto –siguiendo a ASENCIO– no sólo no atiende para su acuerdo a criterios vinculados a la persona imputada ni a sus circunstancias, sino a elementos externos a ella; además se identifica con la pena privativa de libertad en su función de prevención general[97], que son circunstancias por completo ajenas al imputado y su conducta procesal.

3. PRINCIPIOS Y MOTIVOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

1. La prisión preventiva, en cuando medida provisional que restringe severamente el derecho a la libertad personal, necesita sustentarse concurrentemente en dos grandes principios: *intervención indiciaria* y *proporcionalidad*. El primero –definido por MARTÍN MORALES– dice de las exigencias fácticas necesarias que permitan entender que existe fundamento para limitar el derecho fundamental[98], que traducido penalmente es sin lugar a dudas la *imputación*[99]. Ello da lugar, al *primer presupuesto* material de la medida, el *fumus delicti comissi* (expresión utilizada por GUARINELLO). Según ORTELLS, consta de dos reglas: la *primera*, referida a la constancia en la causa de la existencia de un hecho que presenta los caracteres de delito, referidos a sus aspectos objetivos, que debe ser mostrada por los actos de investigación, que en este caso deben ofrecer plena seguridad sobre su acaecimiento; y, la *segunda*, que está en función del juicio de imputación contra el inculpado, juicio que debe contener un elevadísimo índice de certidumbre y verosimilitud –o alto grado de probabilidad– acerca de su intervención en el delito[100]. No basta pues, como sería para el caso de la detención, la mera sospecha razonada, sino que –siguiendo a CHOCLÁN MONTALVO– una sospecha muy fundada, lo que

---

(97) ASENCIO MELLADO: *Los presupuestos de la prisión provisional*, cit., p. 117.

(98) MARTÍN MORALES, Ricardo (Coord.): *El principio constitucional de intervención indiciaria. Parte Primera: Teoría general*, Grupo Editorial Universitario, Madrid, 2000, pp. 10/23.

(99) Señala José María ASENCIO MELLADO ("Los derechos contemplados en el art. 98° del CEDH de fecha 4 de noviembre de 1950", en: *Seminario sobre Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Generalitat Valenciana, Valencia, 1998, p. 153) que el TEDH (Asunto "Klass", STEDH, de 6 de setiembre de 1978) ha establecido que la restricción de derechos en el ámbito de una investigación penal sólo resulta justificada frente a personas sobre las que recaigan indicios delictivos, esto es, se trate, en términos procesales, de imputados.

(100) MONTERO AROCA *et al: Derecho Jurisdiccional*, ed. 1997, cit., T. III (*Proceso penal*), pp. 455-456.

supone –en la línea propugnada por CALAMANDREI– un preventivo cálculo de probabilidades sobre el resultado de la futura resolución judicial principal[101].

La *intervención indiciaria*, traducida para la prisión preventiva, en el *fumus delicti comissi*, no equivale a una declaración de culpabilidad; es claro que en tanto no haya una sentencia firme condenatoria existe una presunción de inocencia, la cual no admite limitaciones, ni graduaciones: se es inocente mientras no se demuestre lo contrario en el juicio oral y se haya proferido sentencia firme condenatoria contra el acusado. Nos dice RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ que la razonada atribución del hecho punible al imputado o los *'motivos bastantes'* para creer responsable criminalmente del delito a una persona "(...) *no son suficientes para desvirtuar o limitar este principio* [mejor dicho, el derecho fundamental a la presunción de inocencia o estado de inocencia], *sino una exigencia para que la medida de prisión provisional tenga una sólida base. Por muy evidentes y suficientes que sean estos motivos, en ningún caso pueden sustituir, ni adelantar los resultados que, tras el juicio oral, se constaten en la sentencia condenatoria firme*"[102].

En esta misma línea LLOBET RODRÍGUEZ enfatiza lo siguiente: 1) Que, en principio, no existe incompatibilidad entre presunción de inocencia y sospecha suficiente de culpabilidad para dictar prisión preventiva, en tanto –como es doctrina germana mayoritaria– se asuma una *concepción normativa* de presunción de inocencia, esto es, como dice KRAUS, la pretensión punitiva surge con la sentencia condenatoria, y no proporcionalmente al paulatino convencimiento creciente de la autoría por parte del tribunal –como cree la teoría *psicológica*, que supone una relativización de la presunción de inocencia de acuerdo con el grado de sospecha–, de suerte que la posición jurídica del imputado como inocente no es perjudicada por la existencia de la sospecha de culpabilidad; 2) Que la exigencia de un grado de sospecha, como requisito necesario –aunque no suficiente– para la prisión preventiva, no representa una consecuencia de la presunción de inocencia –propia de la concepción psicológica–, sólo constituye un límite a una prisión preventiva que persiga el aseguramiento procesal, debido a que la afirmación del peligro de fuga o de obstaculización no es suficiente, necesitándose que además exista un determinado grado de sospecha; 3) Que, en verdad, como ha sido reconocido por el Tribunal Federal Constitucional alemán, la sospecha de culpabilidad es un punto de contacto imprescindible de todo proceso penal y, como tal, es una consecuencia del principio de proporcionalidad, de suerte que las valoraciones que han de realizarse en orden a la sospecha son indispensables

---

(101) CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: *Derecho Procesal Penal*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 266.

(102) RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo: *El procesamiento*, Comares, Granada, 1999, p. 61.

para la configuración de un proceso penal orientado en los principios de un Estado de Derecho (BverfGE 19, 342 –347/348–; BverfGE 82, 106 –115–); 4) Que el fundamento entre el principio de proporcionalidad y el grado de sospecha como requisito para dictar prisión preventiva radica –como apunta PAEFFGEN– en el interés persecutorio del Estado, el que se ve modificado con el grado de sospecha y que lleva a un aumento del deber del imputado de tolerar medidas coercitivas; vale decir, cuando la sospecha de culpabilidad se fortalece, aumenta el interés en la persecución, debido al aumento de la posibilidad de una futura sentencia condenatoria, lo que por cierto no implica una disminución de las garantías que se deducen de la presunción de inocencia[103]. Por tanto, lo que está en juego con la prisión preventiva, en orden al *fumus delicti comissi*, no es la presunción de inocencia –cuya exigencia en relación con las medidas coercitivas es que no persigan los fines de las penas (es de distinguirse en el ámbito de la ejecución el tratamiento entre presos preventivos y penados [BverfGE 19, 347]), ni que se transformen en una pena anticipada, lo que se erige en un límite a su configuración legal– sino el principio de intervención indiciaria, en tanto que hemos diferenciado este último principio del de proporcionalidad, que un sector mayoritario de la doctrina lo incluye en el principio de proporcionalidad.

2. El *principio de proporcionalidad* –sostiene PEDRAZ– no sólo exige que la limitación de la libertad personal persiga amparar intereses generales, sino que ésta sea adecuada y necesaria para alcanzar la finalidad de aseguramiento fijada en la ley, y a través de un medio idóneo[104]. Así las cosas, los motivos materiales de detención requieren tomar en consideración diversos planos. Es arbitraria la imposición de la prisión preventiva por el solo hecho de la naturaleza del delito imputado; a juicio de la CoIDH ello impondría un castigo anticipado, implicaría utilizar la prisión preventiva con fines distintos a su naturaleza y tendería a crear una excepción a la presunción de inocencia (Informe 2/97, párr. 51/52).

3. Cabe aclarar que desde este principio se articulan dos motivos concurrentes para la legitimidad de la privación de libertad: (1) *delito grave*; y, (2) *peligrosismo procesal*, que a su vez se expresan en varios peligros concretos, algunos de los cuales son muy polémicos, como se tuvo oportunidad de advertir. El primer motivo –en palabras de CHOCLÁN MONTALVO– explica que la prisión preventiva supone la restricción de un derecho fundamental de primera importancia, lo que en principio exige que el delito en cuestión lleve aparejada pena privativa de libertad, y dentro de esta clase de delitos debe limitarse a aquellos que estén amenazados con pena grave, sin que

---

(103) LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: *La prisión preventiva (límites constitucionales)*, UCI, San José [Costa Rica], 1997, pp. 187-206.

(104) PEDRAZ PENALVA, Ernesto: *Derecho Procesal Penal*, I, Colex, Madrid, 2000, p. 154.

pueda acordarse la medida en los llamados delitos bagatela[105]. Desde esta consideración, unida a la segunda que luego se precisará, se entenderá que el sacrificio que se impone a la libertad de la persona debe ser razonable en comparación con la importancia del fin de la medida.

4. El segundo motivo de prisión preventiva, enraizado en la proporcionalidad –que como sabemos es un canon de legitimidad de las restricciones de todo derecho fundamental– está vinculado a los peligros que se pretende conjurar con la medida, los cuales tienen como nexo común la consecución de una finalidad constitucionalmente legítima, que en el caso del proceso penal es asegurar la ejecución del fallo y, en menor medida, el normal desarrollo del proceso. Los peligros, debidamente desarrollados en sus elementos por ASENCIO MELLADO, son:

A. *Peligro de fuga*. Se reconducen a cinco elementos valorativos: 1) gravedad del delito; 2) naturaleza y caracteres del mismo; 3) circunstancias del delito, vinculadas a la individualización de la pena; 4) circunstancias del imputado –referidas a su personalidad, condiciones de vida, antecedentes–; y 5) conducta anterior y posterior al delito: moralidad, domicilio, profesión, recursos, relaciones familiares, lazos de todo orden con el país en el que es procesado, intolerancia ante la detención o contactos internacionales (STEDH, Asunto "B", de 28 de marzo de 1990, párr. 44; STEDH, Asunto "Letellier", de 27 de noviembre de 1991, párr. 43; STEDH, Asunto "Stögmuller", de 10 de noviembre de 1969, párr. 15; STEDH, Asunto "W", de 26 de enero de 1993, párr. 32) e incomparecencia del imputado al llamamiento judicial. El delito, en cuanto a la pena esperada, debe ser grave, pero como dice el TEDH (STEDH, Asunto "Neumeister", de 27 de junio de 1968, párr. 39), no basta ese solo dato, pues ha de complementarse con algunos de los elementos ya indicados.

B. *Peligro de entorpecimiento*. Se requiere que el peligro sea concreto y no abstracto (Informe CoIDH, 2/97, Párr. 33). El riesgo se ha de derivar de la realización por parte del imputado de conductas determinadas que revelen su intención de suprimir la prueba (STEDH, Asunto "Wemhoff", de 27 de junio de 1968, párr. 14). Si se trata de pruebas materiales, el imputado ha de tenerlas en su poder o deben estar a su disposición de forma indirecta a través de terceros vinculados. Si se trata de pruebas personales, el imputado debe tener una determinada capacidad razonable de influencia respecto de los testigos, peritos o coimputados (Cfr.: STEDH, Asunto "Tomasi", de 27 de agosto de 1992, párrs. 92/95; STEDH, Asunto "Kemmache", de 12 de diciembre de 1991, párrs. 46/47; STEDH, Asunto "Letellier", de 27 de noviembre de 1991, párrs. 37-38). A ello debe destacarse, como menciona

---

(105) CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO: *Derecho procesal penal*, cit., p. 266.

ASENCIO MELLADO, la naturaleza del delito, y el carácter y la posición del autor para obstruir la actividad probatoria[106].

C. *Peligro de reiteración delictiva*. Existen dos grandes grupos de criterios para acordar una prisión preventiva basada en este peligro, destinado a evitar una infracción concreta y determinada (STEDH, Asunto "Guzzardi", de 6 de noviembre de 1980, párr. 102): 1) criterios relativos al delito cometido y a las circunstancias de su comisión; y, 2) criterios referidos al hecho esperado y que se pretende evitar. En cuanto al primer bloque de criterios se ha de atender a la gravedad del delito, a su naturaleza, a las circunstancias de su comisión, a los antecedentes del reo, y a su personalidad (*vid.* STEDH, Asunto "Clooth", de 12 de noviembre de 1991, párr. 40; STEDH, Asunto "Matznetter", 4 de abril de 1967, párrs. 9 y 11; STEDH, Asunto "Toth", de 12 de diciembre de 1991, párr. 70; STEDH, Asunto "Herczegfalvy", párr. 60). Respecto al segundo bloque de motivos, se ha de tener presente dos condiciones básicas: la gravedad del delito presumido y la naturaleza del delito esperado.

5. El principio de proporcionalidad, al decir de GONZALES-CUÉLLAR SERRANO, incorpora como *requisitos generales* de la orden judicial los siguientes: (1) que debe ser motivada, en el sentido de suficiente y razonable, sin errores patentes ni generación de indefensión, y (2) que se sustente en una norma que incorpore fines constitucionalmente legítimos y congruentes entre sí [107]. Sobre lo último, ya se ha hecho mención a las exigencias que debe cumplir una ley para disponer la privación de libertad por razones de punibilidad, así como que la orden de privación de libertad debe ser absolutamente congruente con los presupuestos y procedimientos que fija la ley, pues de lo contrario se incurre en ilegalidad manifiesta o en desviación de poder.

---

[106] ASENCIO MELLADO: *Los presupuestos de la prisión provisional*, cit., p. 137. Este motivo está sujeto a sensibles limitaciones (v. gr.: la Ley N° 332, de 8 de agosto de 1995, que modificó el art. 301° CPP de Italia, prevé la extinción de la prisión preventiva adoptada por exigencias probatorias al cabo de treinta días, prorrogables hasta un máximo de tiempo conjunto de noventa días). Si bien el TEDH, recientemente, en el Asunto "Clooth vs. Bélgica", del 12 de diciembre de 1991, párrs. 40 y 44; Asunto Bochet vs. Francia, del 20 de marzo de 2001, párr. 46; y, Asunto "Contrada vs. Italia", del 24 de octubre de 1998, párr. 62, justificó como motivo pertinente el riesgo de ocultación o alteración de pruebas; en el Asunto "IAC vs. Francia", del 23 de setiembre de 1998, párr. 110, acotó que ese motivo, que fundamenta legítimamente la detención en su inicio, pierde necesariamente su pertinencia a medida que se va produciendo la audiencia de algunos testigos del caso y la presión de las investigaciones. Odone SANGUINÉ (*Prisión provisional y derechos fundamentales*, cit., p. 632), sobre esa base, apunta que los peligros alegados se debilitan con el tiempo, en la proporción y en la medida en que las investigaciones son efectuadas, las declaraciones son tomadas y las pruebas concluidas; el peligro, pues, desaparece con el fin de la instrucción y con la sumisión del acusado y sus cómplices a juicio.

[107] GONZALES-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., p. 69.

6. En cuanto a la motivación, se requiere, como dice la CoIDH, que las consideraciones de hecho y de derecho de la orden deban estar puestas de manifiesto claramente (Informe 2/97, párr. 19). Ésta –que debe ser escrita, imprescindible para su control y para el conocimiento del sujeto afectado o, acota ROXIN, para evitar órdenes injustificadas o precipitadas[108]– requiere, como ha determinado el TEDH, indicar las circunstancias sobre las que se basa (STEDH, Asunto "W", de 26 de enero de 1993, párr. 12), así como no incluir formulaciones puramente generales o abstractas, o que se remitan a decisiones anteriores (SSTEDH, Asuntos "Letellier", de 27 de noviembre de 1991, párr. 51/52; "Kenmache", de 12 de diciembre de 1991, párr. 52; "Clooth", de 12 de noviembre de 1991, párr. 43).

4. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

A. Presupuestos materiales

1. El art. 135° CPP 1991, en su última modificación operada por la Ley N° 27753, de 9 de junio de 2002, siguiendo parcialmente la fuente germana, reconoce dos *presupuestos materiales*: a) existencia de *suficientes elementos probatorios* de la comisión de un delito, que vinculen al imputado como autor o partícipe del mismo (inc. 1). b) *Motivos de prisión preventiva*, traducidos en dos exigencias concurrentes: b.1) que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de privación de libertad (inc. 2); y, b.2) que existan indicios de que el imputado intentará eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria (inc. 3). La necesidad de la concurrencia de estos presupuestos ha sido afirmada reiteradamente por la Corte Suprema[109] y por el Tribunal Constitucional[110].

---

(108) ROXIN: *Derecho procesal penal*, cit., p. 263.

(109) Ejecutoria Suprema de 22 de enero de 1998, Exp. N° 4556-97, Huaura (FRISANCHO APARICIO, Manuel: *Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima 2002, p. 157). Ejecutoria Suprema de 26 de noviembre de 1998, Exp. N° 86-97 (*Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año I, N° 1, Trujillo, 1999, p. 405). "[Estos] ... elementos, ha dicho el Supremo Tribunal, deben concurrir en conjunto para que resulte arreglado a ley el abrir instrucción con mandato de detención ... [Si] no concurre uno de ellos [...] la detención corporal se hace innecesaria..." (de 22 de enero de 1998). "[El] ... inciso tercero del art. 135° CPP utiliza la conjunción "y", lo que indica que deben concurrir conjuntamente con los antecedentes las especiales circunstancias de elusión a la acción de la justicia ... [por lo que, la Sala al no contemplar ese requisito] ha infringido el inc. 5° del art. 139° de la Constitución, como una de las garantías de la función jurisdiccional para un debido proceso" (de 26 de noviembre de 1998). Un fallo más reciente es de 19 de enero de 2000, Exp. N° 5182-99, Lima (*Normas Legales*, T. 287, abril, Trujillo, 2002, p. A73). Uno anterior es el de 17 de setiembre de 1993, Exp. N° 1945-93, Lima (ROJJASI PELLA, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, Legrima, Lima, 1997, pp. 329-330).

(110) El Tribunal Constitucional ha declarado que: "El artículo 135° CPP señala los requisitos que deben concurrir a efectos de que el mandato de detención [prisión preventiva] no

Cabe señalar que la Corte Suprema, en una decisión anterior al año 1991, ya había indicado 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[111].

2. El *fumus delicti comissi*, como ya se dijo, opera como *conditio sine qua non*, y está constituido por dos reglas, una objetiva y otra subjetiva. La primera, referida a la existencia del delito imputado, de mayor exigencia de constitución, y la segunda, consistente en un juicio de verosimilitud que permita entender que el imputado ha cometido el hecho delictivo como autor o partícipe, con grandes dosis de probabilidad; no basta una mera sospecha, sino prognosis de una condena con grandes posibilidades[112]. Como precisa MARTÍN BRAÑAS, siguiendo la jurisprudencia del TEDH, "... para su constatación deben tenerse presente dos elementos básicos, uno objetivo, en el que poder sustentar la existencia de indicios de criminalidad y responsabilidad, y otro subjetivo o estándar de apreciación que le correspondería a un tercero imparcial. En otras palabras, se requiere la existencia de una serie de hechos o informes que sean adecuados o suficientes para convencer a un tercero imparcial de que el individuo que ha de verse afectado por la medida puede haber cometido el delito, circunstancias éstas que deberán ser valoradas caso a caso (STEDH, Asunto "Fox, Campbell y Hartley", de 30 de agosto de 1990; STEDH, Asunto "Erdagöz", de 22 de octubre de 1997; y STEDH, Asunto "Labita", de 26 de abril de 2000)"[113].

El modificado art. 135° del CP 1991 consideró, en un segundo párrafo del inc. 1) analizado, que no constituye "elemento probatorio suficiente la condición de miembro de directorio, gerente, socio, accionista, directivo o asociado cuando el delito imputado se haya cometido en el ejercicio de

---

sea considerado arbitrario. Estos requisitos son: que exista prueba suficiente (*fumus boni iuris*), peligro procesal y que la pena probable a imponerse sea superior a los cuatro años (*periculum in more*)" (STC, Exp. N° 0808-2002-HC/TC, Asunto "Santiago Tello Díaz", de 8 de julio de 2002, párr. 3 [*El Peruano*, Lima, 12 de febrero de 2003, pp. 5775-5776]).

(111) Ejecutoria Suprema de 16 de octubre de 1990, Exp. N° 765-90, Piura (NOGUERA RAMOS, Iván: *Detención y libertades en el proceso penal peruano*, Ediciones Forenses, Lima, 1997, pp. 346-347).

(112) BARONA VILAR: *Prisión provisional y medidas alternativas*, cit., p. 64; ASENCIO MELLADO: *La prisión provisional*, cit., p. 62.

(113) MARTÍN BRAÑAS, Carlos: "Configuración jurisprudencial de la prisión provisional", en: *Tribunales de Justicia*, N° 5, mayo, Madrid, 2001, p. 84.

una actividad realizada por una persona jurídica de derecho privado". En rigor, se está ante un criterio de imputación propio del Derecho penal en los delitos tras personas jurídicas. La sola afirmación de que se ocupa un cargo social determinado, sin la referencia a la concreta conducta material, que por lo demás debe subsumirse en un específico tipo delictivo, no permite considerar a la persona como sujeto activo del delito. A ello se agrega, desde el Derecho procesal, como es obvio, que deben existir indicios delictivos suficientes de ambos extremos: del cargo social y, fundamentalmente, de la conducta material que se llevó a cabo. Sólo así podrá considerarse cumplido el presupuesto del *fumus delicti comissi*.

3. El *delito grave*, en tanto motivo de prisión preventiva, está representado por uno que merezca una sanción superior a los cuatro años de pena privativa de la libertad[114]; la reciente ley superó la limitación que exigía que el delito sea doloso, y la concretó exclusivamente en la prognosis sobre la individualización de la pena. Traduce una presunción legal, vinculada al subprincipio de estricta proporcionalidad –necesaria, pero insuficiente todavía–, dictada como parámetro objetivo, para lo cual, como tiene señalado la jurisprudencia, debe efectuarse una labor de prognosis de la sanción, teniendo en cuenta no sólo la pena conminada, sino otros elementos como la condición del autor, grado de participación, móviles, entre otros[115], esto es, deben apreciarse factores que dicen de la entidad del injusto y de la culpabilidad por el hecho (arts. 45° y 46° 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[116]. Es de enfatizar, ante la expresa modificación legal, que no constituye "criterio suficiente para establecer la intención de eludir a la justicia, la pena prevista en la Ley para el delito que se le imputa".

El Supremo Tribunal en la Ejecutoria de 17 de septiembre de 1993 precisó que si bien la apreciación de la suficiencia de elementos de prueba y del peligro de fuga como de entorpecimiento permiten una apreciación subjetiva del Juez,

---

(114) La Ley de Protección frente a la Violencia Familiar (cuyo TUO fue aprobado por Decreto Supremo N° 006-97-JUS, de 27 de junio de 1997), en su art. 25° estipula que el juez puede dictar mandato de detención (léase prisión preventiva) "...según la naturaleza o gravedad de los hechos...". Al respecto, debemos entender que la gravedad no puede referirse a una prognosis inferior a los cuatro años de privación de libertad.

(115) Ejecutoria Superior de Lima de 27 de noviembre de 1998, Exp. N° 4342-98-A (BACA CABRERA, Denyse; ROJAS VARGAS, Fidel; NEIRA HUAMÁN, Marlene: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, T. III, p. 677).

(116) *Vid.* Ejecutoria Suprema de 27 de abril de 1994, Exp. N° 3225-93, Lima (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 333-334).

la determinación de la penalidad superior a cuatro años de privación de libertad es meramente objetiva y debe considerarse lo expresado en el ordenamiento sustantivo para cada una de las conductas delictivas que contempla[117]. En la Ejecutoria de 27 de abril de 1994 estipuló, aclarando los alcances de la decisión anterior, que si el delito objeto de imputación está conminado con una penalidad relativamente indeterminada cuyo extremo máximo supera los cuatro años de privación de libertad, tal circunstancia no basta para dictar la medida de detención, ya que el Juez puede considerar que dentro del marco legal que señala la norma la pena a imponerle no superará ese límite[118].

4. El *peligrosismo procesal* tiene un carácter esencialmente subjetivo y reconoce un amplio margen de discrecionalidad al juez. Es la regla que, en todo caso, fundamenta la legitimidad de la prisión preventiva. Son dos los peligros, considerados autónomamente, que la ley reconoce: *peligro de fuga* y el *peligro de entorpecimiento*[119]. El primer peligro, como se anotó, traduce la función cautelar de la prisión preventiva, mientras que el segundo traduce la función aseguratoria de la prueba –distinta de la propiamente cautelar– de dicha medida provisional.

En este extremo lo primero que la Corte Suprema ha dejado sentado es que el Juez debe precisar el tercer elemento fijado en la ley para determinar la procedencia de la prisión preventiva, de lo contrario está ausente la motivación genuina para la procedencia de la citada medida, siendo del caso que lo primero que debe valorar son los antecedentes policiales, judiciales o penales que registra el encausado[120]. En igual sentido, en la Ejecutoria Suprema de 26 de noviembre de 1997 indicó que constituye una infracción al deber de motivación de las resoluciones judiciales impuesta por el art. 139°.5 de la Constitución, que es una garantía del debido proceso, no haber precisado en qué consistirá la perturbación o distorsión probatoria en la que incidiría la conducta procesal del agente para lograr la ineficacia del proceso[121].

---

(117) Exp. N° 1945-93, Lima (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 329-330).

(118) Exp. N° 3225-93, Lima (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 333-334).

(119) El art. 25° del TUO de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar, aprobada por Decreto Supremo N° 006-97-JUS, introduce un tercer peligro: *reiteración delictiva*. Con tal peligro la prisión preventiva cumple una tercera finalidad distinta de la cautelar y de la aseguratoria, la *tuitiva*. Sus referentes de apreciación ya han sido tratados líneas arriba.

(120) Ejecutoria Suprema de 4 de mayo de 1999, Exp. N° 1007-99, Huaura (ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal y procesal penal [1999-2000]*, Idemsa, Lima, 2002, T. I, p. 183).

(121) Exp. N° 86-97, Huancavelica (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia penal y procesal penal [1999-2000]*, cit., T. I, p. 184).

Analizando en concreto los alcances del peligro de fuga, el Supremo Tribunal ha dejado sentado: a) que se prevé la no existencia de peligro procesal si el inculpado ha señalado domicilio y tiene ocupación conocida, así como que carece de antecedentes y no registra requisitorias en su haber (*vid.* Ej. Sup. de 16 de enero de 1998); y, b) que, por el contrario, si el imputado no acudió a rendir manifestación policial, si no acreditó con documentos su calidad personal y la ocupación laboral que aduce, entonces, se evidencia peligro procesal en su conducta (*vid.* Ej. Sup. de 15 de julio de 1998)[122]. Llama la atención la Ejecutoria Suprema de 25 de abril de 1996, particularmente equivocada, que no cumple con ratificar la presencia conjunta de todos los presupuestos materiales de la prisión preventiva; al respecto, señala: "Que, de otro lado, en cuanto al peligro procesal, [...] si bien es cierto no existe en autos elementos que indiquen una razonable probabilidad 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, cumpliéndose así en el caso materia de autos en forma concurrente con los tres presupuestos materiales establecidos en [...] la ley"[123]. La Corte Superior de Lima ha establecido que por la modalidad empleada y las circunstancias que rodean lo hechos imputados, encontrándose el procesado en calidad de no habido, se presume que éste tratará de eludir la acción de la justicia[124].

En lo atinente al peligro de entorpecimiento, la Corte Suprema en una ocasión, debidamente documentada (*vid.* Ejecutoria de 26 de noviembre de 1997), sentó la doctrina 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. Por otro lado, el Tribunal Constitucional no consideró arbitrario que el juez sustente el peligro de entorpecimiento en el hecho que el reo se negó a firmar las actas de reconocimiento elaboradas en sede judicial[125]; razonamiento que no es de aceptar en tanto que el ejercicio al derecho de contradicción no puede estimarse como obstaculización probatoria.

---

(122) Exp. N° 7158-97-A, Lima; y Exp. N° 1013-98-B (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia penal y procesal penal [1999-2000]*, cit., T. I, pp. 184-185).

(123) Exp. N° 80-96, Callao (NOGUERA RAMOS: *Detención y libertades en el proceso penal peruano*, cit., pp. 324-325).

(124) Ejecutoria Superior de Lima de 13 de agosto de 1998, Exp. N° 3792-98-C (BACA CABRERA *et al.*: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, cit., T. III, p. 691.

(125) STC, Exp. N° 0808-2002-HC/TC, Asunto "Santiago Tello Díaz", de 8 de julio de 2002 (*El Peruano*, Lima, 12 de febrero de 2003. pp. 5775-5776).

5. El Tribunal Constitucional en su jurisprudencia tiene sentado: 1) Que la prisión preventiva tiene como última finalidad asegurar el éxito del proceso, que no es una medida punitiva y que es una medida cautelar, cuyo objetivo es resguardar la eficiencia plena de la labor jurisdiccional (evitar la fuga y garantizar la presencia del imputado durante el proceso es típicamente cautelar, pero no lo es –como se anotó– evitar la perturbación probatoria) (STC, Exp. N° 1567-2002-HC/TC, Asunto "Alejandro Rodríguez Medrano", de 5 de agosto de 2002)[126]. 2) Que, definida a partir de su función estrictamente cautelar, esta medida "... se justifica para garantizar la sujeción del imputado y para que en su momento pueda hacerse efectiva una posible sentencia condenatoria" (STC, Exp. N° 1730-2002-HC/TC, de 8 de agosto de 2002, párr. 4). 3) Que es una medida que no puede constituir la regla, es por el contrario excepcional, de carácter subsidiario, razonable y proporcional (STC, Asunto "Alejandro Rodríguez Medrano", de 5 de agosto de 2002, párr. 4). 4) Que es una medida también provisional, cuyo mantenimiento sólo debe persistir en tanto no desaparezcan las razones objetivas y razonables que sirvieron para su dictado (STC, Exp. N° 1091-2002-HC/TC, Asunto "Vicente Silva Checa", de 12 de agosto de 2002, párr. 16)[127]. 5) Que el principio de proporcionalidad se expresa en que, sobre la base del grado de exigencia cautelar, la medida a dictarse debe ser la menos gravosa o aflictiva posible (STC, Asunto "Moisés Polo Giraldo", de 23 de agosto de 2000, párr. 4)[128]. 6) Que en cuanto al principio de excepcionalidad sostuvo que: "...una interpretación coherente de la Constitución Política del Estado, de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales, permite afirmar que la detención judicial en tanto importa la limitación más intensa del derecho fundamental a la libertad personal, sólo debe aplicarse excepcionalmente y bajo determinadas circunstancias legalmente configuradas" (STC, Asunto "Gregorio Martín Velarde Queirolo", de 25 de agosto de 2000)[129]. 7) Que la prisión preventiva "...sólo procede en los casos en los que existan hechos objetivos y razonables que permitan concluir, de manera indubitable, que la no restricción de la libertad individual pondrá en riesgo la actividad probatoria, el éxito del proceso penal o posibilitará al procesado sustraerse a la acción de la justicia. Tal criterio, que es una exigencia de la eficacia directa del derecho a la presunción de inocencia en todo proceso penal, está en relación directa con

---

[126] *Jurisprudencia penal*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2003, T. I, pp. 53-58.

[127] *Jurisprudencia Constitucional*, cit., T. I, pp. 395-410.

[128] Exp. N° 612-2000-HC/TC (*El Peruano*, Lima, 16 de enero de 2001, pp. 3890-3891).

[129] Exp. N° 500-2000-HC/TC (*El Peruano*, Lima, 16 de enero de 2001, pp. 3888-3890).

la naturaleza de la medida cuestionada, que no es otra que la de constituir una medida cautelar y no una medida punitiva"[130].

La Corte Suprema, en la Ejecutoria de 18 de marzo de 1998, ha entendido que el principio de necesidad se expresa en que –según las circunstancias de la causa– resulte absolutamente indispensable para asegurar que el encausado no se sustraiga de la acción de la justicia o no perturbe la actividad probatoria[131]. Bajo esta misma perspectiva, en la Ejecutoria Suprema de 27 de febrero de 1998, sostuvo que se debe "tener en cuenta que la detención es una medida coercitiva que sólo debe ser aplicada en casos en que sea *indispensable* para los fines del proceso, puesto que se trata de la restricción de la libertad, que es un bien jurídico susceptible de ser afecto siempre que se den los presupuestos legales, no así en caso de interpretación extensiva sobre las normas restrictivas de derechos"[132].

B. Presupuestos formales

El art. 2°.24.'f' de la Constitución establece que la privación procesal de la libertad requiere *mandamiento escrito y motivado del Juez*. A su vez, el art. 136°, 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. 77° del Código de Procedimientos Penales), el cual contiene dos apartados esenciales: el primero, vinculado a la decisión de

---

(130) STC, Exp. N° 808-2002-HC/TC, Asunto "Carlos Zelada Dávila", de 8 de julio de 2002, párr. 2 (*Jurisprudencia penal*, ed. 2003, cit., T. I, pp. 69-70). Algunas atingencias merece este fallo: 1) Que la prisión preventiva tiene diversas funciones, no sólo cautelares; 2) Que el principio de intervención indiciaria, por su propia naturaleza, no requiere de pruebas consolidadas –propias de una sentencia tras un juicio oral–; 3) Que la presunción de inocencia no fundamenta la prisión preventiva, sino el principio de intervención indiciaria, que es incorporado por la doctrina y jurisprudencia alemanas al principio de proporcionalidad; y, 4) Que no se trata de generar una certeza de culpabilidad o de la prognosis acerca del peligrosismo procesal, inadecuado en este último caso por su propia naturaleza, sino sólo de sustentar un juicio de probabilidad –ese, entre otros puntos, es la crítica que merece la STC recaída en el Asunto "Luis Bedoya de Vivanco", Exp. N° 139-2002, 27 de enero de 2002–.

(131) Exp. N° 6714-97-A, Lima (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia penal y procesal penal [1999-2000]*, cit., T. I, p. 183).

(132) Exp. N° 843-98-A, Lima (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia penal y procesal penal [1999-2000]*, cit., T. I, p. 184).

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 prisión preventiva, 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. 135°" (art. 139° 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. 261° del Código Procesal Penal de 1991) o en el juicio oral. Sin embargo, a diferencia de la primera resolución judicial, en que la medida provisional personal se dicta de oficio (art. 115° 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 prisión preventiva, requiere inexorablemente petición del fiscal o del actor civil, a tenor del art. 139° 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[133].

La prisión preventiva o el auto de prisión, 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 prisión preventiva es una exigencia constitucional que parte de lo dispuesto en el art. 139°.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 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 prisión preventiva tiene como razón esencial que el procesado conozca los fundamentos por las que resulta

---

(133) BOVINO, Alberto: *Temas de Derecho procesal penal guatemalteco*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1996, pp. 56-57.

preso, explicitando –aun cuando escueta o sucintamente– el proceso lógico y mental que ha conducido a dicha medida provisional. 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-CUÉLLAR SERRANO, se requiere que sea expresado en la resolución, que guarde relación y que sea congruente y proporcionado con el problema que se resuelve[134]. 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 prisión preventiva 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).

El Tribunal Constitucional, ha establecido en el Asunto "Vicente Silva Checa" que, genéricamente, la motivación garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las Leyes (art. 138° Const.), y que los justiciables pueden ejercer de manera efectiva su derecho de defensa; derecho que no garantiza una determinada extensión de la motivación, que se tenga que pronunciar expresamente sobre cada uno de los aspectos controvertidos o alegados por la defensa, ni excluye que se pueda presentar la figura de la motivación por remisión. Asimismo, ha precisado: a) que la prisión preventiva hace más exigente el requisito de motivación, pues sólo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad, a la vez que permite evaluar si el juez ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la misma; y, b) que dos son las características de una tal motivación: *suficiencia*, vale decir, que debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho, y *razonabilidad*, en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican su adopción (STC, Exp. N° 1091-2002-HC/TC, de 12 de agosto de 2002, párrs. 20-22)[135]. En el Asunto "Amadeo Domínguez Tello" puntualizó que la motivación, en la prisión preventiva, tiene dos características; en "primer lugar, tiene que ser 'suficiente', esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho

---

[134] GONZALES-CUÉLLAR SERRANO: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, cit., p. 147.

[135] *Jurisprudencia Constitucional*, cit., T. I, pp. 395-410.

y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo término, debe ser 'razonada', en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar..." (STC, Exp. N° 1260-2002-HC/TC, de 9 de julio de 2002)[136].

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. 136° *in fine* del Código Procesal Penal de 1991). La vigencia temporal de las requisitorias está excepcionada para los casos de narcotráfico y terrorismo, conforme a la modificación operada al citado artículo 136° CPP 1991, por la Ley N° 25660, de 13 de agosto de 1992.

5. MODALIDADES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

El efecto principal de la prisión preventiva 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 provisional de la 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 provisional de la libertad, aun cuando según el art. 47° del Código Penal –en virtud de la nota característica de homogeneidad de las medidas provisionales– "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 prisión preventiva: la ordinaria o comunicada y la incomunicada (arts. 135° y 140°). 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 –que está en vigencia, al igual que lo dispuesto en los arts. 2°.1 *in fine* y 7° de la Ley N° 27379– la considera una alternativa a la prisión preventiva y la regula dentro de las modalidades de la comparecencia restrictiva.

---

[136] PIZARRO GUERRERO, Miguel: *Jurisprudencia constitucional de hábeas corpus*, Grijley, Lima, 2003, pp. 99-106.

A. La prisión preventiva comunicada

La prisión preventiva 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 MORENO CATENA– se ordena el internamiento del inculpado en un centro penitenciario, sujeto a las reglas habituales establecidas por el Código de Ejecución Penal(137).

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 seguimiento 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(138).

B. La prisión preventiva incomunicada

La prisión preventiva incomunicada supone una excepción al régimen ordinario y común de cumplimiento de la medida de prisión preventiva. Es, como sostiene Sara ARAGONESES MARTÍNEZ, una forma agravada de cumplimiento de la prisión, 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(139).

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(140).

Su finalidad es evitar la frustración del éxito del proceso impidiendo que el imputado preso 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

---

(137) En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal*, cit., T. II (*Proceso penal*), p. 376.

(138) ASENCIO MELLADO: *La prisión provisional*, cit., p. 144.

(139) DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 2002, cit., p. 395.

(140) AGUILERA DE PAZ, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1913, p. 219.

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 prisión incomunicada[141].

La incomunicación se encuentra reconocida constitucionalmente en el art. 2°.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.

El art. 133° 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. 140° 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 preso 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. 8°, 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

---

(141) ASENCIO MELLADO: *La prisión provisional*, cit., p. 191.

Penal de 1991, si bien la reguló acabadamente en el título correspondiente a la investigación formal, también la permitió en sede preliminar (art. 107° *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.

Así lo ha determinado la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Asunto "Acción de inconstitucionalidad contra la legislación de terrorismo" (STC N° 10-2002-AI/TC, de 3 de enero de 2003).

6. PLAZO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

A. Aspectos generales

1. La prisión preventiva, en primer lugar, como toda medida provisional está sujeta al principio *rebus sic stantibus*, en cuya virtud puede ser levantada en cualquier momento en que se modifiquen los presupuestos materiales que sirvieron para acordarla; esto es, en palabras de GÓMEZ ORBANEJA, "(...) *no son definitivas y pueden ser alteradas por el resultado del proceso*"[142]. Sin embargo, esta nota característica, según demuestra la experiencia, no es suficiente. Acogiendo esta regla de experiencia, el art. 7°.5 de la CADH prescribe que la privación de libertad está condicionada a un plazo razonable, de lo contrario el imputado debe ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. El objetivo de este límite, señala la CoIDH es "(...) *proteger al acusado en lo que se refiere a su derecho básico de libertad personal, así como su seguridad personal frente a la posibilidad de que sea objeto de un riesgo de procedimiento injustificado*" (Informe 12/96, párr. 76), el cual se da en interés del acusado y no de la justicia (Informe 35/96, párr. 70). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esa misma base legal tiene establecido que la finalidad del precepto es fundamentalmente que se conceda la libertad provisional desde que la continuación de la detención deja de ser razonable (STEDH, Asunto "Neumeister", de 27 de junio de 1968, párr. 4). Por ende, se busca evitar privaciones de libertad no razonables y, según estableció la CIDH, "(...) *tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente*" (SCIDH, Asunto "Suárez Rosero", de 12 de noviembre de 1997, párr. 70).

---

(142) GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal penal*, 10ª ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987, p. 206.

2. La CADH, nos dice GIALDINO, se refiere a dos clases de plazos: al del proceso en su conjunto y al de la prisión preventiva en particular, siendo este último necesariamente mucho menor que el destinado para todo el juicio –CoIDH, Informe 12/96, párr. 110–, aunque los parámetros para evaluarlos guardan entre sí una marcada analogía, pero no confusión[143]. Esto último trae como consecuencia la regla o nota característica de la *temporalidad* de la prisión preventiva, derivada del principio de excepcionalidad de la misma; regla que obedece a razones de justicia y actúa como remedio ante la poca virtualidad práctica del *rebus sic stantibus*. En virtud de su incorporación al sistema interamericano, la limitación temporal de la prisión preventiva tiene como objetivo hacer cesar el encarcelamiento preventivo, atendiendo al mero transcurso del tiempo.

3. Son dos los elementos que describen el plazo razonable de la prisión preventiva. El primero, está referido al cómputo de los períodos de privación de libertad. El segundo, está circunscrito al conjunto de causas o criterios que pueden fundar una prolongación/mantenimiento de la restricción de libertad. En ambos supuestos, es obvio que el análisis o control debe realizarlo "*in concreto*" (*vid.* CoEDH, Asunto "Vallon", de 8 de mayo de 1984, párr. 51).

4. El plazo de la prisión preventiva, desde luego, debe ser entendido como un límite máximo, aunque no necesariamente de carácter abstracto, expresado en un número fijo de días, semanas, meses o años, o varios períodos que dependan de la seriedad de la infracción (*vid.* STEDH, Asunto "W", de 26 de enero de 1993, párr. 30). Cuando una legislación, como es la tendencia en el derecho comparado, fija un límite que siempre habrá de ser entendido como máximo y, por ende, no impide que en un caso concreto ese límite sea menor, el cómputo comprende desde el día de la detención, aunque ésta hubiese sido anterior a la fecha en que fue dispuesta la prisión preventiva al iniciarse la instrucción (SCIDH, Asunto "Suárez Rosero", de 12 de noviembre de 1997, párrs. 34 y 70) hasta el juicio oral, así como el tiempo de los recursos a que pudo haber dado lugar la resolución de prisión preventiva (CoIDH, Informe 12/96, párr. 105), cuyo término es la excarcelación efectiva. La superación del plazo, *per se*, torna la prisión de irrazonable, no siendo necesario analizar las circunstancias de la causa.

5. El segundo elemento para definir el carácter razonable de la prisión preventiva está en función de las circunstancias concurrentes en el proceso, que se inclinarán por una u otra opción. Una primera condición, *sine qua non* de la subsistencia o regularidad de la medida, como acota PEDRAZ PENALVA, citando la jurisprudencia del TEDH (STEDH, Asunto "Stogmuller", de 9

---

(143) GIALDINO, Rolando: "La prisión preventiva en el derecho internacional de los derechos humanos", en: www.cajpe.org.pe/guia/g-prisi.htm.

de febrero de 1967, párr. 4), es (1) la persistencia de plausibles sospechas acerca de la participación en el hecho punible por el que se procede; y, (2) dada la insuficiencia del *fumus delicti comissi*, el análisis de los motivos de privación de libertad, lo que implica controlar su pertinencia y suficiencia (STEDH, Asunto "Wemhoff", 1 de abril de 1966, párr. 122; y STEDH, Asunto "Ringeisen", de 27 de noviembre de 1991, párr. 104).

6. La segunda condición está en la ponderación concreta acudiendo a tres circunstancias: complejidad e implicancias del caso, actividad de los órganos judiciales y la conducta procesal del acusado, las que deben valorarse siempre desde el criterio de proporcionalidad (SSCIDH, Asuntos "Genie Lacayo", de 29 de enero de 1997, párr. 77; y, "Suárez Rosero", de 12 de noviembre de 1997, párr. 72). Habrá de tomarse en cuenta la naturaleza del delito, los hechos investigados y los alcances de la actividad probatoria necesaria para el esclarecimiento de los cargos; asimismo, el estudio del tiempo insumido durante la instrucción, el juzgamiento y el procedimiento recursal en su caso (que dice de la actividad o inactividad procesal de la autoridad judicial (STEDH, Asunto "Wemhoff", 1 de abril de 1966, párr. 16. CoIDH, Informe 12/96, párr. 105). Por último, también es de controlar la conducta procesal del acusado, en tanto en cuanto la demora efectiva del procedimiento puede ser imputable al abuso del reo del derecho a utilizar los resortes procesales disponibles con la intención de atrasar el procedimiento (CoIDH, Informe 64/99, párr. 60). En este supuesto lo que se censura es la obstaculización deliberada, la mala fe o los propósitos obstructivos del acusado (CoIDH, Informe 12/96, párrs. 103 y 105), siempre que la dilación del procedimiento sea directamente proporcional al tiempo transcurrido por esa causa (CoIDH, Informe 43/96, párr. 106).

B. Legislación y jurisprudencia nacionales

El Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho al plazo razonable, tanto de la duración de la causa como de la prisión preventiva, es un elemento que integra el contenido esencial del debido proceso, lo que permite asumir que el proceso no es un instrumento en sí mismo arbitrario, sino un mecanismo rodeado de elementos compatibles con la justicia[144]. Asimismo, ha resuelto que la libertad por exceso de detención (exceso del plazo de la prisión preventiva) "(...) lo que ofrece en realidad es un paliativo a la eventual injusticia ocasionada por la lentitud o ineficacia en la administración de justicia, optando por el mal menor de que un culpable salga libre mientras espera su condena, frente al mal mayor de que un inocente permanezca encarcelado en espera de su tardía absolución definitiva. En tales

---

[144] Asunto "Juan García Boza", Exp. N° 016-2001-HC/TC, de 19 de enero de 2001 (*Jurisprudencia Constitucional*, cit., T. I, pp. 435-439).

circunstancias es obvio que hacer prevalecer el derecho de todo individuo a ser juzgado en un tiempo razonable, es una forma de anteponer la persona al Estado, tal y cual lo proclama el artículo 1° de la Constitución"[145].

En cuanto al plazo de la prisión preventiva, regulado por el art. 137° CPP 1991, recientemente modificado por la Ley N° 27553, de 13 de noviembre de 2001, cabe decir lo siguiente:

1. El primer párrafo fija la regla general del plazo de la prisión preventiva. Un correcto entendimiento de ese dispositivo permite reconocer que existen dos plazos: *i)* el *común*, que es un plazo para delitos comunes, dividido en función de delitos graves y menos graves[146]; y, *ii)* el *excepcional*, que es otro plazo tanto para delitos exceptuados, cuanto para causas complejas. A su vencimiento, sin que se haya expedido sentencia de primer grado debe producirse la excarcelación inmediata.

En el primer supuesto, el plazo es de nueve meses o de dieciocho meses (antes era de sólo quince meses), si el delito es menos grave o grave (sobre esa base se define el procedimiento ordinario abreviado o sumario, y el procedimiento ordinario común). En el segundo supuesto, el plazo se duplica, esto es, dieciocho meses o treinta y seis meses.

2. Un problema fundamental tiene que ver con la interpretación que de esa norma asumió el Tribunal Constitucional. En la citada STC N° 016-2001-HC/TC, y en otras muchas más, no diferenció entre delitos comunes y delitos exceptuados (no se puso en el caso de "causas complejas"). Sencillamente obvió esa diferencia y entendió implícitamente que tal supuesto era inexistente jurídicamente. Consecuentemente, declaró expresamente que sólo existía un único plazo para toda clase de delitos. Ni siquiera propuso una interpretación tendente a inaplicar esa diferencia de tratamiento por resultar irrazonable al vulnerar el principio de igualdad.

Tal posibilidad de inaplicabilidad normativa, en todo caso, sólo podría aceptarse si se toma como factor para generar una diferencia de tratamiento procesal a los delitos en sí mismos considerados, lo que no sería de recibo

---

(145) STC, Exp. N° 016-2001-HC/TC, Asunto "Juan García Boza", de 19 de enero de 2001 (*Jurisprudencia Constitucional*, cit., T. I, pp. 435-439).

(146) La STC, Exp. N° 2177-2002-HC/TC, Asunto "Juan Ortega Ortega" (*El Peruano*, Lima, 2 de abril de 2003, pp. 6066-6067]) declaró que cuando la ley se refiere a "proceso ordinario" debe entenderse al actual procedimiento sumario, mientras que por "procedimiento especial" debe entenderse el actual proceso ordinario, ello hasta que entre en vigencia el nuevo Código Procesal Penal. En igual sentido se pronunció con anterioridad (*vid.* STC, Exp. N° 1515-2002-HC/TC, Asunto "Blanca Nélida Colán Maguiño", de 5 de agosto de 2002 [*El Peruano*, Lima, 24 de octubre de 2002, pp. 5508-5509]).

dado que la duración de la prisión preventiva no está conectada con ese dato abstracto, aunque cabría acotar que la propia norma constitucional acepta esa diferencia, circunscribiéndola a la detención preliminar. Empero, tal inaplicación tendría problemas de fundamentación si quiere asimilarse acríticamente frente al otro supuesto de causas complejas, que objetivamente basa la diferencia sobre aspectos concretos del procedimiento radicados en la complejidad de las actuaciones.

Felizmente, el Tribunal Constitucional enmendó esa doctrina y estimó que en los delitos exceptuados y en las causas complejas, por imperio de la ley, el plazo límite se duplica automáticamente; y, sólo en los casos del segundo párrafo de la citada disposición procesal, la prolongación de la detención (prisión preventiva) por un plazo igual al límite se acordará mediante auto debidamente motivado, a solicitud del Fiscal o con conocimiento del inculpado[147]. El Tribunal Constitucional distingue, entonces, entre duplicidad –automática por su propia naturaleza– y la prolongación, rogada y con trámite contradictorio[148].

3. La nueva norma, para estos efectos de excarcelación, precisa lo que se debe entender por "procedimientos de naturaleza compleja". Impone dos requisitos conjuntos: debe tratarse de causas seguidas contra más de diez imputados

---

[147] *Vid.* entre numerosas sentencias, STC Asunto "Rosa Hurtado Rojas", Exp. N° 2114-2002-HC/TC (*El Peruano*, Lima, 2 de abril de 2003, pp. 6064-6065); STC Asunto "Elías Chávez Peñaherrera", Exp. N° 1725-2002-HC/TC, de 8 de agosto de 2000 (*Jurisprudencia penal*, ed. 2003, cit., T. I, pp. 59-60). Otro caso similar es la STC, Exp. N° 330-2002-HC/TC, de 9 de julio de 2002, Asunto "James Ben Okoli y otro" (*El Peruano*, Lima, 22 de septiembre de 2002, pp. 5367-5368).

[148] STC, Exp. N° 1724-2002-HC/TC Asunto "Marco Antonio Roca Alí" (*El Peruano*, Lima, 7 de marzo de 2003, p. 5887). En otra sentencia (STC, Exp. N° 1300-2002-HC/TC, 7 de agosto de 2003, Asunto "Hugo Eyzaguirre Maguiña", http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/1300-2002-HC.html), no sólo precisó su doctrina sobre la ley procesal penal en el tiempo, acogiendo las propuestas dogmáticas que hemos postulado anteriormente (que las normas procesales que rigen un acto procesal son las vigentes al momento en que éste debe realizarse; que la retroactividad sólo sería posible cuando un acto ya realizado es modificado por la nueva ley, sin embargo regirá la ley anterior cuando al tiempo de su vigencia, por ejemplo, los plazos ya se cumplieron; que la posibilidad de aplicación retroactiva beneficiosa es un problema del derecho transitorio y, por tanto, debe estarse a sus disposiciones), en cuya virtud –respecto a la modificación del art. 137° CPP por la Ley N° 27553– ésta sólo será aplicable si al momento de su entrada en vigencia el plazo de 15 o 30 meses fijados por el Decreto Ley N° 25824 aún no había vencido; también estipuló, en orden al denominado "plazo excepcional", que éste –que importa la duplicidad del plazo común– es diferente del establecido por CPP y opera de manera automática, en cambio, la prolongación del plazo se regula en el segundo párrafo del mismo artículo, y no es automática, pues requiere del cumplimiento de dos requisitos y requiere auto motivado, a solicitud del fiscal y con audiencia del imputado.

(once como mínimo) y, adicionalmente, contra más de diez agraviados o en agravio del Estado. Es de rigor entender que la "complejidad" constituye un motivo absolutamente razonable y objetivo para introducir una pauta de diferenciación. La regla de experiencia incorporada sería: a más complejidad, mayor será el tiempo que se invierta en la investigación y enjuiciamiento de un caso.

4. El tercer párrafo de la norma permite la posibilidad de una prolongación de la prisión preventiva. Son dos los *requisitos materiales* que deben presentarse, conjuntamente, para que se disponga la prolongación: a) que concurran circunstancias que importen una especial dificultad o una especial prolongación de la investigación o instrucción (estas circunstancias están conectadas con los avatares o dificultades para concretar los actos de investigación, y por cierto con la complejidad de la causa por razón de materia, de concurso de personas, etc.); y, b) que el inculpado pueda sustraerse de la acción de la justicia: se trata de una evaluación del *periculum libertatis* a la luz del tiempo transcurrido. El tiempo puede hacer variar el peligrosismo procesal y aconseja reexaminar el peligro de fuga, tal como lo ha declarado el TEDH en el Asunto "Letellier" de 26 de junio de 1991 y el Tribunal Constitucional español en el caso "Carlos Sotos" (Causa N° 128/1995), así como de la moralidad y condiciones personales de arraigo del reo: número de hijos, personas a su cargo, vecindad conocida, trabajo estable (arraigo familiar, profesional y social), reputación o fama, medios económicos de que dispone, conexiones con otras zonas o países, etc. (STEDH, Asunto "Wemhoff", de 27 de junio de 1968). Se entiende que vencido el plazo de la prisión preventiva, sea el inicial o el prorrogado, el imputado, sin consideración de ninguna índole, debe recuperar su libertad[149].

Si se cumplen ambos requisitos la prisión preventiva podrá prolongarse por un plazo igual. Ello no significa, desde luego, que será automáticamente el tope del plazo, pues es posible fijar un plazo menor en función de las características de la causa. El Tribunal Constitucional ha aclarado que la prolongación también es de recibo respecto de los supuestos del plazo excepcional: no sólo es un plazo duplicado en sí mismo, sino que cabe su prolongación[150].

Los requisitos formales son: 1) que lo pida el Fiscal (no es posible que se acuerde de oficio o a pedido del actor civil)[151]; 2) que se expida un auto

---

[149] STC, Exp. N° 873-2000-HC/TC, Asunto "Luis Alberto Peraldo Jaramillo", de 18 de enero de 2001, párr. 3 (PIZARRO GUERRERO: *Jurisprudencia constitucional de hábeas corpus*, cit., pp. 185-193).

[150] STC, Exp. N° 0290-2002-HC/TC, Asunto "Eduardo Calmell del Solar Díaz", de 6 de enero de 2003, párr. 6 [http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/0290-2002-HC.html].

[151] La STC, Exp. N° 593-2002-HC/TC, Asunto "Jorge Medina Gavilán", de 9 de julio de 2002, ha declarado que se vulnera el derecho al debido proceso y de defensa del

motivado; y, 3) que se ponga en conocimiento del inculpado[152]. La pregunta es: ¿el conocimiento es de la solicitud del fiscal o del auto que resuelva el petitorio fiscal? Respetando el principio de audiencia bilateral y en tanto no hay riesgo de infructuosidad de la prolongación con el conocimiento, considero que debe correrse traslado del dictamen fiscal al imputado en cárcel. Por lo demás, es obvio que toda resolución debe ser notificada, de suerte que una reiteración no tendría sentido.

La doctrina establece que la prolongación de la prisión preventiva ha de hacerse de manera expresa y antes de que transcurra el plazo máximo ordinario, es decir, el establecido sin contar el de la prórroga[153]. De igual manera el Tribunal Constitucional de España así lo ha declarado en la causa N° 41/1996, lo que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional[154]. Nuestro Tribunal Constitucional en un fallo reciente ha estipulado que la prórroga, luego de vencido el plazo máximo ordinario, no tiene relevancia constitucional y debe solucionarse con arreglo al derecho ordinario.

5. El cuarto párrafo introduce una modificación radical en materia de cómputo del plazo de la prisión preventiva. El citado artículo no sólo estipula que el plazo no corre cuando el inculpado retarda maliciosamente la causa (sexto párrafo)[155], sino que no se considera el tiempo de permanencia en un Establecimiento Penal "cuando se trate de procesos complejos o se hubiere declarado la nulidad".

En cuanto al primer extremo de la norma, es de tener presente que los plazos no corren en los casos de dilaciones maliciosas imputables al imputado o su defensa. La conducta maliciosa está definida en el art. 112° CPC. Los supuestos de dilación maliciosa son los siguientes:

---

imputado, cuando se acuerda la prórroga sin que el actor haya sido citado o emplazado (*Jurisprudencia Constitucional*, cit., T. I, pp. 458-459).

(152) Si no se pone en conocimiento el trámite de prolongación, en rigor el pedido del Fiscal, la decisión viola el derecho a la libertad individual: STC, Exp. N° 593-2002-HC/TC, Asunto "Jorge Javier Medina Gavilán", de 9 de julio de 2002 (PIZARRO GUERRERO: *Jurisprudencia constitucional de hábeas corpus*, cit., pp. 202-206).

(153) MORENO CATENA *et al.*: *El proceso penal*, cit., Vol. II, p. 1715.

(154) La STC, Exp. N° 1470-2002-HC/TC, Asunto "Hernán Adolfo Montenegro Rodríguez", de 9 de julio de 2002, párr. 3 (PIZARRO GUERRERO: *Jurisprudencia constitucional de hábeas corpus*, cit., pp. 179-184). Dice la sentencia que el auto de prórroga debe adoptarse antes del plazo de vencimiento de la privación de libertad, amén de dictarse a pedido del Fiscal y con audiencia del interesado (hoy sólo requiere previo conocimiento del imputado en cárcel).

(155) El Tribunal Constitucional ha considerado legítima esa excepción y, en tal virtud, constatado que los imputados dilataron las diligencias por mayor tiempo del debido, ese lapso no se computa (STC, Exp. N° 523-2001-HC/TC, Asunto "Julio Fretel Colqui", de 23 de noviembre de 2001 [*El Peruano*, Lima, 8 de marzo de 2002, pp. 4864-4865]).

1. Manifiesta carencia de fundamento jurídico de un medio impugnatorio o articulación.
2. Peticiones amparadas en hechos falsos, y 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 de investigación o de prueba.

Por otro lado, en lo atinente al segundo extremo de la norma, de muy mala concepción y redacción, no puede aceptarse que se trata de dos supuestos distintos: procesos complejos y procesos que en su día fueron anulados con motivo de un recurso superior. Entender que la prisión preventiva dictada en un proceso complejo no está sujeta a la característica de temporalidad no sólo entra en colisión con la regla del primer párrafo, que fija reglas propias de tiempo para esos casos, sino que importa un caso obvio de irrazonabilidad por vulnerar el principio de igualdad (es notoriamente insuficiente entender como factor diferencial que el riesgo de fuga permanece inmutable cuando media una causa compleja, y es posible su variación cuando se trata de causas simples). Por tanto, sólo cabe una interpretación correctora que armonice con la *ratio* de la institución de prisión preventiva. En tal virtud, la conjunción disyuntiva "o" en realidad debe ser la conjunción copulativa "y", de suerte que en procesos complejos, cuando el tribunal revisor anule la causa hasta el punto de disponer la renovación de todo el proceso y se dicte un nuevo auto de instrucción, se entenderá que el tiempo transcurrido con ocasión del auto de prisión anulado no rige. Éste es el caso del primer extremo del art. 299° CPP: "La Corte Suprema, (...) puede anular todo el proceso y mandar rehacer la instrucción por el mismo u otro Juez Instructor; o declarar sólo (...)".

Asimismo, dicho párrafo estipula que en los "casos en que se declare la nulidad de procesos seguidos en fueros diferentes, el plazo se computa desde la fecha en que se dicte el nuevo auto de detención". Este supuesto pretende resolver un problema reciente vinculado a la anulación de sentencias de los Tribunales Militares con motivo de los fallos dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando se estableció su incompetencia material para conocer los hechos que dieron lugar al proceso penal militar. Es verdad, también, que un supuesto similar se presentaría si el Tribunal Constitucional, aceptando una acción de garantía, dispone la anulación de fallos militares. Pues bien, en esos casos y sólo en esos casos, tampoco se computa el tiempo de privación cautelar de la libertad e inclusive de la pena

privativa de libertad impuesta, plazo que recién empieza a correr desde el momento en que se dicte el nuevo auto de detención[156].

6. Esta "ficción legal" ha sido expresamente aceptada por el Tribunal Constitucional en el Asunto "Jaime Castillo Petruzzi". Allí precisó que la regularidad de ese cómputo, iniciado a partir del nuevo proceso, es incuestionable, "...pues el órgano judicial tiene derecho a un plazo razonable para administrar justicia. Además, el nuevo proceso penal es un reconocimiento de la Corte Interamericana al derecho de defensa del actor que fue condenado en un proceso militar irregular, reconocimiento que lo beneficia, pero que implica, en contrapartida, el respeto del procedimiento al que resulta sometido, lo que supone la vigencia de los plazos respectivos, incluyendo los relacionados con las medidas preventivas y de seguridad"[157].

Más allá de ese dato, es de tomar en consideración la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recaída en los Asuntos "Genie Lacayo" de 29 de enero de 1997, "Suárez Rosero" de 12 de noviembre de 1997, y "Paniagua Morales y otros" de 8 de marzo de 1998, en la que expresamente aceptó el criterio adoptado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De ella fluye: a) que el concepto de "plazo razonable", que no es de sencilla definición ni permite plazos fijos o abstractos, requiere realizar un análisis global del procedimiento para determinar caso por caso si se está ante una "dilación indebida"; b) que son tres los elementos que se deben tomar en cuenta para determinar la razonabilidad del plazo: la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales. (El TEDH, en cuanto a la prisión preventiva,

---

[156] Entre otras, la STC, Exp. N° 525-2001-HC/TC, Asunto "Santos Mondoñedo Robles", de 1 de agosto de 2002, párr. 2 (*El Peruano*, Lima, 12 de setiembre de 2002, pp. 5279-5580), señaló que: "El período de detención sufrido por el accionante debe contabilizarse ya sea desde la fecha en que las autoridades judiciales competentes inicien el proceso que le corresponda o desde la fecha de publicación de la sentencia emitida por este Tribunal en este expediente [Exp. N° 005-2001-AI/TC]; esto es, el dieciséis de noviembre del año dos mil uno; y, entre ellas, debe considerarse la que resulte más beneficiosa para su caso. Por último debe señalarse que la medida cautelar se produjo en virtud de una condena y no en cumplimiento de una medida coercitiva personal, supuesto básico para invocar la libertad por exceso de detención". En la STC, Exp. N° 282-2002-HC/TC, Asunto "Betty Francisca Ramírez Camargo", de 11 de julio de 2002, párr. 2, invocando precedentes jurisprudenciales consolidados, precisó que: "(...) el nuevo proceso, desde este punto de vista, puede considerarse como una posibilidad beneficiosa y debe cumplir el trámite de ley..." (*El Peruano*, Lima, 15 de noviembre de 2002, pp. 5539-5540).

[157] STC, Exp. N° 1170-2001-HC/TC, Asunto "Jaime Francisco Castillo Petruzzi", de 12 de noviembre de 2001 (*Jurisprudencia Constitucional*, cit., T. I, pp. 432-434).

también incorporó otros dos elementos: la gravedad del delito imputado [Asunto "Tomasi" de 27 de agosto de 1992] y el riesgo de fuga [Asunto "Van der Tang" de 13 de julio de 1995]); c) que lo complejo de un asunto está en función de la extensión de las investigaciones y de la amplitud de las pruebas, así como de la multiplicidad de instancias o recursos; d) que, en cuanto a la actividad procesal del imputado, debe advertirse si él ha realizado una conducta incompatible o si ha entorpecido la tramitación de la causa, que es lo que se denomina "defensa obstruccionista"; e) que, en lo atinente a la conducta del órgano judicial, está en función de si éstas han incurrido en dilaciones excesivas, tomando en cuenta la propia entidad de la causa; f) que el plazo se aprecia desde el momento en que se aprehende al imputado (se incluye detención policial) y culmina cuando se dicta sentencia definitiva (incluyendo los recursos); y, g) que, en los casos que conoció, la CIDH consideró (Asunto "Genie Lacayo") que 50 meses es un plazo no razonable como duración global del procedimiento, y en otra oportunidad consideró que cinco años es excesivo (Asunto "Suárez Rosero").

Desde esta jurisprudencia, cabe censurar la legislación nacional que eventualmente en procesos complejos podría aceptar como plazo legal hasta un máximo de seis años de encarcelamiento preventivo; y, eso sin contar lo que puede durar un recurso superior. En tanto se considera, desde ya, como un plazo excesivo aquel que supera los cincuenta meses, o sea un poco más de cuatro años, y eso tomando en cuenta causas realmente complejas, no puede aceptarse en un caso concreto un plazo de esa extensión. Es más, la jurisprudencia constitucional española dice que el plazo razonable en una causa determinada puede ser sensiblemente menor al plazo máximo legal, atendiendo a la complejidad de la causa, la actividad desplegada por el órgano judicial y el comportamiento del recurrente, con lo que la duración de la prisión preventiva no obedece ni a una conducta meramente inactiva del juez, ni puede ser provocada por una actividad obstruccionista de la defensa, a través del planteamiento de recursos improcedentes o de incidentes dilatorios, dirigidos exclusivamente a obtener el agotamiento de los plazos de la prisión provisional (SSTCE, 206/91 y 41/1996).

7. Por último, el Parágrafo V del nuevo art. 137° CPP introduce un nuevo plazo una vez que se dicta sentencia de primera instancia y ésta es recurrida. El plazo se prolongará hasta la mitad de la pena impuesta. ¿Es un plazo nuevo o una reestructuración del mismo? Creemos que es un plazo reestructurado que exige un reordenamiento del criterio legal anterior. El preso preventivo sólo podrá estar en esa calidad, iniciado el procedimiento recursal, hasta que supere la mitad de la pena impuesta por el juez de instancia; por ende, si ese plazo ya operó, debe otorgársele libertad inmediata.

7. RECURSOS CONTRA LA PRISIÓN PREVENTIVA

El vigente art. 138° CPP 1991 regula el derecho de impugnación del imputado contra el auto de prisión preventiva. Dos son los recursos impugnatorios que expresamente se prevén: el recurso de queja y el recurso de apelación.

1. El *recurso de queja* es una impugnación que procede contra los mandatos de prisión preventiva inmotivados, o sea, cuando el juez no expresa los razonamientos fácticos y probatorios, así como los fundamentos de derecho, que sustentan la medida de prisión preventiva. En este supuesto, los considerandos del auto judicial no permiten establecer cuáles son los criterios asumidos por el juez para privar provisionalmente de la libertad deambulatoria al imputado, ni contienen un análisis probatorio –de los indicios procedimentales– aunque sea muy conciso sobre el *fumus delicti comissi* y el *periculum in mora*, en sus diversas manifestaciones. En este caso, se reputa que el auto de prisión es un *acto procesal ilegal*, pues si se consigue que se declare fundado el recurso éste no produce efectos jurídicos. El auto de prisión inmotivado es una resolución donde se constata "vicios de actividad", o sea irregularidades en el proceso de formación de la resolución, que la torna inexistente o anulable.

2. El *recurso de apelación* procede contra los autos de prisión injustos, vale decir, cuando el razonamiento judicial expuesto en la resolución sobre la base de los indicios delictivos y de 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 prisión es un *acto procesal 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 revocación, 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[158]. La Corte Suprema ha establecido que el Tribunal revisor está autorizado a merituar (valorar) debidamente las nuevas pruebas aportadas durante el procedimiento recursal, y que si no lo hace incurre en nulidad de actuados[159].

3. El término para interponer ambos recursos es, según la doctrina jurisprudencial, de tres días, contados a partir del momento en que el imputado tiene conocimiento fehaciente de dicha medida (*vid.* art. 376°.1 CPC)[160]. Este término es el mismo que el previsto en el art. 344° del CPP 1991.

---

[158] CORTÉS DOMÍNGUEZ *et al.*: *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 335-338.

[159] Ejecutoria Suprema de 13 de enero de 1994, Exp. N° 1021-93-Lima (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 331-332).

[160] Acuerdo Plenario N° 6-98 (*Plenos Jurisdiccionales*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2002, pp. 177-180).

Los dos recursos se interponen ante el 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 prisión, en atención al principio de ejecución provisional de las resoluciones impugnadas, reconocido por lo demás legislativamente en el art. 336° CPP 1991. Además, la ley rituaria, en su mismo texto (art. 138° *in fine*), preceptúa que el recurso de apelación se concede con efecto suspensivo. En ambos casos, como lo ha determinado la Corte Suprema, no se exige que el imputado se ponga a derecho[161].

4. Si se acoge el recurso de queja, el efecto que trae consigo sería: a) anular el mandato de prisión preventiva, al infringirse el art. 139°.5 Const. e incurrir en la causal de nulidad prevista en los arts. 298°.1 CPP 1940 y 325°.3 CPP 1991; b) 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, se evitaría la contaminación propia de quien ha conocido aspectos sustanciales del proceso; y, c) 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 prisión preventiva, aun cuando el tenor del art. 138° pareciera indicarlo así, puesto que en todo caso prima el principio constitucional de autonomía jurisdiccional[162].

Si se acoge el recurso de apelación, el Superior Tribunal revocará el auto de prisión y dictará la medida sustitutiva que corresponda: comparecencia simple o restrictiva, según el caso.

8. PRISIÓN PREVENTIVA Y PARÁMETROS DE LOS CUATRO AÑOS

El legislador de 1991 consideró que un criterio objetivo del *periculum libertatis*, 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 de que hasta los 4 años de pena privativa de la libertad es posible imponer una pena de ejecución

---

(161) Ejecutoria Superior de Lima de 11 de setiembre de 1988, Exp. 04-88 (CORTE SUPERIOR DE LIMA: *Jurisprudencia Penal*, Cultural Cuzco, Lima, 1990, T. III, p. 269).

(162) La Corte Suprema en la Ejecutoria Suprema de 11 de setiembre de 1997, Exp. N° 4192-95, Cusco, señaló en esa misma perspectiva: "Tratándose de la omisión del Juez penal en fundamentar el mandato de detención [prisión preventiva], la Sala Penal Superior debe pronunciarse declarando ya sea fundada o infundada la queja [...]; que, al ser declara fundada la queja, el colegiado debe disponer la remisión del proceso a otro Juez a fin de que previo análisis del mismo, dicte la medida coercitiva de carácter personal que correspondía a su criterio..." (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2001, p. 185).

suspendida condicionalmente (art. 57°.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 prisión 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 prisión preventiva 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. prisión preventiva. 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[163], 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 unido 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.

V. LA COMPARECENCIA

1. ASPECTOS GENERALES

La comparecencia es una medida provisional personal 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[164]. La libertad de movimientos y ambulatoria está

---

(163) PEDRAZ PENALVA: "El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas", cit., p. 83.

(164) La Corte Superior de Lima ha establecido al respecto que la "comparecencia es un estado procesal de sujeción al proceso y no simplemente un emplazamiento a concurrir a la instructiva" (Ejecutoria Superior de 24 de noviembre de 1998, Exp. N° 43-98-A [BACA CABRERA *et al.*: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, cit., T. III, p. 685]).

afectada ligeramente, pues cuando se le cite está obligado a comparecer, sea para que preste declaración o para que intervenga en alguna diligencia procesal (*vid.* art. 144°, primer párrafo, CPP 1991, modificado por la Ley N° 26480, de 15 de junio de 1995).

Esta medida se deriva del principio de proporcionalidad (subprincipio de necesidad), vinculado a la intensidad de las restricciones, de suerte –como apunta LLOBET RODRÍGUEZ– que cuando otras medidas menos gravosas para el imputado pueden ser viables para evitar el peligro de fuga, peligro de obstaculización o de reiteración (este último no aceptado en nuestra legislación), debe acudirse a dichas medidas(165).

En principio, la comparecencia procede en defecto de los requisitos previstos para la prisión preventiva; está definida negativamente, tal como ha sido puntualizado por la jurisprudencia superior(166). Sin embargo, positivamente, está prevista para las imputaciones por delitos leves o de mediana entidad y para aquellos casos en que no exista peligrosidad procesal de intensidad excepcional(167). Además, está configurada como una alternativa

---

(165) LLOBET RODRÍGUEZ: *Proceso penal comentado*, cit., p. 549.

(166) Ha declarado la Corte Superior de Puno que: "Ante la ausencia de uno de los presupuestos para ordenar el mandato de detención, procede aperturar el proceso con orden de comparecencia" (Ejecutoria Superior de 1 de junio de 1999, Exp. N° 99-174 [ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, *Serie de Jurisprudencia 3*, Academia de la Magistratura, Lima, 1999, p. 491]). Con mayores argumentos, la Corte Superior del Cono Norte de Lima, puntualiza: "El mandato de comparecencia es dictado en los casos que no procede mandato de detención, esto es, en defecto de la concurrencia de cualquiera de los siguientes presupuestos materiales: prueba suficiente, pena probable y peligro procesal; bastando sólo la ausencia de uno de estos presupuestos para que no se configure mandato de detención alguno, quedando expedita la vía para acceder a las demás medidas de coerción personal que los hechos y las circunstancias ameriten al caso" (Ejecutoria Superior de 11 de enero de 1999, Exp. N° 98-77-SPO1 [ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, *Serie de Jurisprudencia 3*, cit., p. 488]). Sobre perspectivas básicamente dogmáticas, la Corte Superior de Lima estableció que "la medida de detención [en línea contraria] tiene carácter excepcional y las medidas coercitivas deben guardar proporción con la gravedad del daño causado y la peligrosidad del procesado; si la prognosis de la pena a imponérsele no supera los cuatro años de pena privativa de la libertad es del caso dictar orden de comparecencia" (Ejecutoria Superior de Lima de 24 de noviembre de 1997, Exp. N° 8004-97 [LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, Grijley, Lima, 1999, p. 241]).

(167) La Jurisprudencia superior ha determinado, por ejemplo, que las sospechas simples, sobre la base de información policial, determinan la orden de comparecencia (Ejecutoria Superior de Puno de 24 de mayo de 1999, Exp. N° 45-L-1-99 [ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, *Serie de Jurisprudencia 3*, cit., p. 496]); o que si el pronóstico de pena sería menor a los cuatro años debe dictarse comparecencia (Ejecutoria Superior del Cono Norte de Lima de 9 de agosto de 1999, Exp. N° 99-437-SPO1 [ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, *Serie de Jurisprudencia 3*, cit., p. 507]); o si el imputado tiene do-

a la prisión preventiva, para lo cual la Ley ha reconocido un conjunto de restricciones que pueden imponerse, según la entidad del delito y el nivel del peligro procesal indiciariamente acreditado. 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, conforme al art. 144°, segundo párrafo, CPP 1991, modificado por la Ley N° 26480, de 15 de junio de 1995, previo requerimiento realizado por el Fiscal o el Juzgador (se entiende, en el actual sistema mixto del CPP 1940, únicamente por el Juez, sea el Instructor –o Juez Penal– o la Sala Penal Superior), se revocará la medida y se dictará mandato de detención –prisión preventiva–; de ser el caso, y según las alternativas vulneradas, perderá la caución y se ejecutará la garantía patrimonial constituida o la fianza personal otorgada (*vid.* art. 143°.5 CPP 1991). Si se ha dictado mandato de comparecencia simple, el incumplimiento a la citación –sea para la instructiva o para cualquier acto o diligencia procesal– determina la orden de conducción compulsiva, que será ejecutada por la Policía.

El auto que dicta mandato de comparecencia es impugnable por las partes (Fiscal y el propio imputado si cuestiona una restricción en particular), inclusive por la parte civil según lo ha determinado la jurisprudencia superior[168].

2. LA COMPARECENCIA SIMPLE

La comparecencia, en cuanto a sus presupuestos, está delimitada negativamente. Señala el art. 143°, primer párrafo, del Código Procesal Penal de 1991 que se dictará comparecencia cuando no corresponda la medida de

---

micilio y trabajo y asistió a las diligencias policiales no existe peligro de fuga (Ejecutoria Superior de Lima de 20 de octubre de 1998, Exp. N° 4763-98-A [BACA CABRERA *et al.*: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, cit., T. III, p. 687]). Es censurable, por vulnerar el derecho de defensa y la libertad de declaración, que el criterio para definir la medida provisional personal pueda ser la actitud asumida por el imputado ante la policía que demuestra su falta de sinceridad (Ejecutoria superior de Lima de 19 de enero de 1998, Exp. N° 7218-97-A [BACA CABRERA *et al.*: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, cit., T. III, p. 688]). Otra Ejecutoria superior de Lima es la de 10 de noviembre de 1999, Exp. N° 3265-97-C, que estipula que si los procesados "han acreditado domicilio y trabajo conocido, lo que sumado a sus características personales y nivel de instrucción permiten deducir que no buscarán eludir la acción de la justicia ni perturbar el desarrollo del proceso ", presenta una concepción de clase tan marcada y genérica que no es satisfactoria: el nivel de vida y rasgos sociales, son siempre factores ambivalentes, por lo que la inclinación por uno u otro debe motivarse cuidadosamente (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, cit., pp. 233-234).

(168) Ejecutoria Superior de 11 de enero de 1999, Exp. N° 98-77-SPO1 (ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, *Serie de Jurisprudencia 3*, cit., p. 488).

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. 143° 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. 57°.1 del Código Penal), reservar el fallo condenatorio (art. 62°.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. 32° y 52° 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 dic-

tarla 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. 67° del Código Procesal Penal de 1991 autoriza al Fiscal que en caso de inconcurrencia a una citación pueda disponer la conducción compulsiva del omiso.

3. COMPARECENCIA RESTRICTIVA

El vigente art. 143° CPP 1991 prevé dos modalidades de comparecencia restrictiva: *obligatoria* y *facultativa.* La primera se dicta 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 (siempre las dos funciones asignadas a las medidas preventivas personales que limitan la libertad individual: cautelar y aseguratoria de la prueba). Es obvio que deben existir suficientes indicios delictivos de la comisión de un delito y de la vinculación del imputado como autor o partícipe del mismo, así como algunos datos razonables 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[169]. La ley presume que

---

[169] BARONA VILAR: *Prisión provisional y medidas alternativas*, cit., pp. 227-228.

estas personas requieren, como apunta ASENSIO MELLADO, una atención y un trato especial que es imposible dispensarle en la prisión[170].

La restricción especialmente concebida para estas personas es la "detención domiciliaria". Esta restricción se cumple en el propio domicilio, lo que no excluye que lo sea en otro domicilio señalado por el Juez, con la vigilancia que se considere necesaria[171]. Comoquiera 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[172].

B. La comparecencia restrictiva facultativa

Cuando no corresponda dictar mandato de prisión preventiva ni, obligatoriamente, detención domiciliaria, y siempre que exista determinado riesgo, aun 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. 143°, 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

---

(170) ASENCIO MELLADO: *La prisión provisional*, cit., p. 200.

(171) El Tribunal Constitucional ha estipulado que respecto de la detención domiciliaria sucede algo semejante, aunque no con los alcances de la prisión preventiva: "(...) La obligación de permanecer, en forma vigilada, dentro del domicilio, es, sin duda, también una limitación seria de la libertad locomotora, cuyo dictado, por cierto, debe necesariamente justificarse, pues sucede que ésta constituye, entre las diversas fórmulas con las que se puede decretar la comparecencia restrictiva en nuestro ordenamiento procesal penal, la más grave. Por ello, el Tribunal Constitucional considera que también tal medida restrictiva de la libertad locomotora debe sujetarse a su conformidad con los principios de subsidiaridad, provisionalidad, razonabilidad y proporcionalidad" (STC, Exp. N° 1565-2002-HC/TC, Asunto "Héctor Chumpitaz Gonzales", 5 de agosto de 2002, párr. 3 [*El Peruano*, Lima, 12 de setiembre de 2002, pp. 5288-5290]).

(172) BARONA VILAR: *Prisión provisional y medidas alternativas*, cit., p. 230.

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[173].

Las alternativas o restricciones, que indistintamente están relacionadas con el peligro de fuga (v. gr.: arresto o detención domiciliaria) o con el peligro de obstaculización (v. gr.: prohibición de comunicarse con determinadas personas) son las siguientes:

1. Detención domiciliaria o permanencia vigilada en el domicilio.
2. Vigilancia de individuos o instituciones.
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. 143° 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. 2°.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

---

(173) BARONA VILAR: *Prisión provisional y medidas alternativas*, cit., pp. 208-209.

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(174). 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 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.

La jurisprudencia suprema tiene las siguientes directivas al respecto: 1) Que debe fijarse si se trata de inculpados con solvencia económica, 2) que su objeto exclusivo es que el imputado comparezca al ser llamado por el Juez, tanto para cumplir actos procesales, como para asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas, y 3) que se determina tomando en cuenta la naturaleza del delito, es decir, su gravedad, impacto social, el daño causado, y las condiciones personales del imputado(175). La jurisprudencia superior considera; 1) que, para fijar su cuantía, debe atenderse a la situación económica del imputado, educación, profesión y situación familiar(176); 2) que no debe imponerse cuando no existe el peligro procesal que se pretende evitar al imponer dicha obligación, así como también cuando de los primeros recaudos que se adjuntan no existe una imputación directa sobre el imputado(177) (criterio que, en puridad y como se ha precisado, es el propio para imponer comparecencia simple). La Ejecutoria superior de Lima de 25 de noviembre de 1998 señaló que como la norma no establece de manera alguna que la caución puede ser sustituida por el otorgamiento de una fianza personal, ésta no debía aceptarse(178); empero, si bien es cierto que el numeral del art.

---

(174) LORCA NAVARRETE, Antonio: *Derecho procesal penal*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 271.

(175) Ejecutoria Suprema de 12 de enero de 1998, Exp. N° 5115-97 (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 187).

(176) Ejecutoria Superior de Lima de 1 de junio de 1998, Exp. N° 35-98-A (ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, T. I, p. 632).

(177) Ejecutoria Superior de Lima de 9 de noviembre de 1998, Exp. N° 4255-98 (BACA CABRERA *et al.*: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, cit., T. III, p. 699).

(178) Exp. N° 2994-98-A (BACA CABRERA *et al.*: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, cit., T. III, p. 700).

143° comentado no establece, como lo hace el vigente art. 183° CPP 1991 dedicado a la libertad provisional, la posibilidad de ofrecer una fianza personal, ello no puede ser óbice para no aceptarlo en el caso de la comparecencia restrictiva, pues se impone, a favor del reo, una lógica integrativa atendiendo a la igualdad esencial del objetivo que cumple la caución y la fianza como alternativa a la privación de libertad.

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–.

En tanto, debe aplicarse la fianza prevista en el art. 184° CPP 1991, en razón de un simple argumento de integración jurídica favorable al reo y al hecho de que el nuevo texto del art. 144° del citado Código, instituido por la Ley N° 26480, de 15 de junio de 1995, prevé que la revocación de la comparecencia implica la pérdida de la fianza personal otorgada (lo que implícitamente acepta que la restricción comprende la prestación de fianza). Hay que definir la fianza como el aporte patrimonial –sea en dinero en efectivo, inmuebles, bienes o valores mobiliarios– que hace un tercero, destinado a garantizar las obligaciones procesales del imputado derivadas de la comparecencia restrictiva. No es significativo, por tanto, que el aporte patrimonial corresponda al propio imputado o a un tercero, puesto que 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–[179], 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 comparecencia. 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.

---

[179] Ha señalado la Corte Suprema en la Ejecutoria de 10 de agosto de 2001, Exp. N° 1729-2001, Lima, que aun cuando el imputado no haya cumplido las reglas de conducta impuestas conforme al art. 143° CPP no puede sancionársele con la pérdida de la caución si el órgano jurisdiccional no requirió su cumplimiento bajo apercibimiento (*Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 13, marzo, Trujillo, 2002, pp. 62-63).

VI. EL IMPEDIMENTO DE SALIDA O ARRAIGO

El art. 146° CPP 1991, no vigente, considera el impedimento de salida como una medida independiente. Así lo hace, igualmente, el inc. 2) del art. 2° de la Ley de medidas limitativas de derechos en investigaciones preliminares, Ley N° 27379, que –en su ámbito de aplicación– lo extiende al proceso penal por imperio de su art. 7°.

La función de esta medida provisional personal no es meramente cautelar, también es aseguratoria de la prueba, y se extiende a los testigos, transformándose en este caso en una medida coercitiva tendiente a garantizar la indagación de la verdad. El Tribunal Constitucional ha señalado que esta medida, incluyendo la de no ausentarse del lugar de residencia sin previa autorización del juez –de suerte que, según el sustento del Juez y si invoca el art. 143° CPP 1991, puede ser considerada una medida restrictiva no autónoma, sino derivada del mandato de comparecencia restrictiva– restringe legítimamente el derecho a la libertad de tránsito, y tiene como objeto asegurar la presencia de la persona afectada en el proceso[180].

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[181].

El impedimento de salida, en cuanto medida provisional personal que restringe el derecho de circulación de las personas, garantizado por el art. 2°.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. 139°.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. 3 del art. 143° 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.

---

[180] STC, Exp. N° 1077-2002-HC/TC, Asunto "Juan Manuel García Quiroga", de 8 de julio de 2002, párr. 3 (*El Peruano*, Lima, 14 de febrero de 2003, pp. 5787-5788).

[181] BARONA VILAR: *Prisión provisional y medidas alternativas*, cit., pp. 236-237.

El art. 147° 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. 159°, incs. 1, 4 y 5, de la Constitución). La parte o el actor civil no tienen 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. 148°).

VII. LA MEDIDA DE 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 prisión preventiva, que viene a suponer una vía a aplicarle a fin de someterlo a un tratamiento determinado o especial. En esta medida, sin duda, se incluyen a los toxicómanos, alcohólicos e, inclusive, a quien sea susceptible de propagar alguna enfermedad contagiosa, previéndose la ordenación de medidas médicas pertinentes.

El art. 191° CPP 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. 190° 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. 28° del Decreto Ley N° 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. 73°, 74° y 77° 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. 81° y 126° a).

A. El art. 81° 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. En primer lugar, *tuitivas*, evitando que el imputado incurra en reiteración delictiva, de ahí su consideración de medida provisional penal, aunque tampoco, como apunta GÓMEZ COLOMER, puede negarse su función cautelar en tanto que trata de asegurar el cumplimiento de una posible sentencia condenatoria, sólo que, y aquí está la diferencia con la prisión preventiva, la sanción a imponerse es una medida de seguridad[182]; y, en segundo lugar, *de seguridad*, porque permite "...la ordenación de medidas médicas pertinentes así como la posibilidad de curas de desintoxicación"[183].

---

[182] GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis: *El proceso penal alemán*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 114.

[183] BARONA VILAR: *Prisión provisional y medidas alternativas*, cit., p. 238.

VIII. MEDIDAS DE PROHIBICIÓN DE RESIDENCIA, DE APROXIMACIÓN Y DE COMUNICACIÓN

1. LA LEGISLACIÓN DE PROTECCIÓN FRENTE A LA VIOLENCIA FAMILIAR

El art. 25° del Texto Único Ordenado de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar, aprobada por Decreto Supremo N° 006-97-JUS, de 27 de junio de 1997, estipula que el Juez Penal podrá dictar las *medidas cautelares* que señala la presente ley. De igual manera, el art. 26° prevé que el Juez pueda dictar lo que denomina incorrectamente "*medidas de protección*". La impropiedad consiste en que las medidas que a continuación se detallarán están enderezadas a restringir derechos individuales del imputado, son prohibiciones que se dictan y que afectan su entorno jurídico (se trata en suma de medidas provisionales penales); distinto es el caso de las propiamente denominadas "*medidas de protección*" (*vid.* Ley N° 27378, Decreto Supremo N° 020-2001-JUS, y Decreto Legislativo N° 922), que si bien procuran proteger a determinados sujetos o participantes procesales, con su dictado no se lesiona derecho individual alguno del imputado, son medidas que tienen una función preventiva-policial.

El *ámbito* de esta Ley, de conformidad con su art. 2°, son aquellas conductas –acción u omisión punible– que (1) causen daño físico o psicológico, (2) maltrato sin lesión, (3) la amenaza o coacción graves y/o reiteradas, así como (4) la violencia sexual, que se produzcan entre: a) cónyuges, b) ex cónyuges, c) convivientes, d) ascendientes, e) descendientes, f) parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, g) quienes habitan en el mismo hogar –siempre que no medien relaciones contractuales o laborales–, y h) quienes hayan procreado hijos en común –independientemente que convivan o no al momento de producirse la violencia–.

El art. 10° de dicha Ley, modificado por la Ley N° 27982, de 29 de mayo de 2003, enumera –aunque no limitativamente– las medidas que bajo el rubro "*de protección*" se pueden adoptar. Son: a) retiro del agresor del domicilio; b) impedimento de acoso a la víctima; c) suspensión temporal de visitas; y, d) inventarios sobre sus bienes. Las primeras tienen carácter personal, y la última patrimonial. Estas medidas, por lo menos las tres primeras, tienen un propósito común: alejar al agresor, evitar perturbaciones, en suma, precaver nuevos atentados contra la víctima, afectando derechos del imputado.

El art. 11° del Reglamento de la Ley, aprobado por Decreto Supremo N° 002-98-JUS, de 25 de febrero de 1998, establece los presupuestos materiales para dictar estas medidas que recaen contra el imputado: 1) Que exista peligro por la demora (*¿periculum in mora?*); y, 2) Que resulten indispensables para evitar mayores perjuicios a la víctima o para garantizar su integridad física,

psíquica y moral. Asimismo, aunque implícitamente, requiere la existencia del *fumus comissi delicti*, en tanto que para que el Juez dicte la confirmación de la medida dictada por el Fiscal, debe acompañar los recaudos pertinentes.

2. CARÁCTER Y NATURALEZA DE LAS MEDIDAS

Sin duda, esta legislación amplía las posibilidades de intervención de la justicia penal para hacer frente a una actitud agresiva del imputado en relación no sólo con la víctima y su entorno familiar, dado que según la experiencia cotidiana *–perspectiva sociológica–* la conducta del imputado se extiende a los familiares de la víctima, y a los vecinos y amigos que hubieran tenido con ella una relación directa cuando sucedieron los hechos.

Como señala ARANGÜENA FANEGO, se trata de medidas que restringen derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, como la libertad personal, la libre comunicación y la libre elección de residencia y circulación por el territorio nacional, al impedir al imputado voluntariamente concurrir a determinados lugares o relacionarse con determinadas personas(184).

Dicha autora considera que estas medidas son *cautelares personales*. Persiguen, anota, el fin típico de las cautelares clásicas aunque sea de manera tangencial, toda vez que protegiendo a la víctima con alguna de las medidas acordadas se consigue que pueda desarrollarse con éxito el juicio oral, manteniendo alejada a la víctima tanto de nuevos malos tratos como de amenazas tendentes a conseguir una retractación en su inicial y veraz testimonio, y, en consecuencia, abonando el campo para que en su día efectivamente pueda ser impuesta una debida sentencia de condena(185).

Por el contrario, MORENO CATENA niega la función cautelar de estas medidas, pues su objetivo no se dirige a evitar la ocultación del delito o la sustracción del imputado a la acción de la justicia, sino más bien a proteger a la víctima (y allegados) de futuras y probables agresiones; agrega, que son instrumento excepcional y por tanto limitado en su aplicación, y que precisan de medios materiales y personales de no poca envergadura al efecto de garantizar el efectivo control y vigilancia de su cumplimiento(186). ARAGONESES

(184) ARANGÜENA FANEGO: "La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en materia de malos tratos; especial referencia a las nuevas medidas cautelares del art. 544° bis", cit., p. 247.

(185) ARANGÜENA FANEGO: "La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en materia de malos tratos; especial referencia a las nuevas medidas cautelares del art. 544° bis", cit., p. 250.

(186) GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2001, pp. 299-300.

MARTÍNEZ, considera que se trata "...simplemente de medidas coercitivas personales", que tienen un carácter provisional, son instrumentales y han de ser proporcionales, pero no tienen función cautelar(187).

Su naturaleza, obviamente, no es cautelar, sino *tuitiva coercitiva*, mediante la cual se protege a los ofendidos por el presunto delito, sus familiares y allegados, a través de la imposición al encausado de determinadas prohibiciones. Estas medidas, dice MÁLAGA DIÉGUEZ, no tiene por finalidad garantizar la disponibilidad del encausado durante el proceso ni al final del mismo, sino la *prevención de la reiteración delictiva mediante la protección de quienes presumiblemente serían sus destinatarios*(188).

3. PRESUPUESTOS

Como toda medida provisional penal, aun cuando la ley no lo diga expresamente –el Reglamento se limita a decir que el petitorio del Fiscal irá acompañado de los recaudos correspondientes– se requiere el *fumus comissi delicti*. Es necesario que existan indicios delictivos que permitan advertir la seriedad de los cargos. En la causa debe constar, como dice ARANGÜENA FANEGO, la existencia de un hecho que revista los caracteres del ilícito penal y de motivos para atribuir el mismo a la persona contra la que se acuerda la medida(189).

El art. 11° del Reglamento, asimismo, señala que debe existir peligro por la demora, y la medida debe resultar indispensable para evitar mayores perjuicios a la víctima o para garantizar su integridad. En rigor, el peligro que se trata de combatir es el de reiteración de acciones violentas contra la víctima y sus allegados. No se trata, como dice MORENO CATENA, de un peligro para la marcha ordenada del proceso por la tardanza, propio del *periculum in mora*, sino de un *periculum in damnum* (peligro fundado de repetición delictiva), de ahí su naturaleza provisional (190). Un factor interesante es la "*indispensabilidad*" o necesidad de la medida, propia del principio de proporcionalidad. Este principio obliga, de un lado, a garantizar la evitación de perjuicios y la integridad de la víctima y sus allegados; y, por otro lado, a tener en consideración la situación económica del imputado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral, sobre todo –como

(187) DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 2002, cit., p. 409.

(188) MÁLAGA DIÉGUEZ: "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", cit., p. 236.

(189) ARANGÜENA FANEGO: "La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en materia de malos tratos; especial referencia a las nuevas medidas cautelares del art. 544° bis", cit., p. 251.

(190) En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 300.

anotan CALDERÓN Y CHOCLÁN– la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de la medida como tras su finalización[191].

Para determinar el *periculum in damnum*, precisa MÁLAGA DIÉGUEZ, los indicios a valorarse serán "...el tipo de delito cometido, los antecedentes del encausado, las amenazas vertidas por el mismo, los intentos de agresión ya producidos, una conducta de acoso o seguimiento, etc. A su vez, esos indicios se verán acreditados, la mayor parte de las veces, por los testimonios de las propias personas a proteger, [o con] declaraciones de terceras personas [...], e incluso informes psicológicos o psiquiátricos sobre el encausado...", todo lo cual permitirá valorar y concretar la gravedad del peligro de reiteración delictiva[192].

4. CARACTERÍSTICAS Y PROCEDIMIENTO

Estas medidas, como ya se anotó, comparten todas las características de las medidas provisionales penales: instrumentalidad, provisionalidad (*rebus sic stantibus*), y, en especial, la homogeneidad. Asimismo, según nuestro sistema jurídico, también comparten la nota de *oficialidad*, pues el art. 25° de la Ley permite dictarlas de oficio por el Juez. La nota de *jurisdiccionalidad*, sin embargo, ha sido relativizada por la Ley, en tanto que el Fiscal puede dictarlas como "*medida inmediata*", aunque el Reglamento –de ahí la relativización aludida– ha dispuesto que tal decisión sea confirmada sin más trámite y con máxima celeridad por el Juez mediante resolución judicial, obviamente fundada, lo que es indispensable tratándose de la afectación de derechos fundamentales.

Las prohibiciones que instrumenta la Ley, en rigor, constituyen mandatos judiciales de *prohibición de residencia* –no acceso al predio, o no residir en un determinado lugar, barrio, distrito o localidad–, *de prohibición de aproximación* –evita actos de acoso o seguimiento que bordean, sin transgredirlos, los límites de los delitos, interfiriendo en el desarrollo normal de la vida y tranquilidad de la víctima y sus allegados–, y de *prohibición de comunicación* –atajando la prohibición de contactos con la víctima, sean escritos, verbales o visuales por cualquier medio de comunicación o telemático–.

En cuanto al procedimiento, éstas se dictan inclusive de oficio mediante resolución debidamente fundamentada, sin ningún trámite previo y en cualquier estado de la causa, imponiendo los mecanismos de control necesarios para asegurar su efectividad. La *oficialidad* como nota característica de estas

---

(191) CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO: *Derecho procesal penal*, cit., p. 280.

(192) MÁLAGA DIÉGUEZ: "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", cit., p. 238.

medidas de prohibición, no impide que puedan ser solicitadas por el Fiscal y por la víctima. Es de acotar que el Fiscal, en sede preliminar, puede dictarlas como "*medidas inmediatas*", aunque acto seguido deben ser confirmadas por el juez, se entiende *in audita et altera parte*. Empero, es de resaltar que si ya se dictaron y ejecutaron, muy bien puede escucharse al afectado con la medida, a fin de que el juez decida en consecuencia. En este caso, atento al principio de proporcionalidad, el Juez puede reformarla y, de ser el caso, sustituirla por otra medida menos intensa. La tipicidad de estas medidas no es estricta y permite al Juez configurarlas del mejor modo posible, atento a las circunstancias de la causa. Como medidas que limitan derechos fundamentales, obviamente son apelables una vez adoptadas y ejecutadas, alzada que no puede tener efecto suspensivo.

IX. LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE DERECHOS

El Derecho comparado, junto con las medidas arriba estudiadas, también contempla otras medidas que suponen una restricción provisional de un derecho individual de un imputado, el mismo que sería limitado por una pena de inhabilitación; y, que como, dice ORTELLS RAMOS, no del todo inadecuadamente podrían denominarse *medidas preventivas personales*[193]. El Proyecto CPP de 1995, siguiendo el CPP Italiano, las denomina "*medidas interdictivas*".

Dos son las finalidades legítimas que estas medidas pueden ostentar: 1) La prevención de la reiteración delictiva, que se vería facilitada si el imputado continuase desempeñando una determinada actividad, función o cargo; y, 2) El aseguramiento de la prueba, que el inculpado podría obstaculizar valiéndose de esa actividad. Está por completo descartada la función de mitigación de la alarma social –función de prevención general, propia de las penas–, puesto que se trata de circunstancia por completo ajenas al imputado, y no tiende en consecuencia prevenir actuaciones dañosas o perjudiciales provenientes del mismo[194].

Las características de las *medidas interdictivas* incorporadas en el Proyecto CPP 1995 son las siguientes:

1) Se relacionan con la pena de inhabilitación (art. 36° CP), y no pueden durar más de la mitad del tiempo previsto para dicha pena en el caso concreto.

---

(193) En: MONTERO AROCA *et al.: Derecho Jurisdiccional*, ed. 1997, cit., T. III (*Proceso penal*), p. 474.

(194) MÁLAGA DIÉGUEZ: "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", cit., p. 239.

2) Las medidas que pueden adoptarse son las de: *i)* suspensión provisional del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, *ii)* suspensión provisional en el ejercicio de empleos o cargos públicos, *iii)* suspensión provisional del ejercicio de actividades profesionales, comerciales o empresariales. También puede adoptarse la *iv)* suspensión provisional o temporal para conducir o portar armas de fuego.

3) Dos son los presupuestos que habilitan su imposición: a) el *fumus commissi delicti,* esto es, razonable atribución del hecho punible al imputado; y, b) el *periculum in damnum*, vale decir, peligro concreto que el imputado perjudicará la actividad probatoria o cometerá delitos de la misma clase (concreción de las funciones tuitiva y aseguratoria de la prueba de las medidas provisionales).

El principio de proporcionalidad está plenamente presente en su imposición. Se requiere resolución motivada. No pueden imponerse automáticamente, sino que deben fundamentarse en orden a evitar la obstrucción de la investigación o la reiteración delictiva.

Capítulo XXXVIII
LAS MEDIDAS PROVISIONALES REALES

SUMARIO: I. Aspectos generales. **II.** Finalidades y presupuestos. 1. Finalidades. 2. Presupuestos. **III.** El embargo. 1. Concepto. 2. Procedimiento. 3. La Ley N° 27652 y el nuevo trámite del embargo. **IV.** El secuestro o incautación de bienes. 1. El decomiso. 2. La incautación o secuestro de bienes. 3. Incautaciones especiales. **V.** Anotación preventiva del procesamiento penal. **VI.** Orden de inhibición de bienes inscribibles. **VII.** destrucción de cultivos. **VIII.** La inmovilización, la ministración provisional de la posesión y la suspensión de la actividad contaminante. 1. La inmovilización de bienes muebles. 2. La recuperación provisional del bien usurpado o ministración provisional de la posesión. 3. La suspensión de la actividad contaminante. **IX.** La pensión provisional y el inventario de bienes.

I. ASPECTOS GENERALES

Se definen las *medidas provisionales reales* como aquellas medidas procesales que recaen sobre el patrimonio del imputado o, en todo caso, sobre bienes jurídicos patrimoniales, limitándolos, y que se acuerdan con el objetivo de impedir, durante la pendencia del proceso, determinadas actuaciones de sus destinatarios que se estiman dañosas o perjudiciales, tanto para la efectividad de la sentencia en relación con las consecuencias jurídicas económicas del delito (función cautelar), como para lograr la propia eficacia del proceso (función aseguratoria de la prueba y función tuitiva coercitiva).

Desde esa perspectiva, se tienen las medidas provisionales reales penales y las medidas provisionales reales civiles. Las primeras están orientadas a los fines propios del objeto penal, mientras que las segundas a los fines del objeto civil, esto es, reparación civil (art. 93° CP) [195].

En el primer caso se encuentran: 1) la incautación o secuestro provisional, que cumple una doble finalidad: *cautelar*, pues persigue la efectividad de la consecuencia accesoria del decomiso (arts. 102° CP, 59° 63°, 170° y 171° CPP 1940), y *aseguratoria* del bien ocupado, a los efectos de la acreditación

---

[195] Mayores referencias: SAN MARTÍN CASTRO, César: "La tutela cautelar de las consecuencias jurídicas económicas del delito", en: *Ius et Veritas*, Año XIII, N° 25, Lima, 2002, pp. 310-338.

probatoria de los hechos; 2) el embargo preventivo (art. 94° CPP 1940), que cumple una finalidad cautelar, en los casos de imposición de pena de multa –art. 41° CP (cautelar-aseguratorio)–, o de las consecuencias accesorias vinculadas a las personas jurídicas –arts. 104° y 105° CP (cautelar-innovativo o satisfactivo)–; y 3) la destrucción de cultivos –art. 66° Decreto Ley N° 22095, modificado por el Decreto Ley N° 22926, y art. 2° Ley N° 26332– que cumple tanto una función cautelar como puramente coercitiva de prevención de la reiteración delictiva.

En el segundo supuesto se encuentran, todas ellas con una función cautelar (eficacia de la aplicación del art. 93° CP): 1) el *embargo* –sea aseguratorio como innovativo o satisfactivo (art. 94° CPP 1940–; 2) la *anotación preventiva* de la denuncia formalizada y aprobada judicialmente –art. 637° CPC–, con fines igualmente cautelares; 3) la *pensión provisional* de alimentos –arts. 21°, d), 23° y 25° TUO, D. S. N° 006-97-JUS–, que apunta a proteger a la víctima, sin que se niegue su función cautelar; así como 4) el *inventario de bienes* del agresor –art. 10° TUO, D. S. N° 006-97-JUS–, que tiene una función cautelar aseguratoria; y, 5) la orden de *inhibición de bienes inscribibles* –art. 2°.4 Ley N° 27379–, que tiene una función cautelar.

II. FINALIDADES Y PRESUPUESTOS

1. FINALIDADES

La finalidad más característica de las medidas provisionales de naturaleza patrimonial de carácter civil es la prevención de la insolvencia, que es un objetivo puramente cautelar en tanto busca asegurar la eficacia de una eventual condena a la responsabilidad pecuniaria derivada del delito cometido, tanto frente al imputado como frente al tercero civil[196]. Empero, también existe una medida provisional especial que tutela la protección económica de las víctimas (pensión provisional de alimentos), cuya finalidad es evitar males mayores a los generados por el delito, por lo que su función tuitiva es evidente.

Por otro lado, existen medidas provisionales cuya finalidad no es la prevención de la insolvencia, sino la prevención de la desaparición de bienes delictivos por conductas dañosas de ocultamiento que puedan realizar los imputados; y, otras cuya finalidad es hacer cesar la continuidad o permanencia delictiva.

---

(196) MÁLAGA DIÉGUEZ: "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", cit., p. 154.

2. PRESUPUESTOS

Las medidas provisionales reales, como tales, comparten las mismas exigencias generales de toda medida restrictiva de derechos relativas a la necesidad de una resolución judicial motivada, proporcionalidad, provisionalidad y variabilidad[197] (incluimos, la intervención indiciaria). De igual manera, requiere de los presupuestos comunes a todas las medidas provisionales penales: *fumus delicti comissi* y *periculum in mora*.

El *fumus delicti comissi* toma en cuenta, como señala ARANGÜENA FANEGO, 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[198].

El *periculum in mora* es, a juicio de PEDRAZ PENALVA, el peligro de un daño jurídico urgente y marginal derivado del retraso, por la lentitud del proceso, en expedirse la resolución definitiva. Considera el autor, siguiendo a CALAMANDREI, que el peligro que pretende evitar es el peligro de infructuosidad, que conlleva la exigencia de conservar los bienes necesarios para hacer eficaz la ejecución forzosa[199].

La producción de hechos que importan: (1) alterar el patrimonio del imputado o del tercero civil, (2) perturbar la disponibilidad de los bienes delictivos[200] (v. gr.: incautación para garantizar el decomiso de los *producta scaeleris*), o (3) continuar con la actividad delictiva (v. gr.: incautación para

---

(197) CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO: *Derecho procesal penal*, cit., p. 292. RIFÁ SOLER y VALLS GOMBÁU (*Derecho procesal penal*, cit. p. 177), en igual sentido, apuntan que estas medidas habrán de ser, en todo caso, proporcionadas y basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida.

(198) ARANGÜENA FANEGO: *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, cit., pp. 26-28.

(199) PEDRAZ PENALVA, Ernesto: *Las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, Trivium, Madrid, 1985, pp. 93-99.

(200) Señala Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ (en: GIMENO SENDRA *et al.*: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 303), que las denominadas "*medidas tendentes a la conservación de las cosas relacionadas con el delito*" no son medidas cautelares, pues sólo pretenden conservar las cosas en su estado inicial para que puedan ser apreciadas en su justa medida por el juez para el conocimiento y fallo; no posibilitan la ejecución de la sentencia de condena. Empero, es de tener presente que el Derecho penal prevé la consecuencia accesoria del decomiso (o, comiso, en el CP español) que debe imponerse respecto de bienes delictivos (*producta o instrumenta scaeleris*) y, como tal, es una medida penal a declararse en la sentencia, por lo que el aseguramiento procesal requiere de una medida provisional, como es el secuestro o incautación, sin que a ello obste la instrumentación de medidas de aseguramiento y conservación del *corpus delicti* y de otros bienes susceptibles de acreditar el hecho punible.

poner término a la consumación del delito o para reducir sus efectos lesivos, más vinculada a los *instrumenta scaeleris*), justifican la imposición de esta medida provisional. Corresponde al juez que las impondrá valorar en cada supuesto particular las situaciones de peligro justificativas de las mismas[201].

Desde la perspectiva del *periculum in mora,* los riesgos que pretenden combatirse con la imposición de una medida provisional real se constatan a través de la simple valoración objetiva que nace de la imputación delictiva fundada. El CPP 1940 no exige la concurrencia de indicios para valorar los riesgos (v. gr.: falta de arraigo, maniobras fraudulentas o conductas evasivas). En estos casos, el *periculum in mora* se encuentra completamente objetivado, de modo que se acuerda con independencia de las concretas circunstancias del afectado, tal como aparece de lo dispuesto en el art. 94° CPP 1940. No es así, en cambio, en el art. 2°.4 de la Ley N° 27379, pues exige la acreditación del peligro de que los bienes del investigado puedan ocultarse o desaparecer, o que sea posible que se graven o vendan, lo que en todo caso –a diferencia del modelo del CPP 1940– respeta el principio de proporcionalidad, supuesto que en todo caso es el que impone la ley procesal civil (*vid.* art. 611° CPC).

Las medidas provisionales reales presentan, específicamente en su función cautelar civil, dos notas peculiares, al decir de PEDRAZ PENALVA: la tutela cumulativa o eficacia expansiva, por un lado, y la disponibilidad de la acción civil y no disponibilidad de la tutela cautelar, por otro[202].

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. 92° del Código Penal y de la obligación que pesa sobre el Fiscal de perseguir las responsabilidades penales y pecuniarias

---

[201] Cfr.: PÉREZ CRUZ MARTÍN, Agustín y GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando: *Derecho procesal civil*, I, Fórum, Oviedo, 2002, p. 323. Señala ORTELLS RAMOS (ORTELLS RAMOS *et al.*: *Derecho procesal civil,* cit., pp. 985-986) que el peligro ha de ser concretamente demostrado, pero el grado de justificación es de mera probabilidad de que produzcan situaciones que impidan o dificulten la efectividad de la tutela pretendida, no necesariamente que se produzcan ciertos comportamientos del demandado, ni menos intención de éste de causar perjuicio al actor.

[202] PEDRAZ PENALVA: *Las medidas cautelares reales en el proceso penal español,* cit., pp. 115-128.

(arts. 11° y 95°.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 Código 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. 174°). 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.

III. EL EMBARGO

1. CONCEPTO

El *embargo*, en cuanto medida provisional real está expresamente prevista tanto para garantizar la reparación civil (*vid.* art. 94° del CPP de 1940, modificado por el Decreto Ley N° 21895) –*embargo civil*–, cuanto, por aplicación supletoria del art. 608° CPC, que configura el embargo como una medida propia para asegurar o garantizar el cumplimiento de la sentencia, para asegurar el cumplimiento por el imputado de la pena de multa –*embargo penal*–.

El embargo, sea civil o penal, se define como la ocupación, aprehensión o retención de bienes hecha con mandamiento de juez competente por razón de delito. Esta medida recae sobre bienes propios del obligado, a diferencia de la incautación que recae sobre cosas litigiosas[203]. Como tal, en palabras de GARBERÍ LLOBREGAT, circunscritas al ámbito de la responsabilidad civil, esto es, al embargo civil, busca lograr el aseguramiento anticipado de las eventuales responsabilidades civiles en que, en su caso, pueda incurrir el

---

[203] CASTÁN TOBEÑAS, José, "Embargo", en: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Francisco Seix, Barcelona, 1993, T. VIII, pp. 237-238.

sujeto pasivo de un proceso penal[204]. El embargo tendrá un carácter penal, cuando afecta bienes libres del imputado para asegurar la pena de multa.

El sujeto pasivo de la medida es el autor o partícipe del delito. También lo es, en el caso del embargo civil, el tercero civil (*vid.* arts. 90° y 41° CP, y arts. 1975°, 1976° y 1985° CC), quien para tales efectos debe ser emplazado judicialmente[205]. Los responsables en este último caso, pueden ser –según las circunstancias– tanto personas naturales cuanto jurídicas; como tales, presupone –al decir de LEÓN BARANDIARÁN– un agente, un autor directo del daño, y otra persona que en virtud de determinadas consideraciones legales, debe responder por tal daño causado por otro[206].

La responsabilidad del tercero siempre es por riesgo y, además, solidaria (vid: arts. 1975° y 1981° CC). En el caso del daño criminal causado por el incapaz sin discernimiento, la responsabilidad civil es exclusiva del representante legal (*vid.* art. 1976° CC)[207]. La reparación civil, siendo solidaria, permite exigir el pago de la totalidad de la prestación al autor indirecto o subsidiario[208]. La solidaridad, a diferencia del viejo Código Civil, ha sido expresamente sancionada en el nuevo Código Civil, aunque la jurisprudencia y la doctrina civil ya la consideraban como tal (*vid.* Ejecutoria Suprema de 27 de abril de 1938)[209]. Puede ser directa (v. gr.: daños del incapaz conforme a los arts. 1975° y 1976° CC), o indirecta o especial (v. gr.: daños del dependiente, art. 1981° CC). Esta última responsabilidad, como anota GÁLVEZ VILLEGAS, es solidaria y, en tal virtud, se le puede exigir el pago de la totalidad de la prestación resarcitoria subsidiaria. Se trata de un caso de responsabilidad indirecta y, como tal, subsidiaria, porque no recae en el

---

(204) GIMENO SENDRA *et al.*: *Los procesos penales*, cit., T. 4, p. 525.

(205) El Tribunal Supremo por Ejecutoria de 25 de octubre de 1945 (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1946, Lima, p. 206), señaló que: "No procede compeler la concurrencia obligatoria del tercero responsable civilmente, al que sólo se citará para la audiencia".

(206) LEÓN BARANDIARÁN, José: *Comentarios al Código Civil peruano*, Ediar, Buenos Aires, 1954, T. I, pp. 447-448.

(207) La Corte Suprema ha dejado sentado que la responsabilidad en los supuestos de dependencia y de propiedad de un vehículo o una maquinaria con el que o a través del que se cometió un delito es solidaria y proviene de la culpa *in eligendo* (*vid.* 1. Ej. Sup. de 9 de mayo de 1930 [*Anales Judiciales*, 1930, Lima, p. 104]. 2. Ej. Sup. de 13 de setiembre de 1952 [*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1953, Lima, p. 484]. 3. Ej. Sup. de 13 de julio de 1938 [*Revista de los Tribunales*, 1938, Lima, p. 225]).

(208) GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *La reparación civil en el proceso penal*, Idemsa, Lima, 1999, p. 219.

(209) *Revista de los Tribunales*, 1938, Lima, p. 290; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio: *Código Civil Anotado*, Juan Mejía Baca Editor, Lima, 1955, p. 315; LEÓN BARANDIARÁN: *Comentarios al Código Civil peruano*, cit., T. I, p. 460.

autor directo del daño sino en persona distinta; es la responsabilidad por hecho ajeno impuesta por razones legales[210].

Señala MONTERO AROCA que la responsabilidad del tercero civil nace lógicamente de la insolvencia del responsable directo y alcanza siempre a persona que no es el acusado[211]. Ello, sin embargo, para nuestra legislación no es de recibo. Es cierto que debe haber un responsable directo (*vid.* arts. 1975°, 1976° y 1981° CC), pero afirmándose la comisión de una infracción penal de parte de aquél, surge necesariamente la responsabilidad indirecta en la medida en que ocasione un daño. Empero, el art. 100° CPP establece que el embargo sólo procederá en ese caso cuando se descarte que el responsable directo pueda responder con su patrimonio. Es de mencionar, no obstante ello, que la insolvencia según el Código Civil –norma posterior– no es una condición para que opere la respónsabilidad civil del tercero y, por ende, para que en virtud de la solidaridad se le pueda trabar embargo sin ese previo requisito. Por ello, es de considerar –vista la configuración de la responsabilidad por el Código Civil, ratificada por lo dispuesto en el art. 95° del Código Penal– que la indicada norma procesal está abrogada por no responder a los criterios jurídicos en que ésta se sustenta[212].

En atención a lo expuesto, tampoco es de recibo sostener, como lo hace GARCÍA RADA, por un lado, que la reparación civil en favor de la víctima es solidaria entre el acusado y el responsable civil, sin ser necesario que previamente se establezca la insolvencia del condenado para exigir el pago al tercero civil, y, por otro, contradictoriamente, que el tercero civil debe ser citado por una posible insolvencia del responsable directo; si este último está en condiciones de pagarla, no le corresponde hacerlo al tercero civil[213]. La responsabilidad solidaria permite precisamente atribuir la obligación de resarcimiento a cualquiera de los responsables, sin condición alguna ni constataciones en sede jurisdiccional acerca de la solvencia o insolvencia del responsable directo, bases materiales que, por cierto, la norma procesal –de realización de lo sustantivo– no puede alterar o estar en disonancia.

---

(210) PALACIOS PIMENTEL, Gustavo: *Elementos de derecho civil peruano*, Eddili, Lima, 1987, T. I, p. 134.

(211) MONTERO AROCA, Juan: "Entre la trasgresión criminal y la responsabilidad por el resarcimiento", en su: *Ensayos de derecho procesal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1996, p. 642.

(212) En contra, GÁLVEZ VILLEGAS: *La reparación civil en el proceso penal*, cit., p. 219. El beneficio de *excusión* que alega el citado autor –sin aval dogmático expreso–, estimamos nosotros, no está reconocido, para estos casos, en el Código Civil.

(213) GARCÍA RADA, Domingo: *Manual de Derecho procesal penal*, Eddili, Lima, 1984, p. 107.

2. PROCEDIMIENTO

Las notas específicas que es del caso destacar, son las siguientes:

A) Que la resolución cautelar de embargo, aun cuando el art. 94° CPP 1940 no es del todo claro, exige una atribución razonada del hecho punible o *fumus delicti*, esto es, fundamento probatorio de la imputación delictiva aceptada en el auto de apertura de instrucción; y, por cierto, aunque implícitamente, que la pretensión civil no esté suficientemente garantizada, entre otros factores[214]: *periculum in mora.*

El embargo es obligatorio cuando se haya dictado mandato de prisión preventiva contra el imputado y facultativo en los demás casos. El embargo requiere que el juez motive acerca de los presupuestos de la medida. Al respecto, GARCÍA RADA explica que puede desestimarse un petitorio de embargo por considerar que no aparece clara la responsabilidad del inculpado y no se justifica dictar tal medida precautoria, la misma que procederá más adelante si las pruebas actuadas ulteriormente acreditan la responsabilidad del mismo[215].

El embargo se traba de oficio o a pedido del Fiscal o del actor civil (*vid.* art. 95°.2 LOMP y art. 94° CPP). El auto que lo acepta, siempre motivado, se dicta bajo el principio *inaudita parte,* es decir, sin oír al imputado o al tercero civil. Este trámite unilateral alcanza no sólo a la decisión cautelar, sino que se extiende hasta su ejecución concreta, según lo dispone el art. 87° CPC.

Para trabar embargo contra el tercero civil, se requiere, en primer lugar, que haya sido comprendido como tal en la instrucción, mediante auto fundado; y, en segundo lugar, un expreso fundamento acerca de la condición general de la medida y de la exigencia cautelar específica. Frente a las carencias normativas del CPP 1940, GARCÍA RADA, en otro trabajo, precisó que el Anteproyecto del CPP (art. 118°) no exigía la insolvencia, por lo que la actual norma procesal (art. 100° CPP) ha desvirtuado la finalidad del embargo, cambiando la fisonomía de la obligación solidaria[216]. Ello obliga a entender, frente al nuevo texto del Código Civil, dictado con posterioridad al CPP, que expresamente impone la solidaridad, que la norma procesal en ese extremo ha sido abrogada.

---

(214) RIVAS, Adolfo A.: *Las medidas cautelares en el proceso civil peruano*, Rodhas, Lima, 2000, pp. 41-42.

(215) GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 149.

(216) GARCÍA RADA, Domingo: *La instrucción*, Vol. I (*El Inculpado*), Sanmartí y Cía, Lima, 1967, p. 170.

B) Que la medida de embargo importa la expedición de dos resoluciones:

(1) La primera, que dicta la medida determinando el monto de la misma, que –como ha sido establecido en la Ejecutoria Suprema de 13 de diciembre de 1994– debe guardar relación y proporcionalidad con la naturaleza y gravedad del daño ocasionado a los intereses de la víctima[217] y que –según la doctrina sentada en la Ejecutoria Suprema de 14 de diciembre de 1994– se fija en nuevos soles[218]. Esta primera resolución es de alcance genérico, pues se compromete globalmente el patrimonio del imputado o del responsable civil, "sin referencia a bienes o elementos patrimoniales concretos"[219]; y, previamente, dispone que el obligado señale bienes libres (art. 95° del CPP 1940), para lo cual debe fijar el monto del mismo. Sobre el monto del embargo, la Corte Superior de Lima dejó sentado que «el embargo debe guardar proporción con la suma que debe eventualmente devolverse y que baste para cubrir el monto de la indemnización"[220].

La pretensión cautelar debe contener, por tanto, un *petitum*, que debe traducirse en determinar el alcance (forma del embargo y bienes comprometidos) y monto de la medida requerida, y una *causa petendi*, referida a los fundamentos jurídicos que la sustentan en función de los presupuestos materiales que justifican toda medida cautelar. Salvo la contracautela, debe cumplirse con los requisitos estatuidos en el art. 619° CPC.

(2) La segunda resolución se dicta en ejecución de la anterior, cumplido el señalamiento de bienes libres o, en su defecto, cuando éste no cumpla con precisarlos, trabando embargo sobre los bienes que se sepa son de propiedad del obligado. Es obvio que este emplazamiento es imprescindible estando

---

(217) PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *Todo sobre el Código Penal*, Idemsa, Lima, 1996, p. 177. Una antigua posición jurisprudencial del Supremo Tribunal, absolutamente incorrecta, consideraba que como la "obligación de indemnizar el daño causado por el delito, coincide con el mismo fin de la pena [...] para fijar la reparación civil debe tenerse en cuenta necesariamente el monto del daño causado y las posibilidades del responsable" (Ej. Sup. de 7 de setiembre de 1967 [*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1967, Lima, p. 1209]); antes había hecho lo propio la Ej. Sup. de 27 de agosto de 1954 (RONCALLA VALDIVIA, Lino: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, Eddili, Lima, 1984, pp. 95-97). Esta doctrina jurisprudencial, lamentablemente, ha sido seguida en alguna Ejecutorias Superiores de Lima, como la de 26 de enero de 1998 (BACA CABRERA *et al.*: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, cit., T. III, pp. 114-115).

(218) ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., p. 148.

(219) GIMENO SENDRA *et al.*: *Los procesos penales*, cit., T. 4, p. 525.

(220) Ej. Sup. 25 de abril de 1988 (CORTE SUPERIOR DE LIMA: *Jurisprudencia Penal*, Cultural Cuzco, Lima, 1990, T. III, p. 39).

personado el imputado o con mandato de comparecencia –libre o restrictiva–, pero no cuando se encuentra con mandato de detención y materialmente ausente de la sede judicial.

La Corte Suprema, por Ejecutoria de 18 de febrero de 1980, ha establecido que si se hace efectiva la medida de embargo sin requerir previamente a los encausados para que designen bien libre, tal diligencia es nula(221). Por lo demás, como lo recuerda la Ejecutoria Superior de Lima de 17 de setiembre de 1997, el procedimiento de embargo debe correr en cuaderno separado(222); y, enfatiza la Ejecutoria Suprema de 18 de febrero de 1980, si el embargo recae en tercera persona, ésta necesariamente debe tener la condición de tercero civil(223); es imperativo, además, que previamente debe exigirse al responsable civil el señalamiento de bienes libres.

C) Que el embargo, según el art. 96° del CPP 1940, puede ser sustituido por una caución que sea suficiente, a juicio del Ministerio Público, para cubrir el monto de la reparación civil. El dictamen fiscal es indicativo, pero no vinculante, atento a que se trate de una parte en el proceso. La fianza, en consecuencia, es una garantía subsidiaria, que reemplazará al embargo trabado o por trabarse; como es obvio, tiene un carácter patrimonial y persigue garantizar los efectos civiles del proceso penal. Esta puede ser personal, pignoraticia, hipotecaria o bancaria(224).

D) Que las formas de embargo (depósito, inscripción, retención, etc.), son las mismas previstas en el Código Procesal Civil, al que es de remitirse en vía de supletoriedad (arts. 97° y 98° del CPP 1940). Rigen, en lo pertinente, las reglas de dicha normatividad procesal, con la excepción especial que no cabe contracautela, "... tal vez porque el responsable de los daños y perjuicios causados por una medida cautelar ilícita es, en definitiva, el Estado"(225).

E) Que el embargo se traba en cuaderno aparte, con lo que se evita entorpecer la tramitación de la instrucción. En el cuaderno se inserta copia del petitorio, copia del auto de embargo, del requerimiento para señalar bien libre y demás piezas del proceso, así como todas las resoluciones recaídas en el incidente.

---

(221) *El Peruano*, Lima, 15 de abril de 1980; CATACORA GONZALES, Manuel: *Código de Procedimientos Penales*, Horizonte, Lima, 1998, p. 146.

(222) LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, cit., p. 291.

(223) CATACORA GONZALES: *Código de Procedimientos Penales*, cit., p. 146.

(224) RIFÁ SOLER / VALLS GOMBÁU: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 177-178.

(225) ORTELLS RAMOS, en: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1997, cit. T. III *(Proceso penal)*, p. 440.

La resolución cautelar se dicta de oficio, a pedido del Ministerio Público (*vid.* art. 95°.2 LOMP)[226] o de la parte civil (*vid.* art, 58° CPP), según el primer párrafo del art. 94° CPP[227], y sólo puede ser impugnada una vez que se ejecute (*vid.* art. 94° *in fine* CPP). La apelación es absuelta por la Sala Penal Superior, previa vista fiscal (*vid.* art. 91°.6 LOMP). Contra el auto de vista no cabe recurso de nulidad[228].

Atento a su carácter provisional y a la regla del *rebus sic stantibus*, el embargo puede ser variado, ya sea aumentando o disminuyendo su monto, comprendiendo otros bienes, cambiando los bienes embargados por otros o sustituyéndolos por una caución, así como también puede ser levantado.

Si se traba embargo sobre un bien que no es del imputado, el propietario puede iniciar una acción de tercería en sede civil, sin perjuicio que ante el Juez Penal, de conformidad con el art. 624° CPC, solicite la desafectación de la medida, siempre que exista prueba fehaciente al respecto. Cabe agregar que la Corte Superior de Lima en la Ejecutoria de 9 de septiembre de 1998 ha considerado procedente en sede penal la institución de la desafectación, pero la limitó a la presentación de título de propiedad registrado o de documento fehaciente[229].

El embargo se cancela de pleno derecho, a tenor del art. 102° del CPP 1940, declarada la irresponsabilidad del imputado; también, según la doctrina elaborada por el Supremo Tribunal, se cancelará cuando se declare la extinción por prescripción de la acción penal[230]. Es importante destacar que el art. 631° del CPC ha introducido una saludable corrección: las medidas cautelares trabadas –entre ellas, el embargo– quedan canceladas de pleno derecho cuando se dicta sentencia que desestime la demanda, aun cuando hayan sido impugnadas; en el procedimiento penal, ello se producirá no sólo

---

(226) Al respecto, señala José HURTADO POZO (*El Ministerio Público*, Eddili, Lima, 1981, p. 221) que por mandato del art. 1° de la LOMP y del art. 65° CP 1924 (art. 92° CP 1991) le está también encomendado al Ministerio Público la reparación civil y, por tanto, consecuencia directa de esta atribución es la facultad que se le otorga de asegurar su pago, exigiendo se trabe embargo en los bienes del inculpado y del tercero civilmente responsable.

(227) Queda claro, según ha sido destacado por la Corte Suprema, que el agraviado para constituirse en parte civil, debe haberlo solicitado por escrito, y el Juez debe aceptarlo por una resolución expresa, de conformidad con los arts. 54° y 55° CPP (Ej. sup. de 17 de agosto de 1964 [*Anales Judiciales*, 1964, Lima, p. 256]. La constitución en parte civil sólo puede hacerse durante la instrucción y hasta antes de la iniciación del juicio oral (Ej. Sup. de 28 de setiembre de 1965 [RONCALLA VALDIVIA: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, cit., pp. 73-75]).

(228) *Revista de los Tribunales*, 1932, Lima, pp. 8 y 145.

(229) BACA CABRERA *et al.*: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, cit., T. III, p. 705.

(230) Ej. Sup. de 14 de mayo de 1929 (*Anales Judiciales*, 1920, Lima, p. 49).

en los casos de sentencia absolutoria, sino también en todas las modalidades de sobreseimiento.

F) Que el auto que deniega el embargo no constituye cosa juzgada, sino medida transitoria que responde al mérito de las pruebas actuadas a ese momento. Si éstas varían, puede disponerse un embargo, aceptando lo que antes se denegó[231].

3. La Ley Nº 27652 y el nuevo trámite del embargo

El art. 95° CPP fue modificado por el art. 1° de la Ley N° 27652, de 24 de octubre de 2002. Dicha norma, como se sabe, en su texto originario, con clara contradicción al requisito de *inaudita et altera pars*[232], prescribía que la ejecución del auto de embargo quedaba supeditada al previo requerimiento al imputado de señalamiento de bienes libres, y sólo en el caso que aquél no señalara bienes libres –sin especificar un plazo legal para ello– se trababa en los bienes que se sepa son de su propiedad.

El nuevo artículo 95° CPP señala lo siguiente: "Sin perjuicio de las medidas precautelares de embargo y/o incautación dictadas y tramitadas de oficio por el Juzgado, se requerirá al inculpado con domicilio conocido que señale bienes libres susceptibles de ser embargados. De no precisarlos dentro de las veinticuatro horas, continuarán o se afectarán los que se sepa son de su propiedad. Los autos de embargo y/o incautación de bienes, son notificados verificada que sea la medida".

Esta norma nos merece los siguientes comentarios puntuales:

1. El legislador rotula el embargo, al que incorpora la incautación, como una medida "precautelar". Tal denominación, sin embargo, es incorrecta, puesto que los embargos a que hace referencia el Título II del Libro II del Código, son los que se dictan propiamente en la denominada "fase procesal", es decir, una vez que se ha dictado auto de apertura de instrucción. Las llamadas medidas provisionales 'preprocesales', esto es, las solicitadas y dictadas *ante causam*, o sea con anterioridad al inicio del proceso –de ahí la denominación de "precautelar"–, han sido previstas en normas procesales complementarias al Código de Procedimientos Penales y para supuestos determinados, como es el caso de las estatuidas en la legislación represora del tráfico de drogas (Decreto Ley N° 22095, art. 73°, de 2 de marzo de

---

(231) García Rada: *La instrucción*, Vol. I (*El Inculpado*), cit., p. 149.

(232) Puntualiza, al respecto, Lino Enrique Palacio (*Manual de derecho procesal civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 779), que una de las características de las medidas cautelares es que deben disponerse *inaudita parte*, es decir, sin la participación de la parte a quien afecta, pues de lo contrario podría frustrarse su finalidad.

1978; Decreto Supremo N° 39-94-JUS, de 23 de julio de 1994) y en la Ley N° 27379, de 21 de diciembre de 2000.

2. La nueva norma ratifica la orientación histórica del Código en el sentido que la regla del embargo en sede penal es el principio de oficialidad y no el principio de rogación o dispositivo. A su vez, modificando la estructura de la norma originaria, instaura dos procedimientos de adopción del embargo preventivo, en función de quién inicia el trámite correspondiente: a) el procedimiento de oficio; y, b) el procedimiento rogado.

a) El *procedimiento de oficio* importa que el Juez Penal, directamente, sin excitación o solicitud cautelar de parte (Fiscal o Parte Civil, ex art. 94° CPP) no sólo dicta la medida provisional que considere pertinente, esto es, adecuada y proporcionada a las necesidades de aseguramiento de la efectividad de la eventual sentencia condenatoria que en el futuro pudiese recaer, sino que la ejecuta procurando su inmediato cumplimiento para lo cual ha de emplear los medios que fueran necesarios. Esto último viene a significar que el auto de embargo no sólo debe indicar una suma que defina su alcance pecuniario, sino que debe identificar el bien sobre el que recaerá la medida y precisar la forma del embargo. Se expide, por tanto, un solo auto, en tanto –claro está– conozca el bien objeto de la medida y pueda identificar la forma de aquélla.

b) El *procedimiento rogado o dispositivo* presupone una solicitud cautelar de parte (Fiscal o parte civil, ex art. 94° CPP), mediante la cual se debe señalar expresamente la clase de medida que para el supuesto concreto debe acordarse; y, exige una resolución de imposición del embargo o de rechazo *in limine* de la solicitud. Además, en el primer caso, la resolución debe requerir al imputado que señale bienes libres susceptibles de ser embargados, emplazamiento previo que sólo procederá en caso el inculpado tenga domicilio conocido. El requerimiento está sujeto a un plazo de veinticuatro horas, que a su vencimiento permitirá la ejecución del embargo sobre los bienes que se sepa son de propiedad del imputado.

Ahora bien, el requerimiento de señalamiento de bienes libres no está excluido tratándose del procedimiento de oficio. Trabada la medida, en caso se haya identificado bienes susceptibles de embargo, se instará al reo a que los declare. Si no lo hace, concluye el procedimiento de emisión y ejecución de la medida cautelar. En cambio, si lo hace, el Juzgado decidirá mediante resolución motivada si la medida ejecutada debe continuar o, en todo caso, si debe reordenarse en función de los bienes especificados por el imputado, haciendo las rectificaciones que fuere menester[233].

---

[233] Esto último guarda relación con una característica esencial de toda medida cautelar: la provisionalidad. Ella significa, en palabras de Ernesto PEDRAZ PENALVA ("La tutela cau-

3. Los autos de embargo son notificados verificada que sea la medida. Ello, como se sabe, es una consecuencia del principio *inaudita et altera pars*, que implica que las medidas cautelares se decretan y cumplen sin audiencia de la otra parte, pues se trata de sorprender al cautelado a fin de evitar que pueda eludir su ejecución. Esta situación origina, como apunta LEGUISAMÓN, que las actuaciones se tramiten no sólo por cuaderno separado sino que permanezcan reservadas, es decir, imposibilitando el conocimiento de sus constancias e incluso de su existencia, hasta que sea cumplida la medida. De todas maneras, insiste el mencionado autor, aunque se enterara el cautelado no puede impedir el efectivo cumplimiento de la providencia(234).

4. El nuevo texto del art. 95° CPP, como se ha indicado, también menciona otra medida provisional real: la incautación. Tal referencia, sin duda, está fuera de contexto y no toma en cuenta las diferencias existentes entre asegurar bienes de propiedad del imputado o del tercero civil a los efectos de la reparación civil (objeto civil del proceso penal) y ocupar o aprehender bienes delictivos (que integra el objeto propiamente penal del proceso penal).

En esa perspectiva, por tratarse de una medida limitativa de carácter patrimonial destinada a asegurar la efectividad de la consecuencia accesoria de decomiso, comparte los requisitos básicos de toda medida: intervención indiciaria y proporcionalidad. Empero, por el objeto material sobre el que recae: *instrumenta sceleris* y *producta sceleris*, no cabe el señalamiento de bienes libres, en tanto la incautación incide sobre bienes delictivos previamente identificados. Este es el motivo por el que no es de recibo su reemplazo por otros bienes "no contaminados", por lo que el nuevo trámite que prevé la norma resulta inaplicable para esta institución.

5. Es obvio, en función del interés público de la incautación, que ésta se dicta de oficio. Además, se trata de una medida que para acordarla no está sujeta, de modo absoluto, a la garantía o principio de jurisdiccionalidad previa(235), pues la propia ley autoriza a la policía a llevarla a cabo (ex art.

---

telar en la Ley de Enjuiciamiento Civil", en: VALLS GOMBÁU, José [Dir.]: *Las medidas cautelares y los recursos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000 [Cuadernos de Derecho Judicial, X], p. 72), que la medida cautelar ha de durar en tanto en cuanto subsistan las circunstancias que concurrieron para su acuerdo; caso contrario habrá de alzarse o eventualmente modificarse para ser adaptada a la nueva situación jurídica material y procesal. La información que proporciona el sujeto pasivo de la medida, en tanto sea contrastable, permitirá modificar la medida respecto a los bienes afectados.

(234) LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo: *Lecciones de Derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 2001, pp. 933-934.

(235) Este principio tiene su base, según José María ASENCIO MELLADO (*Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 127), en la exclusividad jurisdiccional en cuya

59° CPP), lo que no obsta por cierto a que una vez trabada se exija la orden judicial confirmatoria.

Sí es aplicable, por cierto, el último párrafo del art. 95° CPP: la resolución provisional o, en su caso, el acto policial de aprehensión patrimonial se notifica verificada que sea la medida limitativa.

IV. EL SECUESTRO O INCAUTACIÓN DE BIENES

1. El decomiso

1. El Código Penal de 1924, dentro del Título IV del Libro I denominado "*Penas, medidas de seguridad y otras medidas*", incorporó en el art. 46° la *confiscación*, estatuyendo toda "condena penal llevará consigo la pérdida de los efectos que provengan del delito y de los instrumentos con que se ejecutó. *Los unos y los otros serán confiscados*, a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable. Cuando se trate de cosas cuyo destino propio es servir de instrumento de delito o cuya fabricación, porte, uso o venta sean ilícitos, se ordenará siempre su *confiscación*, aun cuando no pertenezcan al acusado" (los subrayados son nuestros).

Sobre esa base, la doctrina nacional consideró que el decomiso era una medida de seguridad patrimonial. BRAMONT-ARIAS indicaba que perseguía quitarle al delincuente o a otra persona la disponibilidad de cosas que tienen relación con el delito[236], mientras que PEÑA CABRERA precisaba que tenía como propósito, además de prevenir infracciones, eliminar cosas o instrumentos peligrosos, de suerte que el comiso no se subordina a la peligrosidad del autor, sino que trata de alejarlo del recuerdo de aquellas cosas que le permitieron caer en el delito[237].

2. El actual Código Penal de 1991, siguiendo los diversos Proyectos del Código Penal de España, redefine el decomiso, tal como ahora lo rotula el Título VI del Libro I, "De la reparación civil y consecuencias accesorias". Ello implica apartar implícitamente el decomiso de las clásicas consecuen-

---

virtud los jueces han de poseer la primera palabra. Una limitación a este principio está justificado en función a la nota de urgencia o peligro por la demora en su inmediata ejecución, pero ello en modo alguno excluye el inmediato y ulterior control jurisdiccional, para confirmar o alzar dicha medida.

(236) BRAMONT-ARIAS, Luis: *Código penal anotado*, El Ferrocarril, Lima, 1966, p. 114.

(237) PEÑA CABRERA, Raúl: *Derecho Penal Peruano. Parte General*, Sesator, Lima, 1977, p. 370.

cias penales, como son las penas y las medidas de seguridad. El Capítulo II de dicho Título está dedicado a las consecuencias accesorias, en las que incorpora el decomiso (art. 102°), la privación de beneficios de las personas jurídicas (art. 104°) y las medidas contra personas jurídicas (art. 105°).

El art. 102° CP dispone que el "Juez resolverá el decomiso o pérdida 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". Por su parte, el art. 104° CP prescribe que: "El Juez decretará, asimismo, la privación de 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 aquellos, si sus bienes fueran insuficientes".

Según se pronuncia ahora PEÑA CABRERA, el decomiso es una sanción accesoria a la pena principal; no es una medida de seguridad patrimonial, puesto que los fines de corrección y reeducación sólo son alcanzables a través de medidas que incidan estrictamente en lo personal[238]. BRAMONT ARIAS y BRAMONT-ARIAS TORRES sostienen que el comiso tiene naturaleza de pena, aunque posea una clara utilidad para la indemnización del daño, y esté dirigido a la prevención de los delitos, quitándole al delincuente las cosas relacionadas con el delito cometido o por sí mismas peligrosas[239].

Por nuestra parte, siguiendo a GRACIA MARTÍN, es de puntualizar que podría tratarse de una nueva consecuencia del delito[240], cuyo contenido, al decir de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, está orientado a prevenir la continuidad de la actividad delictiva y sus efectos, y en tanto es claramente aflictivo, en su imposición debe ser aplicable todo el elenco de garantías que recoge el Código Penal en relación con la pena y su prescripción[241]. En todo caso, su carácter complejo resulta inobjetable[242], así como su naturaleza peculiar, al no responder a la prevención a través de la motivación, ni a la

---

(238) PEÑA CABRERA, Raúl: *Tratado de Derecho penal. Estudio Programático de la Parte General*, 2ª ed., Grijley, Lima, 1999, p. 695.

(239) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Editorial San Marcos, Lima, 1997, p. 317.

(240) GRACIA MARTÍN, Luis y MAGUELONE ZODER, Isabel: *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 439.

(241) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Praxis, Barcelona, 1996, pp. 361-362.

(242) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: *Derecho Penal. Parte General*, Temis, Bogotá, 1997, p. 786.

retribución –lógica de las penas–, ni a la necesidad de tratar la peligrosidad del sujeto –lógica de las medidas de seguridad–[243].

3. De cara a lo que debe decirse del secuestro o incautación cautelar, es del caso precisar lo siguiente respecto del decomiso:

A) Que el objeto del decomiso no son sólo cosas corporales, sino también derechos, en cuanto han sido producidos mediante un hecho punible doloso, o han estado destinados a la comisión o preparación de tales delitos.

B) Que el Código Penal reconoce tres tipos de decomiso: (1) *Decomiso de efectos (producta scaeleris)*, que recae en los objetos que son obtenidos con la conducta típica, tanto inmediatos como mediatos; (2) *Decomiso de instrumentos (instrumenta scaeleris)*, que afecta a los bienes que el autor ha utilizado para cometer el delito, entendiendo que se trata de un delito doloso, toda vez que, como enseña FONTÁN BALESTRA, importa la finalidad de realizar el tipo objetivo[244]; y, (3) *Decomiso de beneficios*, que en nuestra legislación se circunscribe a las personas jurídicas en cuanto tales, y tiene como norte cubrir –en cuanto sea insuficiente– la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil, lo que es de suyo criticable no sólo por no comprender el supuesto de personas naturales, sino porque a lo que es intrínsecamente penal se lo concibe civilmente y se lo limita a la reparación civil en cuanto la persona física vinculada a ella sea insolvente.

C) Que el decomiso funciona cuando se comete una infracción penal. No exige la imposición de una sanción penal al imputado. El decomiso en el CP vigente, a diferencia del anterior, no se impone como consecuencia directa de una condena. Según JESCHECK sólo resulta necesario que exista un hecho antijurídico doloso[245]. No hace falta que su autor haya cometido el delito con culpabilidad, tampoco que se haya acreditado la responsabilidad del imputado, por lo que un auto de sobreseimiento puede incluir tal medida si se acredita que el objeto está vinculado a un delito.

D) Que el decomiso procede cuando los objetos son de propiedad del autor o partícipe del delito, no cuando pertenecen a terceros no intervinientes en la infracción penal. Si el objeto se encuentra en régimen de copropiedad, dominio conjunto o en comunidad, el decomiso procederá si los imputados son todos titulares del mismo, salvo que sobre el bien exista un derecho de cuota, en aquellos casos en que es permitido hacerlo.

---

[243] MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal. Parte General*, PPU, Barcelona, 1996, p. 788.

[244] FONTÁN BALESTRA, Carlos: *Tratado de Derecho Penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, T. III, p. 266.

[245] JESCHECK, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Bosch, Barcelona, 1981, Vol. II, p. 1103.

E) Que el decomiso puede obviarse si los bienes no son de ilícito comercio y su valor no guarda proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal. Si un bien es intrínsecamente delictivo, el decomiso es obligatorio. Será facultativo si el bien no es delictivo y si su valor no es claramente desproporcionado respecto del ilícito perpetrado; en este caso, de ser posible hacerlo, el decomiso será parcial.

F) Que es de diferenciar *producta scaeleris* con los objetos meramente obtenidos o que constituyan los objetos del hecho punible, que es lo que se denomina *corpus delicti*. Siguiendo a MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, son objetos obtenidos: el botín del hurto, el animal cazado contra la ley, el dinero ganado en un juego de azar prohibido; en cambio, son objetos del hecho: explosivos y armas poseídos sin autorización, entre otros[246]. Por ello es que la ley especial debe prever supuestos adicionales de decomiso, como es el caso de mercancías de contrabando, de la droga, de bienes culturales, de tenencia de armas de fuego[247].

2. LA INCAUTACIÓN O SECUESTRO DE BIENES

1. Sobre la medida provisional de la incautación o secuestro, los arts. 170°-171° del CPP 1940 señalan que el sujeto de esta medida es el Juez Penal (anteriormente, el art. 59° CPP 1940 autorizó a la Policía Judicial a incautar efectos del delito). Si el delito ha dejado vestigios o pruebas materiales deben recogerse y conservarse; esta diligencia de retención de instrumentos, armas y efectos se protocoliza en un acta (*vid.* arts. 641° y 644° CPC). El nuevo texto del art. 95° CPP, como se anotó, también menciona la incautación, aunque no precisa sus alcances institucionales.

2. La incautación será una medida provisional cuando tenga como objeto efectos e instrumentos del delito y beneficios obtenidos por las personas jurídicas (arts. 102° y 104° CP) y, excepcionalmente, en los casos establecidos por la ley, los objetos obtenidos y los objetos del hecho, "*corpus delicti*". En los supuestos de "piezas de convicción", esto es, objetos muebles en los que hayan quedado señas o vestigios probatorios, y de "objetos obtenidos y objetos del hecho que no se pueden perder en beneficio del Estado o de la víctima", el secuestro será meramente instrumental, es decir, tiene una función esencialmente probatoria y de naturaleza coercitiva.

---

(246) MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl; ZIPF, Heinz: *Derecho penal. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1995, T. 2, p. 682.

(247) *Vid.* GRACIA MARTÍN / MAGUELONE ZODER: *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal*, cit., p. 451.

3. La medida provisional de incautación o secuestro, en tanto medida limitativa de derechos fundamentales (recuérdese que según el art. 2°.15 de la Constitución nacional el derecho de propiedad tiene carácter fundamental), debe disponerse por el Juez mediante resolución debidamente fundamentada (art. 139°.5 Const.) y acorde con el principio de proporcionalidad. Para estos efectos, conforme a los presupuestos materiales de toda medida provisional, requiere la presencia de elementos de convicción que acrediten la realidad del delito y la vinculación delictiva del imputado a título de autor o partícipe (condición general de la medida o *fumus boni iuris)*, a la vez que devenga necesaria la ocupación y retención de los objetos en cuestión para evitar su desaparición o indisponibilidad (exigencia cautelar o *periculum in mora)*.

De acuerdo a los arts. 59° y 63° del CPP 1940 y 4°.2 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú, la Policía, en su función de Policía Judicial, está autorizada a incautar objetos vinculados al delito, levantando el acta correspondiente suscrita por quien haya intervenido en ella. Esta ocupación y retención de bienes está vinculada a la noción de *urgencia.* En consecuencia, sólo podrá incautarse en sede preliminar, si es que se advierte que, por razones de tiempo o peligro por la demora, no puede esperarse la preceptiva orden judicial, que es lo que se denomina "peligro de desaparición", o en todo caso, si la aprehensión provisional requiere de una medida jurídica de ejecución. En estos casos, la naturaleza de la incautación es provisionalísima, por lo que necesariamente requiere la inmediata convalidación judicial mediante auto fundado que apreciará su procedencia. El Juez Penal, en el auto de apertura de instrucción, debe revocar o convalidar esta medida preprocesal.

4. La medida de incautación, en principio, se lleva a cabo aprehendiendo las cosas delictivas u ocupándolas, en tanto en cuanto son bienes muebles capaces de ser transportados, los mismos que inmediatamente son puestos a disposición de la autoridad competente. Por lo general, esta autoridad es el Juez Penal, salvo lo dispuesto en numerosas leyes penales especiales, tales como las represoras de los delitos de contrabando, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, corrupción, etc., cuya custodia se entrega a órganos administrativos *ad hoc* o a los Ministerios del Interior o de Justicia.

Cabe acotar que el art. 643° CPP regula el denominado secuestro judicial, el mismo que recae sobre bienes litigiosos –que en el caso penal se refieren a los bienes indicados en los arts. 102° y 104° CP–, cuya característica esencial es, primero, el desapoderamiento de los mismos del poder del afectado: imputado o persona jurídica vinculada al imputado, que pierden el uso y goce del bien y la indisponibilidad material del mismo; y, segundo, que quedan en custodia –se entregan a un custodio– y bajo disposición judicial, con las

particularidades que indican las otras normas del CPC y las específicas del ordenamiento punitivo ya citadas[248].

Dispuesto el decomiso, en tanto consecuencia accesoria de naturaleza ejecutiva, corresponderá –según los casos– su destrucción, su adjudicación al Estado o su ejecución forzada con arreglo al Capítulo V del Título V de la Sección V del Código Procesal Civil.

5. El CPP 1940 no desarrolla las modalidades que pueden revestir el secuestro o incautación como medida provisional penal. En consecuencia, es del caso aplicar supletoriamente las normas del Código Procesal Civil en lo atinente al secuestro judicial.

En tal virtud, si se trata de bienes inmuebles, la medida importará necesariamente la desposesión de su tenedor y entrega a un custodio designado por el juez (aplicación supletoria del art. 643° CPC) o impuesto por la ley de ser el caso; y, concurrente o alternativamente, su inscripción si se trata de bienes registrados (art. 656° CPC). Por otro lado, si se está ante inversiones delictivas o frente a ganancias o beneficios delictivos de las personas jurídicas en el supuesto del art. 104° CP, la incautación podrá tomar la forma de retención (bienes en posesión de terceros, art. 657° CPC) o de intervención en recaudación destinada a ocupar sus ingresos (art. 661° CPC). De igual manera, si se establece la constitución de empresas, intrínsecamente delictivas como fachada de actividades criminales o formadas con el producto inmediato o mediato del delito para intervenir en el mercado (es muy importante, en el caso del lavado de activos, Ley N° 27765 de 27 de junio de 2002) corresponde dictar un secuestro en forma de administración (art. 669° CP). Es de insistir que el secuestro importa siempre desapoderamiento material del bien –su ocupación por la autoridad–, y su consiguiente custodia, así como la puesta del mismo bajo disposición judicial.

Cuando se afecte a una persona jurídica, en tanto se trata propiamente de una empresa criminal –*producta scaeleris*– o cuando haya obtenido ganancias como consecuencia del delito perpetrado por un funcionario o dependiente suyo, resulta imprescindible –producida la medida– citarla al proceso y comprenderla, en este último caso, como parte acusada, a fin de que pueda ejercer su derecho de defensa. Debe evitarse la indefensión y como tal tiene garantizado constitucionalmente su derecho a la propiedad, cuya tutela no puede ser negada por el Juez (*vid.* art. 7° LOPJ).

6. Sin duda alguna, la incautación o secuestro provisional penal es una medida limitativa de derechos fundamentales (ex art. 2°.16 Const.) y, como

---

(248) *Vid.* RIVAS: *Las medidas cautelares en el proceso civil peruano*, cit., pp. 138, 139 y 149.

tal, comparte sus principios fundamentales. El primer principio es, precisamente, el de jurisdiccionalidad, en cuya virtud es al órgano jurisdiccional a quien corresponde decir la primera palabra cuando se trata de restringir derechos fundamentales.

Empero, este principio o regla genérica está sujeta, según la propia Constitución, a puntuales excepciones. Tenemos, por ejemplo, el caso de la detención preliminar policial y del allanamiento domiciliario, siempre que en ambos casos medie flagrancia delictiva, en el que aparece una expresa habilitación para que la restricción la realice la autoridad policial (arts. 2°.24.'f' y 2°.9 Const.). Aparte de esta autorización taxativa es posible reconocer otras habilitaciones objetivas acudiendo a una interpretación sistemática de la Constitución. Para ello podría acudirse, desde una perspectiva negativa, a la doctrina del Tribunal Constitucional alemán que considera una mayor protección jurídica frente a posibles medidas coercitivas cuando se trata de una "profunda intromisión en los derechos fundamentales", y la circunscribe a aquellos casos en que la Constitución exige que la orden que motiva una coerción se reserve al juez[249]. Nuestra ley fundamental exige orden judicial tratándose de inviolabilidad de domicilio fuera de flagrante delito y autorización de quien lo habita, de secreto e inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados, de secreto bancario y reserva tributaria, de libertad de tránsito, y de disolución de asociaciones; luego, los otros derechos fundamentales podrían ser limitados por la autoridad administrativa en general, claro está previa autorización legal.

Lo últimamente expuesto, sin embargo, no autoriza a entender que este "poder coercitivo" es ilimitado o autónomo. Se trata de una medida orientada al ejercicio de la acción penal y consecuente incoación de un proceso penal, por lo que tiene un carácter preventivo, en cuya virtud la autoridad jurisdiccional es quien tiene la palabra definitiva al respecto. Es absolutamente razonable que por razones de "peligro por la demora" la autoridad encargada de la investigación, que en nuestro ordenamiento jurídico es dirigida por el Ministerio Público[250], pueda llevar a cabo actos de coerción directos tratándose de ámbitos no reservados exclusivamente

---

[249] SCHLÜCHTER: *Derecho procesal penal*, cit., p. 77.

[250] La Sentencia N° 005-2001.AI/TC, Lima, de 15 de noviembre de 201, reiteramos, ha señalado tanto que el Ministerio Público es el encargado de la conducción del proceso en la fase prejurisdiccional, cuanto que la Policía Nacional desarrolla una función meramente ejecutiva y, por ende, subordinada funcionalmente, en lo que a la investigación del delito se refiere, al Ministerio Público (*El Peruano*, Lima, 17 de noviembre de 2001, p. 212791). Ello significa que una actuación policial no tiene entidad propia y, por tanto, no sólo debe ser dirigida por la Fiscalía, sino que de importar limitación de derechos requiere la ulterior decisión jurisdiccional.

a la jurisdicción y siempre que ello no afecte grave y definitivamente, esto es, irreparable y/o irreversiblemente, derechos fundamentales. La primacía jurisdiccional, en estos casos, se expresa en la necesidad de pronunciarse inmediatamente, asegurado el bien en cuestión, confirmando o alzando la medida adoptada por la administración.

3. INCAUTACIONES ESPECIALES

1. La comisión de los delitos de publicación ilegal de obra ajena (art. 216° CP), modificación, reproducción, distribución o difusión indebida de obras (art. 217° CP) y plagio (art. 219° CP), puede dar lugar a un proceso provisional conservativo específico. El art. 221° CP prescribe al efecto que en dichos delitos, "...se procederá a la incautación previa de los ejemplares ilícitos y de los aparatos o medios utilizados por la comisión del ilícito". Esta norma, además, acota que la consecuencia accesoria de decomiso de los ejemplares incautados tiene como beneficiario al "...titular del derecho vulnerado o [...] una institución adecuada y, en caso no corresponder, serán destruidos. La entrega no tendrá carácter indemnizatorio".

2. El efecto conservativo de una medida provisional, considerado como un campo intermedio entre el efecto meramente aseguratorio y el provisionalmente satisfactivo o innovativo, consiste en mantener, pero también en modificar el *statu quo* inicial, como única solución para hacer efectiva tutela penal. Cuando, como consecuencia de un procedimiento de investigación de cualquiera de los tres delitos de autor ya señalados, se incautan los ejemplares ilícitos y los aparatos o medios utilizados para su comisión, lo que se está haciendo no es sólo inmovilizar una situación de hecho, para impedir los cambios de la misma que pudieran frustrar después el resultado práctico del proceso penal, también se está modificando el estado antijurídico generado por el hecho delictivo, a fin de tornar eficaz la intervención judicial contra estos delitos y, de ese modo, evitar la prolongación lesiva del delito.

3. El propio CP define la medida provisional que cumplirá la finalidad esbozada. Los bienes vinculados al delito deben ser incautados. Ello significa que se trata, siguiendo a MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, no de los *producta scaeleris*, sino de los *objetos del* hecho (caso de los ejemplares ilícitos)[251], y de los *instrumenta scaeleris* (caso de los aparatos y demás medios utilizados en la comisión delictiva).

En estos casos, la medida podrá dictarse *ex officio*, siempre que se acredite la *condición general* necesaria: principio de prueba que revele la realidad del delito y la vinculación del imputado con dicha infracción *(fumus boni iuris)*,

---

(251) MAURACH *et al.*: *Derecho penal. Parte general*, cit., T. 2, p. 682.

así como la correspondiente *exigencia cautelar*, que como reitera ORTELLS RAMOS, es el presupuesto del *periculum in mora:* riesgo de indisponibilidad de las cosas delictivas, y que puede adoptarse sin requerir que el juzgador deba comprobarla[252].

4. Existen otras normas que prevén incautaciones de bienes delictivos. Así tenemos: (1) El art. 2° de la Ley N° 26714, referida a los delitos monetarios, impone la incautación de las máquinas, planchas, matrices, cuños, equipos y demás instrumentos materiales utilizados en su comisión *(instrumenta scaeleris)*, así como las falsificaciones con ellos obtenidas *(objetos del hecho)*. (2) El art. 13° de la Ley N° 28008, referido a los delitos aduaneros, obliga a la incautación y secuestro de las mercancías *(objetos del hecho)*, medios de transporte *(instrumenta scaeleris)*, bienes y efectos que constituyan objeto del delito *(producta scaeleris)*. (3) El art. 66° del Decreto Ley N° 22095, referido a delitos de tráfico ilícito de drogas, dispone la incautación de las drogas *(objetos obtenidos)*, insumos *(objetos del hecho)*, fábricas, laboratorios, alambiques, implementos y enseres empleados en la producción y fabricación de drogas *(instrumenta scaeleris)*, así como los equipos de trabajo y otros bienes de uso directo utilizados para el cultivo y explotación ilícita de coca. Cabe agregar que el art. 2° de la Ley N° 26332 extiende esta medida al cultivo de adormidera.

Es evidente que la incautación o secuestro, en cuanto medida cautelar real, tiene en estos casos un decidido efecto conservativo, no meramente aseguratorio. En consecuencia, son aplicables los criterios y presupuestos expuestos líneas arriba.

V. ANOTACIÓN PREVENTIVA DEL PROCESAMIENTO PENAL

1. El embargo, empero, no es la única medida provisional civil con funciones cautelares. Es absolutamente razonable, en determinados delitos, que la acción restitutoria exija la declaración de nulidad de contratos de transferencia de bienes, especialmente inmuebles, así como de acuerdos societarios delictivos. En efecto, se trata, como apunta GUTIÉRREZ ZARZA, de exigir en el proceso penal una responsabilidad especialmente contemplada en el Código Penal, que en rigor constituye un presupuesto ineludible en ocasiones para proceder a la restitución del estado de cosas existentes antes del hecho delic-

---

[252] ORTELLS RAMOS, en: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional,* ed. 1997, cit. T. III *(Proceso penal)*, p. 442.

tivo[253], lo cual es propio en los delitos concursales, en los delitos societarios e, inclusive, en los delitos contra la fe pública y de estafa[254].

2. El Juez, en todo caso, podrá declarar la nulidad siempre que el Fiscal o el actor civil soliciten expresamente tal pretensión –que es consecuencia del principio dispositivo que inspira el ejercicio de la pretensión civil en el proceso penal– y que todos los que pudieren resultar afectados con la nulidad (la empresa, el adquirente y sucesivos subadquirentes) hayan sido emplazados y tenido la oportunidad de ejercer su defensa[255].

Cabe insistir que la *acción restitutoria* procura el restablecimiento del estado anterior al hecho ilícito. En consecuencia, como enseña VÉLEZ MARICONDE, dicha acción podrá referirse a un derecho (p. ej., de uso o de servidumbre), o con ello podrá demandarse la recuperación de un estado jurídico que el delito atacó o puso en peligro (como, v. gr., la nulidad de un documento falso, o la reposición de términos removidos, o la supresión de escritos injuriosos o de anotaciones falsas en un registro, etc.)[256].

3. La *anotación preventiva*, como es obvio, requiere una expresa resolución provisional y no se deriva automáticamente del propio auto de apertura de instrucción. El auto cautelar debe apreciar especialmente los indicios de criminalidad como consecuencia de las diligencias de investigación[257].

4. En estos casos la pregunta estaría dada si, concretamente, cabe aplicar lo dispuesto en el art. 673° CPC, es decir, la anotación de la denuncia formalizada del Fiscal en los Registros Públicos, cuando se está ante derechos inscritos que pueden ser afectados por la acción restitutoria. Es cierto que el CPP no tiene norma de remisión alguna al respecto, pero es del caso tener presente, en primer lugar, el art. 139°.3 de la Constitución, que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, que según el art. 7° LOPJ debe ser plena; en segundo lugar, el art. III, segundo párrafo, del Título Preliminar del CPC, que establece que en caso de vacío o defecto de las disposiciones procesales,

---

(253) GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles: *Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos*, Colex, Madrid, 2000, pp. 186-188.

(254) DEL ROSAL BLASCO, Bernardo: *El delito de falsedad en la información social del art. 290° del Código Penal de 1995* (Empresa y Derecho Penal I, Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, 1998, p. 138; GARBERÍ LLOBREGAT, en GIMENO SENDRA *et al.*: *Los procesos penales*, cit., T. 4, p. 514.

(255) GUTIÉRREZ ZARZA: *Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos*, cit., p. 193.

(256) VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: *Derecho procesal penal*, Marcos Lerner-Editora Córdoba, Córdoba, 1986, T. III, p. 45.

(257) CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 303-304.

se debe recurrir a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso; y, en tercer lugar, la Primera Disposición Final del CPC, que estatuye que las disposiciones de dicho Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

Una tutela plena de los derechos e intereses legítimos en el ámbito de la responsabilidad civil *ex delicto,* garantizada constitucionalmente, sólo será posible si se puede acudir a medidas idóneas y adecuadas para conseguir el aseguramiento anticipado de la misma, tanto más si el CPC prevé tales medidas y lo que se pretende asegurar es una pretensión civil, por lo que la Primera Disposición Final del CPC es desde todo punto de vista aplicable a este caso.

5. La restitución de un bien o derecho susceptible de reflejo registral absolutamente posible a tenor de lo expuesto líneas arriba, constituye una situación jurídica cautelable a través de la anotación registral en referencia. El presupuesto de tal situación es que la pretensión cautelar debe referirse o afectar un derecho registrado, cuya inexistencia la torna innecesaria[258]. Esta medida cautelar, si bien no impide la transferencia del bien ni las afectaciones posteriores, otorga prevalencia a quien lo ha obtenido (art. 673°, *in fine*, CPC). En puridad, como afirma MORENO CATENA, lo que se trata es de tener un medio que permita enervar la fe pública registral para que un tercero que adquiera el bien del imputado, no esté amparado por la buena fe[259]. Su operatividad se da en aquellos casos en que la conducta delictiva, por sí misma o como medio para perpetrarla, haya implicado la realización de algún acto o negocio con trascendencia registral sobre bienes, cuya declaración de nulidad, con la consiguiente restitución de la situación jurídica al momento anterior a la comisión del hecho punible, ha de erigirse en el exacto alcance que debe darse en tales supuestos a los pronunciamientos judiciales sobre la responsabilidad civil enjuiciada en el proceso penal[260].

La medida, en este caso, tiene una naturaleza conservativa, pues busca mantener la integridad de un bien o patrimonio que pasó o está en poder del imputado en virtud de una conducta delictiva que se le imputa, con el objeto de que sea restituido a la víctima.

---

(258) ORTELLS RAMOS, en: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional,* ed. 1991, cit. T. II (*Proceso civil*), p. 665.

(259) MORENO CATENA *et al.*: *El proceso penal*, cit., Vol. II, p. 1811.

(260) GARBERÍ LLOBREGAT, en: GIMENO SENDRA *et al.*: *Los procesòs penales*, cit., T. 4, p. 513.

VI. ORDEN DE INHIBICIÓN DE BIENES INSCRIBIBLES

1. El art. 2°.4 de la Ley N° 27379 permite otra medida provisional real civil, paralela al embargo, que es la orden de inhibición de bienes. Es una medida con función cautelar, anota CAFFERATA NORES, que impide al afectado la libre disposición de sus bienes, cuando sea necesario asegurar el efectivo cumplimiento de las consecuencias económicas que presumiblemente impondrá la sentencia(261).

Esta medida, apunta CLARIÁ OLMEDO, en primer lugar, funciona como un sustitutivo del embargo y adquiere procesalmente su misma naturaleza, pero se diferencia en que se proyecta sobre bienes futuros, que no se conocen; en segundo lugar, si el imputado y el tercero civil carecen de bienes para cubrir la reparación civil pueden ser objeto de esta orden cautelar, que es "una especie de interdicción general o especial de los bienes del deudor en la ejecución, y desde un punto de vista preventivo, de los bienes de quien pueda resulta pecuniariamente responsable como consecuencia de la sentencia firme"; y, en tercer lugar, se limita a los bienes inscribibles(262).

2. La orden de inhibición de bienes, en principio, es de carácter temporal y está prevista para los supuestos excepcionales de investigación preliminar de los delitos especialmente graves. Se trata de ilícitos perpetrados por una pluralidad de personas o por organizaciones criminales que se prevalen del poder público; de delitos de peligro común, contra la administración pública, agravados, aduaneros y tributarios, siempre que se cometan por una pluralidad de personas o que el agente integre una organización criminal; y de delitos de terrorismo, tráfico de drogas, terrorismo especial, contra la humanidad y contra el Estado y la Defensa Nacional (*vid.* art. 1°, Ley N° 27379). Por otro lado, el art. 7° de dicha Ley permite que estas medidas se realicen en el curso del proceso penal, en cuyo caso serán dirigidas y controladas por el Juez.

VII. DESTRUCCIÓN DE CULTIVOS

1. Otra medida provisional penal –ya no civil como las anteriores–, y de un claro efecto innovativo y con función tuitiva, es la denominada

---

(261) CAFFERATA NORES, José Ignacio: *Medidas de coerción en el proceso penal*, Marcos Lerner–Editora Córdoba, Córdoba, 1983, p. 134.

(262) CLARIÁ OLMEDO, Jorge: *Tratado de Derecho procesal penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1966, T. V, pp. 393-394.

"destrucción de cultivos", estatuida en el art. 66° del Decreto Ley N° 22095, modificado por el Decreto Ley N° 22926, vinculada al delito de tráfico ilícito de drogas (ahora destinada al caso de siembra o cultivo de plantas de amapola o marihuana, según el art. 296°-A CP, luego de la modificación efectuada por la Ley N° 28002 de 17 de junio de 2003). En estos casos, el art. 11° del Decreto Legislativo N° 824 prescribe que tales cultivos serán destruidos.

2. La destrucción se realiza en presencia del Juez Penal, de un representante del Ministerio de Agricultura y otro representante de la Policía Nacional, levantándose al efecto el acta correspondiente (art. 66° del Decreto Ley N° 22095, modificado por Decreto Ley N° 22926).

La destrucción de cultivos, al perseguir el cese de la actividad delictiva de siembra y cultivo de coca, amapola o adormidera y marihuana (con las legítimas dudas dimanantes del principio de legalidad penal en este último supuesto) es una medida innovativa. Por su intermedio se pone fin al estado antijurídico creado por el delito de drogas, en su modalidad de actos de cultivo, que la sentencia condenatoria penal en su día debe ratificar. La evidencia del delito, acreditada con la propia ocupación del terreno de cultivo, justifica que por lo general se trate de una medida realizada en sede de investigación preliminar.

Cabe significar que, en el primer caso, el Juez Penal debe ordenar la destrucción del cultivo, pues tratándose de una diligencia con fines penales, su presencia, aun antes de dictar auto de apertura de instrucción –en este supuesto sería una medida precautelar– importa la dirección de la misma; el acta levantada al efecto tendrá un carácter judicial. Empero, en el segundo caso, el Juez Penal no interviene, lo hace el Fiscal Provincial; por consiguiente, al realizarse la destrucción del cultivo en sede preliminar o fase preprocesal y bajo conducción fiscal (art. 159°.4 Const.), está sujeta a un posterior control judicial de legalidad.

VIII. 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 provisionales penales con función cautelar, 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. 105°.1 del Código Penal), podría considerarse la clausura del local, a que hace referencia el art. 167° del Código Procesal Penal de 1991, como una medida provisional (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 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 secuestro 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 PROVISIONAL DEL BIEN USURPADO O MINISTRACIÓN PROVISIONAL DE LA POSESIÓN

En principio, es de tener presente que el art. 161° *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 cuya función más evidente consiste en el 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., con lo que concurrentemente cumple una función cautelar. Esta medida, en puridad de verdad, tanto penal como civil, 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(263).

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(264).

---

(263) PEYRANO, Jorge Walter: *Medida cautelar innovativa*, Depalma, Buenos Aires, 1981, *passim*.

(264) Ha establecido la Corte Suprema que la condena por el delito de usurpación debe disponer la restitución del bien usurpado, objeto material del delito (Ejecutoria Suprema del 25 de setiembre de 1992, Exp. N° 1423-91-B, Tacna [ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 187-188]).

El Decreto Legislativo N° 312, de 12 de noviembre de 1984, tiene asignada una medida provisional 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 sujeta a tres presupuestos materiales. El "*fumus boni iuris*" se concreta en dos niveles: 1. Necesidad de que el delito de usurpación esté acreditado en cuanto objetividad típica, que existan suficientes elementos de convicción acerca de la vinculación delictiva del imputado y que el ilícito se haya perpetrado dentro del año anterior al auto de apertura de instrucción[265]. 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 demora 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 innovativa, es la denominada "*irreparabilidad del perjuicio*", que

---

[265] La ministración provisional de la posesión requiere que el derecho del agraviado esté fehacientemente acreditado (Ejecutoria Suprema de 17 de noviembre de 1987, Exp. N° 1062-87, Lima [RETAMOZO, Alberto y PONCE, Ana María: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Idemsa, Lima, 1994, p. 252]). Asimismo la Corte Superior ha puntualizado que el delito de usurpación protege el mejor derecho de posesión y que la ministración de posesión debe pedirse dentro del año de ocurridos los hechos (Ejecutoria Suprema de Lima de 11 de junio de 1977, Exp. N° 1328-97 [LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, cit., p. 311]). Esta medida se puede solicitar estando la causa expedita para sentenciar, pues no incide en la resolución penal (Ejecutoria Superior de Lima de 1 de setiembre de 1997, Exp. N° 3513-97 [LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, cit., p. 325]).

consiste en que la situación de hecho que se pretende innovar ocasionaría, de subsistir, un daño irreparable al pretensor[266]; 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 N° 653, de 30 de julio de 1991, contempla similar medida provisional 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 N° 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. 336° del Código de 1991. La práctica de los tribunales en 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. 314° del Código Penal prevé expresamente otra medida provisional innovativa con funciones tuitivas, de hacer cesar la actividad delictiva y cautelar de garantizar la reparación civil: la suspensión de la actividad contaminante, que en buena cuenta consiste en la anticipación de una de las consecuencias jurídicas del delito a fijarse en la sentencia. Dicho artí-

---

[266] PEYRANO: *Medida cautelar innovativa*, cit., p. 27.

culo 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. 105°, 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 *provisional*, 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 provisional con fines cautelares y tuitivos, 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 fundado 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. 105°.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.

IX. LA PENSIÓN PROVISIONAL Y EL INVENTARIO DE BIENES

El art. 11° del TUO de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar prevé como medida anticipada, de conformidad con los arts. 635° y siguientes del Código Procesal Civil la *asignación anticipada de alimentos*. A este respecto, el art. 675° CPC exige para su concesión, en lo específico, una indubitable relación familiar, asignación que se presta por un monto determinado que el obligado pagará por mensualidades adelantadas, las que serán descontadas de la que se establece en la sentencia. Desde una perspectiva general, esta medida temporal sobre el fondo, al tratarse de una ejecución anticipada de la futura sentencia, requiere –conforme al art. 674° CPC– una intensidad mayor del *fumus delicti* y del *periculum in damnum*; en efecto, es de acreditar la necesidad impostergable de la víctima o la fehaciencia del hecho punible atribuido al imputado.

Ahora bien, dado el reconocimiento constitucional de la tutela cautelar y de la finalidad constitucionalmente legítima que se persigue, es absolutamente posible imponer esta medida anticipatoria de los efectos de la eventual sentencia de condena[267] cuando se presente el supuesto del art. 178° del Código Penal, que obliga a fijar una pensión de alimentos a la prole que resulte del delito de violación de la libertad sexual. La práctica identidad entre lo pretendido y lo que se declarará en la sentencia condenatoria en relación al hijo producto de la violencia sexual, torna razonable reconocer esta posibilidad.

En todos estos casos: delitos vinculados a la violencia familiar y delitos de violación de la libertad sexual, el objetivo de la medida es tuitiva de la víctima; busca evitar que el paso del tiempo necesario para la sustanciación del proceso redunde en su perjuicio, y se asiente en el estado de necesidad económica en que se encuentran quienes están abocados a percibirla al final del proceso[268].

---

[267] CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO: *Derecho procesal penal*, cit., p. 302.

[268] MÁLAGA DIÉGUEZ: "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", cit., p. 252.

Otra medida provisional patrimonial, también tuitiva de la víctima, que prevé la legislación sobre protección frente a la violencia familiar es la *formación de inventarios* (vid.: art. 10°, segundo párrafo). Su aplicación está condicionada a la determinación previa de los bienes del imputado. Como dice GÓMEZ DE LIAÑO, tiene un alcance limitado, pues no limita actos dispositivos, con lo que puede y seguramente debe ir unida a otra de administración, depósito o anotación[269].

[269] PÉREZ CRUZ MARTÍN / GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ: *Derecho procesal civil*, I, cit., p. 332.

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 prisión preventiva. **V.** La libertad incondicional. **VI.** Los delitos inexcarcelables.

I. INTRODUCCIÓN

1. DEFINICIÓN

La institución de la excarcelación está íntimamente relacionada con las medidas provisionales penales de carácter personal que se realizan en el proceso penal. Si la prisión preventiva importa privar al procesado de su libertad para evitar el peligro de fuga y el de obstaculización de la actividad probatoria, la *excarcelación* correlativamente constituye una contramedida provisional o una medida provisional menos intensa, en cuya virtud el imputado recupera su libertad deambulatoria, pero condicionada al cumplimiento de ciertas obligaciones, tales como el deber de comparecencia y, en ciertos casos, adicionalmente, el deber de fijar 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 privación de libertad.

El objeto esencial de la excarcelación, apunta CHICHIZOLA, es no imponer al encausado una restricción de la libertad personal 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[270]. La excarcelación es un reemplazo de garantía, de la más radical –propia del encarcelamiento preventiva 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 espe-

---

[270] CHICHIZOLA, Mario I.: *La excarcelación*, La Ley, Buenos Aires, 1963, p. 24.

ciales vínculos, en que el procesado se encuentra cuando se *evita* (concepto inaplicable a nuestra legislación) o se hace cesar la prisión preventiva[271].

2. NOTAS CARACTERÍSTICAS

La excarcelación, sostiene 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 prisión preventiva; y, d) es una medida cautelar (nosotros diríamos: provisional penal)[272].

Se trata de un *derecho fundamental*, porque la Constitución, en el art. 2°.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. 9°.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 vengan a faltar las condiciones que legitimen el estado de privación de la libertad[273].

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. 2°.24.'e') de la Constitución, luego, no es un beneficio que se concede graciablemente[274]. En tal virtud, el impu-

---

(271) VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: *Derecho procesal penal*, Marcos Lerner-Editora Córdoba, Córdoba, 1986, T. II, p. 521.

(272) RUBIANES, Carlos, J.: *Manual de Derecho procesal penal*, Depalma, Buenos Aires, 1995, T. III, pp. 143-144.

(273) LONDOÑO JIMÉNEZ, Hernando: *De la captura a la excarcelación*, Temis, Bogotá, 1990, pp. 235 y 239.

(274) LEVENE (H), Ricardo: "La excarcelación", en: AA.VV.: *Excarcelación y eximición de prisión*, Depalma, Buenos Aires, 1986, pp. 51 y 56.

tado 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. 182° 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[275]. 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[276].

La excarcelación es una *medida sustitutiva o alternativa de la prisión preventiva*. 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 imputado esté encarcelado, por 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[277].

La excarcelación es una *medida provisional personal*. En tanto se trata de una medida sustitutiva a la 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 de que se trata de una medida provisional. MORENO CATENA apunta que, como medida con función cautelar (también tiene una función aseguratoria de la prueba) 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

---

(275) LEDESMA, Guillermo A. C.: *Eximición de prisión y excarcelación*, Lerner Editores Asociados, Buenos Aires, 1981, p. 13.

(276) VÉLEZ MARICONDE: *Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 522.

(277) RUBIANES: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., T. III, p. 144.

el cumplimiento de la pena que eventualmente se imponga, y está sometida al principio de provisionalidad[278].

En tanto contramedida provisional, 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[279].

3. MODALIDADES DE EXCARCELACIÓN

Si advertimos las características de la excarcelación como contramedida provisional menos intensa que la prisión preventiva y que permite la recuperación de la libertad deambulatoria del imputado, en nuestro ordenamiento jurídico-procesal encontraremos cinco modalidades:

a) La *libertad provisional* (arts. 182°-188° CPP 1991);

b) La *libertad vigilada* (arts. 366°-368° CPP 1940, modificados por el Decreto Ley N° 25476 y el art. no vigente 397° CPP 1991);

c) La *libertad por exceso en el plazo de la prisión preventiva*, que a su vez es de dos clases: una, la *delimitación temporal de la prisión preventiva*, fijada en el art. 137° CPP 1991, modificada por la Ley N° 27553, de 31 de noviembre de 2001; y, dos, la libertad durante el procedimiento recursal, reconocida por la Ley N° 24063, de 11 de enero de 1985, que ha repetido con mejor factura técnica el art. 335° CPP 1991;

d) La *libertad incondicional*, que representaba dos modalidades; una automática, por los informes finales en los procesos por delitos graves, derogada por la Ley N° 27994; y, dos, la incondicional propiamente dicha, dictada al amparo del art. 201° CPP 1940 cuando se trata de un proceso con pluralidad de inculpados en cárcel; y

e) la *variación o conversión de la prisión preventiva en comparecencia*, incorporada por la modificatoria del art. 135° CPP 1991 establecida por la Ley N° 276226, de 17 de diciembre de 1999. Esta norma dice: "[...] En todo caso el Juez Penal podrá revocar de oficio el mandato de detención previamente ordenado cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida". Con ello, de un lado, corrigió una Ejecutoria Suprema que impedía que el mandato de

---

[278] En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 515.

[279] CHICHIZOLA: *La excarcelación*, cit., p. 29.

prisión preventiva se varíe sin referirlos a los supuestos previstos en la ley: libertad provisional, incondicional, vigilada o por exceso del plazo, y se afilió al Acuerdo Plenario N° 3-97, de 15 de diciembre de 1997[280]. Por otro lado, en cuanto nueva opción excarcelatoria, está llamada a opacar y prácticamente desaparecer la libertad provisional, pues –al igual que esta– funciona cuando varía el *fumus delicti* y los indicios en orden al peligrosismo procesal, y está informada por el principio de estricta proporcionalidad. Además, la mencionada Ley constituye una medida de mayor simplicidad, que no requiere trámites previos ni vista fiscal anticipada a la decisión judicial.

II. LA LIBERTAD PROVISIONAL

1. CONCEPTO

La libertad provisional, según ORTELLS RAMOS, es una contramedida provisional 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[281]. 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 aseguramiento más benignos, siendo sólo una excarcelación transitoria que busca evitar se produzcan efectos perniciosos con una prolongada excarcelación[282].

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[283]. Así lo establece el primer párrafo del art. 182° 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

---

(280) Exp. N° 460-95, Lima.

(281) 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. 566.

(282) Exp. N° 62-97, Ejecutoria del Juzgado Penal de Lima (sic), de 6 de marzo de 1997 (NOGUERA RAMOS: *Detención y libertades en el proceso penal peruano*, cit., pp. 248-249).

(283) CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 312.

fuga– a una *situación jurídica de obligación*, estando libre para cumplirla y asume las responsabilidades que se derivan del incumplimiento(284).

El objeto de las obligaciones accesorias que se imponen al imputado, enfatiza ARAGONESES MARTÍNEZ, estriba en asegurar su presencia en el proceso penal(285).

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 de investigación concretos que permitan 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. 185°)(286).

Lo expuesto en el párrafo precedente significa que la libertad provisional no se sustenta en la variación del *fumus delicti*. 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(287). Sólo se acepta

---

(284) ORTELLS RAMOS, en: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional,* ed. 1991, cit. T. III *(Proceso penal)*, p. 567.

(285) 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 Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 397.

(286) Ha establecido la Corte Superior de Apurímac que resulta improcedente la libertad provisional, al ser la pena a imponerse al inculpado mayor a cuatro años de privación de libertad y no haberse desvanecido el peligro de que el procesado eluda la acción de la justicia o perturbe la actividad probatoria (Ejecutoria Superior de 8 de julio de 1999, Exp. N° 24-99 (ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, *Serie de Jurisprudencia 3*, cit., p. 523).

(287) Ejecutoria Suprema de 20 de diciembre de 1994, Exp. N° 440-94-B. Lima. En una línea contraria, y equivocada, se pronunció la Corte Superior del Cono Norte de Lima en la Ejecutoria de 18 de diciembre de 1998, Exp. N° 97-352-SP01, al decir que la "existencia

si el desvanecimiento de los cargos importe una prognosis de sanción no superior a los cuatro años de privación de libertad[288].

Resulta de primera importancia tener presente que la libertad provisional en nuestro ordenamiento procesal penal se dicta una vez que el auto de prisión preventiva 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 preventiva. 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 prisión 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. 45°-46° del Código Penal), una privación de libertad superior a los cuatro años.

Esta primera regla del *periculum in mora*, de orden cuantitativo 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

---

de un nuevo elemento de juicio que modifique los indicios de responsabilidad del procesado, preservándose con fuerza su presunción de inocencia, hace válida la utilización del instituto de la libertad provisional" (ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, *Serie de Jurisprudencia 3*, cit., p. 521).

[288] Ejecutoria Suprema de 22 de abril de 1994, Exp. N° 55-94, Ayacucho.

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 transcurrieron 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 detención 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[289].

---

[289] Ejecutoria Suprema, Exp. N° 55-9, Ayacucho, de 22 de abril de 1994 (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 335-337).

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"*[290].

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 están 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[291].

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

---

[290] Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional de España N° 62/1996, de 21 de mayo de 1996.

[291] ASENCIO MELLADO: *La prisión provisional*, cit., p. 105.

procedimiento. Así lo tienen establecidos los arts. 182°.3 y 186° 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(292).

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(293).

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. 206° 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

(292) CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 338.

(293) ALMAGRO NOSETE / TOMÉ PAULE: *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, cit., p. 275.

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°, 1871° y 1876° 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 ofrecer fianza personal y que no hay motivos para presumir que el procesado no cumplirá las obligaciones que le correspondan(294).

El Código de 1991 no fija los parámetros necesarios para fijar la caución, lo que sí hace el art. 208° 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, de 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(295). 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.

---

(294) VÉLEZ MARICONDE: *Derecho procesal penal*, cit., T. II, pp. 526-527.

(295) CHICHIZOLA: *La excarcelación*, cit., pp. 109-110.

B. Las reglas de conducta

El art. 186° del Código obliga al juez a fijar reglas de conducta que garanticen el deber del imputado de someterse a los mandatos judiciales 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[296]. 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. 58° 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. 213° 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. 187°). 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 sobreseído le será devuelta la caución o dejada sin efecto la fianza y caución real (art. 188°).

---

[296] CREUS, Carlos: *Derecho procesal penal*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 336.

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[297]. El art. 182° 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. 55°.4 y 182°), lo que sí era posible en el Código anterior tras su modificatoria por el Decreto Ley N° 21895.

El Código de 1991 no ha reproducido lo dispuesto por el art. 106° 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[298].

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 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. 184° estatuye que

---

[297] CHICHIZOLA: *La excarcelación*, cit., p. 137.

[298] Exp. N° 462-87, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 271-272).

presentada la solicitud de libertad provisional, el Fiscal formará el incidente en el término de un día (modificación de la Ley N° 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[299]. 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. 139°.5 de la Ley Fundamental. 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.

D. 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. 186°), lo que significa que la apelación solamente tiene efecto devolutivo y ratifica lo dispuesto en el art. 336° 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 deten-

---

[299] NOGUERA RAMOS: *Detención y libertades en el proceso penal peruano*, cit., p. 219.

ción debe modificarse o dejarse sin efecto si los motivos varían o desaparecen a lo largo de la causa[300]. En estos casos no cabe recurso de nulidad[301].

III. LA LIBERTAD VIGILADA

Los arts. 366° al 368° 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 N° 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. 2°).

La libertad bajo vigilancia, que se otorga en el marco de este nuevo procedimiento auxiliar, 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. 367°.3).

El art. 397°.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. 53° del Código de Ejecución Penal, de los delitos de tráfico de drogas –salvo delitos menores de esa modalidad delictiva– y terrorismo. El Decreto Ley N° 25476 sólo prohibió la libertad vigilada en los procesos por delitos de tráfico ilícito de

---

(300) ASENCIO MELLADO: *La prisión provisional*, cit., p. 48.

(301) Ejecutoria Suprema de 8 de julio de 1976, Exp. N° 605-76, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXVIII, Lima, 1976, p. 465).

drogas. Posteriormente, han venido a integrar la lista de los denominados *delitos inexcarcelables* el secuestro y el robo de ganado agravados (Ley N° 26630, de 21 de junio de 1996), así como los delitos de terrorismo agravado (Decreto Legislativo N° 895, de 23 de mayo de 1998, actualmente derogado por la Ley N° 27569, de 2 de diciembre de 2001) y de asesinato, secuestro, violación de menor de edad, robo simple, robo agravado y extorsión (Decreto Legislativo N° 896, de 24 de mayo de 1998, derogado por la Ley N° 27472, de 5 de junio de 2001).

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[302]. El Juez o Tribunal está obligado a fijar reglas de conducta, 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 PRISIÓN PREVENTIVA

Dos son los supuestos que teniendo en cuenta exclusivamente el tiempo de la prisión preventiva permiten la excarcelación del imputado. El primer supuesto constituye una regla de carácter general que recoge el principio de temporalidad de la prisión preventiva, regulado en el vigente art. 137° del Código de 1991, modificado sucesivamente por el Decreto Ley N° 25824, de 9 de noviembre de 1992 y por la Ley N° 27553, de 13 de noviembre de 2001. El segundo supuesto incorpora un límite específico a la prisión preventiva cuando existe sentencia de primer grado que ha sido impugnada, el mismo que se encuentra estatuido en el art. 2° de la Ley N° 24063 (norma vigente) y en art. 335° del Código de 1991.

Ya se ha estudiado detenidamente la delimitación temporal de la prisión preventiva cuando se analizó dicha medida, resta ahora dar cuenta de la libertad durante el procedimiento recursal.

---

(302) GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 362.

El art. 2° de la Ley N° 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 de 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. 137°, primer párrafo). Contra esta modalidad de libertad, señala el Tribunal Supremo, no procede recurso impugnatorio alguno[303].

El art. 335° 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. 143°.

V. LA LIBERTAD INCONDICIONAL

El Código de 1940 contemplaba dos instituciones relativas a la excarcelación, en cuanto medida provisional menos intensa, que operaban 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, ya derogada por la Ley N° 27994, de 6 de junio de 2003, y de la libertad incondicional propiamente dicha.

La *libertad incondicional*, prevista en el art. 201 CPP 1940, modificada por la Ley N° 20388, de 6 de diciembre de 1985, 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. 197°). 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[304]. El presu-

---

[303] Ejecutoria Suprema de 21 de noviembre de 1985, Exp. N° 2265-85, Ayacucho.

[304] Ejecutoria Superior de 17 de noviembre de 1985, 14° Sala Penal Superior de Lima, Exp. N° 363-86.

puesto de esta libertad es que el imputado se encuentre en cárcel sujeto a un mandato de detención[305].

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[306]; (2) cuando existen cargos concretos de responsabilidad que aún no se han desvirtuado totalmente[307]; y, (3) cuando existen indicios razonables que presumen la culpabilidad del imputado[308].

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[309] y en la de 24 de febrero de 1993[310]. Por el contrario, no cabe esta excarcelación invocando como fundamento, sin prueba adicional, el solo mérito de las declaraciones instructivas de los acusados [311].

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

---

[305] Ejecutoria Superior de 30 de diciembre de 1988, 9° Sala Penal Superior de Lima, Exp. N° 103-88.

[306] Ejecutoria Suprema de 29 de enero de 1990, Exp. N° 276-89, Callao (*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, pp. 149-150).

[307] Ejecutoria Suprema de 23 de marzo de 1992, Exp. N° 174-91, Lima (*Normas Legales*, T. 237, febrero, Trujillo, 1996, p. J25).

[308] Ejecutoria Suprema de 25 de mayo de 1990, Exp. N° 91-90, Lima (*Normas Legales*, T. 205, junio, Trujillo, 1993, pp. 484-485).

[309] Exp. N° 954-89, Lima.

[310] Exp. N° 1870-91, Cusco (*Normas Legales*, T. 238, marzo, Trujillo, 1996, pp. J29-J30).

[311] Ejecutoria Suprema de 23 de marzo de 1993, Exp. N° 229-92-B, Cusco (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., p. 358).

siendo inocente de los cargos que se le imputan, cuyo ejemplo 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[312].

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[313]. 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 definitivamente. Así lo ha reiterado el Supremo Tribunal en diversas ejecutorias supremas; entre ellas tenemos las de 2 de marzo de 1988[314]; de 24 de mayo de 1988[315];

---

[312] Ejecutoria Suprema de 16 de abril de 1990, Exp. N° 340-90, Ancash (*Anales Judiciales*, T. LXXVIII, Lima, 1990, p. 153).

[313] Ejecutoria Suprema de 2 de marzo de 1988, Exp. N° 829-87, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 233-234).

[314] Exp. N° 829-87, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 233-234).

[315] Exp. N° 531-88, Callao (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 255-256).

de 24 de abril de 1991[316]; de 7 de julio de 1989[317]. 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[318]. 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[319].

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..."[320]. 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..."[321].

El art. 189° 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.

---

(316) Exp. N° 751-90, Callao (*Anales Judiciales*, T. LXXIX, Lima, 1991, pp. 347-348).

(317) Exp. N° 1129-88, Cusco (*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1989, pp. 227-228).

(318) Ejecutoria Suprema de 5 de junio de 1992, Exp. N° 1384-90-B, San Martín (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., p. 355).

(319) Ejecutoria Suprema de 15 de octubre de 1991, Exp. N° 828-91-II SP, Cajamarca (*Jurisprudencia Penal. 1984-1992*, Editora Normas Legales, Trujillo, 1996, pp. 169-170).

(320) Ejecutoria Suprema de 31 de enero de 1992, Exp. N° 531-88, Lima (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 356-357).

(321) Voto Singular del Sr. Vocal Dr. Valladares Ayarza. Ejecutoria Suprema de 31 de agosto de 1988, Exp. N° 1061-87-ISP, Ancash (*Jurisprudencia Penal. 1984-1992*, cit., pp. 170-172).

La diferencia que impone el nuevo Código, está radicada no sólo en que en 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 prohíben automáticamente, por el solo hecho de tratarse de los delitos en cuestión. Así tenemos, por ejemplo, que el art. 2° de la Ley N° 26630, de 21 de junio de 1996, y el art. 8° de la Ley N° 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 prohíben la libertad provisional. Asimismo, el art. 4° de la Ley N° 27507, prohíbe el indulto y los beneficios penitenciarios de semilibertad y libertad provisional a los procesados por delitos contra la libertad sexual de menores. Lo propio hacían los Decretos Legislativos sobre Seguridad Nacional dictados al amparo de la Ley de Facultades Delegadas N° 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 justifican por sí mismas 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. Notas características.

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 N° 17110 y, luego, por el Decreto Legislativo N° 124, modificado por la Ley N° 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 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 particu-

---

(1) En: MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho Jurisdiccional*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, T. III (*Proceso penal*), p. 479.

laridades 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 especiales con especialidades procedimentales que reconoce nuestro ordenamiento procesal vigente son seis: a) procedimiento contra altos dignatarios (Ley N° 26231, art. 10° CPP 1940 y art. 34°.4 TUO de la LOPJ); b) procedimiento contra magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público (art. 41° TUO de la LOPJ y Tercera Disposición Final de la Ley N° 26623); c) procedimiento contra reos ausentes (Libro IV, Título III, CPP 1940); d) procedimiento por delito de tráfico ilícito de drogas (Decretos Leyes N° 22095 y N° 22926, y Decretos Legislativos N° 122 y N° 824); e) procedimiento por delitos fiscales, en sus dos modalidades: aduanero (Ley N° 28008) y tributario (Decreto Legislativo N° 813); y, f) procedimiento por delito de terrorismo (Decreto Ley N° 25475 y Decreto Legislativo N° 922). Si bien los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales presentan ciertas estipulaciones normativas específicas, al igual que los delitos asociados a la violencia familiar, su alcance no autorizaría a instituir sistemáticamente dos nuevos procedimientos con especialidades procedimentales.

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 N° 22633, art. 2°); b) procedimiento por colaboración eficaz, destinado a delitos tributarios, de tráfico de drogas y delitos especialmente graves en el marco de organizaciones delictivas, incluyendo el delito de terrorismo (*vid.* Decretos Legislativos N°s 815, 824 y 925, y Ley N° 27378); y, c) el procedimiento de terminación anticipada, para los delitos menos graves de tráfico ilícito de drogas y delitos aduaneros (Leyes N° 26320 y N° 28008).

En puridad, el procedimiento de audiencia pública extraordinaria (Libro IV, Título XI CPP 1940) no es un procedimiento especial, sino un procedimiento auxiliar, al igual que el procedimiento de homonimia (Ley N° 27411), el de extradición (Ley N° 24710 y Decreto Supremo N° 004-93-JUS), y demás procedimientos derivados de la Cooperación Judicial Internacional. Ello es así, afirma HERCE QUEMADA, en tanto que falta en esos casos 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, 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 N° 24710 y Decreto Supremo N° 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 penal contra adolescentes, previsto en el Código del Niño y del Adolescente.

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

---

(2) GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal penal*, 10ª ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987, pp. 327-328.

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 N° 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 N° 124, de 15 de junio de 1981; luego con la Ley N° 26147, de 30 de noviembre de 1996; a continuación, con la Ley N° 26689, de 30 de noviembre de 1996, aclarada por la Ley N° 26833, de 3 de julio de 1997; y, finalmente, con la Ley N° 27507, de 13 de julio de 2001, que modificó el art. 1° de la Ley N° 26689, y a su vez derogó el art. 2° de la Ley N° 27472, de 5 de junio de 2001.

La Ley N° 27507 determina taxativamente los delitos sometidos al procedimiento común ordinario. Se trata de seis rubros delictivos: 1. Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud: parricidio y asesinato. 2. Delitos contra la libertad: violación de la libertad personal: secuestro, violación sexual de menor de catorce años y violación sexual de menor de catorce años seguida de muerte o lesión grave. 3. Delitos contra el patrimonio: robo agravado. 4. Delitos contra la salud pública: tráfico ilícito de drogas (arts. 296°, 296°-A, 296°-B y 297° CP)[4]. 5. Delitos contra el Estado y la Defensa Nacional (todos los previstos en el Título XV del Libro II CP). 6. Delitos contra la Administración Pública: concusión, peculado y corrupción (Secciones II, III y IV del Capítulo II del Título XVIII del Libro II CP).

La Ley N° 26926, de 21 de febrero de 1998, incorporó un sétimo rubro delictivo: los delitos contra la humanidad, que son los de genocidio,

---

(3) HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho penal. Parte general*, EDDILI, Lima, 1987, p. 325.

(4) Los tipos penales previstos en los arts. 296°-A y 296°-B fueron derogados y reemplazados por el delito de lavado de activos, estatuido por la Ley N° 27765, de 27 de junio de 2002. Se trata de un delito no codificado por razón de la *vis atractiva* del procedimiento común ordinario y su trámite se incardina en ese procedimiento. Por otro lado, la Ley N° 28002, de 17 de junio de 2003, modificó prácticamente toda la Sección II, Tráfico Ilícito de Drogas, del Capítulo III del Título XII del Libro II del CP –sólo dejó a salvo el art. 300° CP–, al punto que creó un nuevo art. 296°-A CP, que en rigor unifica los antiguos tipos penales de los arts. 296°-C y 296°-D, incluyendo como objeto del delito a la marihuana de la especie *cannabis sativa*, que había sido omitido en dichos tipos penales. Ahora bien, dado que el art. 296°-A CP estaba incluido en la Ley N° 27507 como un delito sujeto al procedimiento común ordinario, y vista su objetiva gravedad, es de rigor estimar que esa figura penal (actual art. 296°-A CP introducida por la Ley N° 28002) también se sigue bajo ese procedimiento.

desaparición forzada y tortura. Su artículo 5° estableció que dichos delitos se tramitan en la vía ordinaria (procedimiento común ordinario) y ante la jurisdicción ordinaria.

Llama la atención que la Ley N° 26689 no habían 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 la 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 Ley N° 27718, de 11 de mayo de 2002, art. 6°); y, d) los delitos de lavado de activos (Ley N° 27765, de 27 de junio de 2002).

La salida a esta falta de solución expresa pasa por reconocer dos principios, propios de lo que significa la naturaleza común del procedimiento 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. 3° del D. Leg. N° 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[5]. Siendo

---

(5) GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1996, p. 717.

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 a 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.

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. 373°-374°.

El art. 373° 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. 373°.

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. 420°).

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 expedición 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. 4°, 41°, 55°-57°, 114°, 115° y 374°). El Fiscal Provincial concluye la investigación emitiendo un informe dirigido al Fiscal Superior, con conocimiento del Juez Penal (art. 257°). 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. 258° y 268°).

III. EL PROCEDIMIENTO SUMARIO O ABREVIADO

1. Ámbito de aplicación

El art. 2° de la Ley N° 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. 1° de dicha Ley (modificado por el art. 3° de la Ley N° 27057). 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(6).

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 de 85% de las causas penales que conocen los órganos jurisdiccionales.

En caso de *concurso procesal de delitos*, reza el art. 1° del Decreto Legislativo N° 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 sumario o abreviado, el procedimiento debe ser el común–ordinario por estar referido a los delitos graves (un lamentable error de la Ley N° 26689 es no haber comprendido como delito "ordinario" el genocidio, felizmente superado ulteriormente por la Ley N° 26926 que expresamente, en su art. 7°, lo incluyó en el ámbito común ordinario). Así lo tiene establecido la Corte Suprema en varias decisiones(7). 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(8).

Este mismo principio es aceptado por el art. 28° 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

---

(6) Ejecutoria Suprema de 26 de agosto de 1981, Exp. N° 1507-81, Apurímac (TARAMONA, José R.: *Compendio de ejecutorias supremas*, Jamse Editores, Lima, 1982, T. I, pp. 91-92).

(7) Ejecutorias Supremas de 16 de mayo de 1988, Exp. N° 2-88, Ica (*Anales Judiciales*. T. LXXVI, Lima, 1988, p. 87); de 14 de enero de 1997, Exp. N° 2878-95-B, La Libertad (GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo: *Jurisprudencia penal*, Idemsa, Lima, 1997, T. III, pp. 95-96); y, de 13 de enero de 1996, Exp. N° 2634-95-B, Arequipa (GÓMEZ MENDOZA: *Jurisprudencia penal*, cit., T. III, pp. 145-146).

(8) Ejecutoria Suprema de 28 de diciembre de 1988, Exp. N° 849-87-IISP, Junín (*Jurisprudencia Penal, 1984-1992*, Editora Normas Legales, Trujillo, 1996, pp. 174-175).

el procedimiento especial por razón de delito, a la luz de lo dispuesto en el art. 373°, 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[9]. En la causa N° 2868–97[10], 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. 1° del D. Leg. N° 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"*..

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 N° 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[11].

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[12]. Luego, resulta inexacto referir la fuente a la Ley española de 8 de junio de

---

(9) Ejecutorias Supremas de 7 de noviembre de 1990, Exp. N° 12-90, La Libertad (*Normas Legales*, T. 205, junio, Trujillo, 1993, p. 490); y, de 7 de octubre de 1996, Exp. N° 4256-95-B, Arequipa (ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia procesal penal [1996-1998]*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, T. II, pp. 57-58).

(10) Ejecutoria Suprema de 30 de abril de 1998, Cañete.

(11) GARCÍA RADA, Domingo: *Manual de Derecho procesal penal*, EDDILI, Lima, 1984, p. 411.

(12) PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo: *Derecho procesal penal*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 359-364.

1957, como lo hace GARCÍA RADA[13], dado que dicha norma reconocía la diferencia funcional entre Juez de Instrucción y Audiencias Provinciales[14].

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. 3° del Decreto Legislativo N° 124 insistió en que se sujeta a las mismas reglas establecidas para el procedimiento ordinario, siendo su plazo de 60 días; plazo que puede 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. 72° del Código de 1940 o cuando se dé la circunstancia a que se refiere el art. 136° del mismo cuerpo de leyes (confesión corroborada), tal como lo dispone el art. 196° del citado Código, modificado por la Ley N° 24388. En tal virtud, el Juez debe remitir la causa al Fiscal Provincial para que dictamine sobre su mérito (art. 197°).

El art. 11° del Decreto Ley N° 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 N° 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.

---

(13) GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 411.

(14) GÓMEZ ORBANEJA / HERCE QUEMADA: *Derecho procesal penal*, cit., p. 337.

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. 4° del Decreto Legislativo N° 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. 198°), 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. 3° del Decreto Ley N° 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. 5° del Decreto Legislativo N° 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. 6°, 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. 155° 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. 5° del Decreto Ley N° 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. 220° del Código de 1940, modificado por la Ley N° 24388. Así lo ha establecido el Supremo Tribunal en Ejecutoria de 21 de agosto de 1985[15]. Se entiende que si el Fiscal Superior concuerda 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. 221° del Código de 1940, modificado por la Ley N° 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 2°.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 N° 145/1988 de 12 de julio, inspirada en las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1° de

---

[15] Exp. N° 1708-83-Puno (*Anales Judiciales*, T. LXXIII, Lima, 1985, p. 252).

octubre de 1982 –*"Caso Piersack"*– y de 26 de octubre de 1984 –*"Caso De Cubber"*– que aplicó el art. 6°.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.

Frente a estos notorios defectos, la Corte Superior del Cono Norte de Lima mediante sentencia de 11 de enero de 2002[16] declaró inaplicables los artículos 5° y 6° del citado Decreto Legislativo N° 124 por contravenir el art. 139°.3 Const., dado que, a su juicio, se vulneran los principios de imparcialidad objetiva, publicidad y contradicción, a cuyo efecto se invocó como precedente la Sentencia del Tribunal Constitucional español antes citada (N° 145/1988, de 12 de julio). Esta sentencia, de conformidad con el art. 14° de la LOPJ, fue elevada en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia. Dicha Sala, en la Ejecutoria Suprema de 28 de mayo de 2002, desaprobó dicha sentencia al considerar constitucionales las normas cuestionadas del Decreto Legislativo N° 124. Al respecto, señaló que la supresión de la etapa oral no impide que las partes puedan efectuar las observaciones a las distintas pruebas actuadas en la etapa de instrucción, aportando inclusive nuevos medios probatorios, tanto más si la ley permite la formulación de alegatos antes de la decisión final; agrega que el hecho que el juez que instruye sentencie posibilita la vigencia del principio de inmediación, pues de otro modo sería equivalente cuestionar el propio juicio oral bajo el pretexto de que en su desarrollo los miembros del Tribunal podrían adquirir prevenciones contra el acusado, culmina con un argumento pragmático, pues el cuestionamiento en revisión cuestiona el propio desarrollo de un proceso que tiene una vigencia de más de veinte años, cuya inaplicación originaría una multiplicidad de procesos sumarios nulos, lo que por su generalidad debe cuestionarse por otras vías[17] (crípticamente está derivando la solución del problema constitucional al Tribunal Constitucional).

---

(16) Ejecutoria Superior de 11 de enero de 2002, Exp. N° 2001-1841 (Inédita).

(17) Ejecutoria Suprema de 28 de mayo de 2002, Exp. N° 532-02, Cono Norte (Inédita).

Es evidente que un juez ordinario en el curso de un proceso a su cargo puede cuestionar la legitimidad de una norma con rango de ley y, en tal virtud, como lo establece el art. 138° *in fine* de la Constitución, está en el deber de inaplicarla llegado el caso, siendo impropio sostener que la masiva aplicación de la norma cuestionada –por referirse a una clase de procedimiento penal de larga data– impide aplicar la institución del control difuso. La Ejecutoria suprema en cuestión (1) no sólo obvia referirse a la garantía de publicidad, de directa relevancia constitucional (art. 139°.4 Const.), cuya excepción está en función –tal como aparece del art. 14°.1 del PIDCP– de los riesgos que la publicidad –radicada en la actuación probatoria, en los alegatos y en la expedición de la sentencia– pueda generar para otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos (*vid.* protección de la vida, de secretos relevantes del Estado o de las personas, de la intimidad, de menores, de los intereses de la justicia, etc.) y, de ninguna manera, a la configuración de un proceso bajo pautas de simplificación o celeridad; sino que (2) no entiende la diferencia entre actos de pruebas y actos de investigación, (3) desconoce que la inmediación está en función al juez sentenciador y no al juez instructor, y (4) no asume los diferentes cometidos de la instrucción y del juicio, y, por tanto, de la garantía de imparcialidad judicial.

Por otro lado, el art. 6°, párrafos segundo y tercero, del Decreto Legislativo N° 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 N° 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 Ejecutoria Suprema de 6 de julio de 1992[18]. La Ejecutoria Suprema de 28 de octubre de 1988[19] 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 adquiera 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[20].

La denominada "diligencia de lectura de sentencia" es un acto procesal formal, que exige la presencia del Fiscal Provincial, del acusado y de su defensor, así como de la parte civil. La ley dice "citación", pero la práctica

---

(18) Exp. N° 552-91-B, Arequipa.

(19) Exp. N° 812, Puno (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, p. 293).

(20) Ejecutoria Suprema de 13 de julio de 1988, Exp. N° 72-87, Piura (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 264-266).

judicial ha entendido presencia física de las partes, sobre la base de lo que precisa el art. 7° del Decreto Legislativo N° 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. 210° 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. 2° del Decreto Legislativo N° 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. 7° del Decreto Legislativo N° 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. 289°-290° 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 tercer día siguiente de expedido el fallo, entendiéndose que los días son hábiles según el art. 141° del Código Procesal Civil. Semejante procedimiento se sigue respecto de todas las partes del proceso: el tercero civil y la parte civil (art. 290° 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. 210° y 211° del Código de 1940 sólo imponen la presencia obligatoria del imputado, 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. 147° 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. 8° D. Leg. N° 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. 132° 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. 298° a 301° del Código de 1940, tal como lo ha entendido el Supremo Tribunal en la Ejecutoria Suprema de 13 de julio de 1988[21].

Emitida la sentencia de segunda instancia, el art. 9° del Decreto Legislativo N° 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[22]. Contra la denegatoria de la apelación sólo procede el recurso de queja conforme a la modificación de la Ley N° 27833, de 21 de setiembre de 2002. Asimismo, de conformidad con el art. 292° del Código de 1940, modificado por el Decreto Legislativo N° 126, procede recurso de queja excepcional ante la Corte 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. 3° de la Ley N° 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

---

(21) Exp. N° 72-87, Piura (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 264-266).

(22) Ejecutorias Supremas de 9 de setiembre de 1981 (*El Peruano*, Lima, 12 de octubre de 1981); de 9 de diciembre de 1988, Exp. N° 35-88, Cusco (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, p. 294); y, de 1° de junio de 1984, Exp. N° 580-83, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXII, Lima, 1982-1984, p. 847).

de la ley y se enmiendan los errores de derechos[23]. 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. 251°, 91° y 98°, el mismo Fiscal Provincial, según sea el caso, emitirá dictamen no acusando (art. 252°) o formulará acusación (art. 260°). 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.

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. 307° del Código de 1991, siguiendo el modelo del recurso de nulidad del Código de 1940 (art. 301° *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

---

[23] Ejecutoria Suprema de 15 de diciembre de 1992, Exp. N°. Q-7-92-B, Lima (*Normas Legales*, T. 224, enero, Trujillo, 1995, pp. J34-J35).

expresamente por la viabilidad de que el Tribunal revisor pueda revocar un fallo absolutorio de primera instancia y condenar al absuelto[24], aunque el alto Tribunal ha optado por la tesis contraria invocando expresamente en vía analógica el art. 301° del Código de 1940[25].

IV. EL PROCEDIMIENTO POR FALTAS

1. Ámbito de aplicación

El art. 11° del Código Penal se afilia, como ya se dejó expuesto, al sistema bipartito 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 ambos diferencias cualitativas, pues sus elementos son exactamente iguales, pero comoquiera 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[26].

Desde esta última perspectiva, el art. 440° del Código Penal, modificado por el art. 8° de la Ley N° 27939 de 12 de febrero de 2003, *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, salvo el caso de las faltas de lesión dolosa y culposa, y de hurto y daños, previstas en el primer y segundo párrafos de los artículos 441° y 442° CP (que precisamente también modifica la ley citada); 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. 28° del Código Penal: restrictivas de derechos –en rigor limitativas (art. 31° CP)–, tales como la prestación de servicios comunitarios, limitación de días libres e inhabilitación, y multa; d) la multa no será menor de diez días-multa ni mayor de 180 días-multa; y, e) la acción penal y la pena prescriben al año.

Una característica adicional es reconocida en el art. 7° de la Ley N° 27939, en este campo más amplia que el art. 325°, tercer párrafo, del CPP

---

(24) GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 422.

(25) Ejecutoria Suprema de 31 de mayo de 1988, Exp. N° 541-86, La Libertad (*Anales Judiciales*, T. LXXVI, Lima, 1988, pp. 256-258).

(26) Citado por HURTADO POZO: *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 326.

de 1940, modificado en su día por el Decreto Legislativo N° 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 e, inclusive, la transacción, en cualquier estado de la causa, inclusive hasta antes que se emita la sentencia de segunda instancia. Tal configuración, que importa una causal de extinción de la acción penal, equivale a conceder a la víctima poder dispositivo sobre el objeto del proceso penal, sobre la persecución, y enmarcar estas figuras, en lo pertinente, en lo dispuesto por el inc. 3 del art. 78° 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, 441°-443°). 2°. Faltas contra el patrimonio (Título III, arts. 444°-448°). 3°. Faltas contra las buenas costumbres (Título IV, arts, 449°-450°). 4° Faltas contra la Seguridad Pública (Título V, art. 451°). 5° Faltas contra la tranquilidad pública (Título VI, art. 452°).

La *competencia objetiva*, según lo dispuesto en el art. 2° de la Ley N° 27939, que en este punto modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código de Procedimientos Penales, corresponde a los Jueces de Paz Letrados, que investigarán y juzgarán en los procesos por faltas, con lo que asimismo la Ley deroga el inciso 6) del art. 440° del Código Penal, que estatuía que la "*investigación está a cargo de la autoridad policial y el juzgamiento corresponde a los Jueces de Paz, Letrados o no Letrados*". La Segunda Disposición Final de dicha ley, sin embargo, estipula que, excepcionalmente, en los lugares donde no exista Juez de Paz Letrado, el procedimiento estará a cargo del Juez de Paz. La *competencia funcional* para conocer del recurso de apelación contra la sentencia que emita el Juez de Paz Letrado será el Juez Especializado en lo Penal. Se entiende que en los casos que un Juez de Paz asuma competencia objetiva, necesariamente el conocimiento de la apelación correrá a cargo del Juez Especializado en lo Penal, dado que precisamente el supuesto de intervención del Juez de Paz es la ausencia de Juez Letrado en los lugares de comisión de la falta.

2. NOTAS CARACTERÍSTICAS

A. Aspectos generales

Las reglas de procedimiento están inspiradas parcialmente en el Código Procesal Penal de 1991 (*vid.* arts. 387°-390° CPP 1991). Podría destacarse como ejes rectores de este procedimiento el ser uno sustancialmente acele-

rado y con predominio de la concentración procesal –que en puridad sólo tiene una etapa concebida de modo *sui generis* en su momento declarativo, que la dirige el Juez de Paz Letrado–, aunque a nuestro juicio de dudosa legitimidad al estar informado por el principio 'inquisitivo' y no por el *acusatorio*. También es posible agregar a esta idea de concisión y simplicidad, la de inmediación, en tanto que "...las actuaciones que se exigen en este tipo de proceso [...] están presididas y dirigidas por el juez"[27].

El grave problema de este procedimiento, concebido como todo el proceso penal bajo el principio de obligatoriedad –de legalidad– del ejercicio de la acción penal –en cuya virtud toda falta es pública–, estriba en la ausencia de un acusador privado concreto, dado que, como ya se ha mencionado, el Ministerio Público no interviene en la persecución de estas infracciones. El principio acusatorio brilla por su ausencia y, por tanto, la constitucionalidad del procedimiento se ve discutida por vulneración de las garantías genéricas del debido proceso y del derecho de defensa (art. 139°.3 y 14 Const.). Dicho principio, el acusatorio, exige –al decir de ESCUSOL BARRA– la acusación previa para que una persona pueda ser condenada, la que no puede ser sustituida por la actividad judicial en ningún caso[28]. A ello hay que agregar, como lo hacen CALDERÓN y CHOCLÁN, la necesidad de que exista una correlación entre acusación y sentencia, y la prohibición de la reforma peyorativa[29]. Como en todo procedimiento se requiere una parte actora, esencialmente en la etapa de enjuiciamiento –y su correlativo derecho a conocer la acusación para una defensa eficaz–, función que no puede cumplir el juzgador, en orden además a la necesaria vigencia del principio de imparcialidad judicial (STEDH, Asunto "Piersack", de 1 de octubre de 1982) –quien no puede realizar actos de instrucción, como sería el auto de apertura de instrucción, y luego dirigir la actividad probatoria para expedir sentencia–, y del derecho de defensa –cuyo ejercicio contradictorio requiere de un acusador que impute cargos, *ne procedat iudex ex oficio*–, y por consiguiente, como no es admisible la acusación implícita, cabe enfatizar que, en tanto no se inste la sanción del imputado, no es posible que se emita sentencia. Ello significa que la ausencia de una acusación, que da sentido al juicio, determina irremediablemente el sobreseimiento inmediato de la causa e imposibilita el principio de contradicción.

---

(27) MORENO CATENA, Víctor (Dir.): *El proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Vol. IV, p. 2791.

(28) ESCUSOL BARRA, Eladio: *Manual de Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1993, p. 659.

(29) CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: *Derecho procesal penal*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 554.

El Tribunal Constitucional español, en la muy conocida sentencia N° 56/1994, sostuvo, en primer lugar, que el principio acusatorio debe informar al procedimiento por faltas, y que dicho principio exige una acusación –obviamente de un órgano externo al juez– e incorpora el derecho del imputado a conocerla; en segundo lugar, que la exigencia de una acusación exteriorizada y explícita, formulada –en ausencia del fiscal– por el particular ofendido, que permita al acusado defenderse y hacer posible un debate contradictorio, debe modularse en los procedimientos por faltas, dada la escasa complejidad de los tipos penales y la fácil determinación de su sanción; y, en tercer lugar, que la acusación puede manifestarse en varias formas, ya en la denuncia inicial, ya en el acto del juicio oral, pero en todo caso debe llegar a conocimiento del imputado, al punto que la propia denuncia puede satisfacer el derecho del inculpado a conocer la acusación que contra él se formula[30]. Debe aclararse que la ley española no consagra la fase de instrucción y, además, exige parte legítima en el acto oral, es decir, una parte activa o acusadora, que en ausencia del Fiscal debe ser el agraviado. Todo ello hace que ese procedimiento sea profundamente inquisitivo, confundiéndose el objetivo de celeridad y economía procesal con la vulneración de las bases programáticas mínimas de todo proceso penal.

Otro problema está referido a la garantía de publicidad, exigida por la Constitución. Siguiendo el modelo del juicio sumario no existe duda de que la lectura de la sentencia debe ser llevada a cabo en audiencia pública. Obviamente, por sus limitaciones esenciales, en tanto que esa garantía exige la asistencia del público en el debate mismo y en la lectura del fallo, esa salida no es plenamente constitucional, siendo de rigor por consiguiente entender que la audiencia prevista por la Ley analizada se producirá en acto público, aunque la limitación vendría cuando se deban actuar otras diligencias complementarias, para las cuales la ley no exija Audiencia, pues inclusive menciona un "plazo de instrucción", lo que exige una actuación reservada.

B. Iniciación

Una nota inquisitiva típica de este procedimiento es que el Juez de Paz Letrado puede iniciar el procedimiento de oficio, sin necesidad de instancia de la víctima o agraviado. La Policía será la encargada de las investigaciones –que según sus propias reglas puede iniciarlas de oficio o por denuncia–, pues el art. 3° de la Ley N° 27939 hace mención a "lo actuado por la autoridad policial" y con el documento que emita y remita al Juzgado decidirá lo conveniente. Ello no obsta a que la ley reconozca que puede existir denuncia

---

(30) GIMENO SENDRA, Vicente; GARBERÍ LLOBREGAT, José; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido: *Los procesos penales*, Bosch, Barcelona, 2000, T. 7, pp. 514-516.

escrita u oral, que necesariamente debe ser presentada por el agraviado o su representante ante el Juzgado.

El segundo párrafo del mencionado art. 3° establece las posibilidades de actuación del Juez ante un Parte Policial o ante una denuncia. Como especialidad fundamental, se tiene que si la Policía efectuó una detención en flagrancia, se comunicará inmediatamente el hecho al Juez poniendo al detenido a su disposición con el Parte Policial respectivo, "tan pronto aquél –el Juez– se constituya en la dependencia policial". La norma contiene un error técnico ostensible, pues dice: "...por presumirse la comisión de *delito*", cuando en rigor debió decir "*falta*", dado que si se tratara de delito la Policía tendría que remitir al detenido a disposición del Fiscal Provincial.

Tres son las posibilidades que tiene el Juez ante un parte o ante una denuncia del agraviado o su representante: 1) Desestimarla de plano si el hecho denunciado no constituye falta; 2) Abrir instrucción si el hecho es típico (obviamente, en concordancia con lo dispuesto en el art. 77° CPP, se necesita la debida individualización del denunciado y, asimismo, que la acción penal se encuentre vigente, es decir, que no esté prescrita); y, 3) Derivar los actuados al Fiscal Provincial, con el detenido –si existiera– si el hecho constituye delito.

El auto de apertura de instrucción, como se ha dicho, es una resolución de imputación judicial *ab initio* (como tal, deberá motivarse debidamente, indicándose los hechos relevantes y su calificación jurídico-penal), pues se formula al inicio del proceso y da cuenta de una atribución a una persona determinada de haber intervenido en unos hechos concretos que presentan los caracteres de falta[31]. Sobre esa base la primera diligencia que debe realizarse es la instructiva del imputado, bajo el principio de reserva, la cual se tomará de inmediato o, si el procesado no está detenido, en el plazo de tercer día de notificado. Sólo está permitida la citación cautelar, es decir, la conducción de grado o fuerza del imputado: no puede ordenarse su detención.

C. *Audiencia*

Recaba la instructiva del imputado, el mismo Juez de Paz Letrado dictará una resolución de citación para audiencia. Esta diligencia procesal, de carácter público, tiene como objeto actuar todos los medios de "prueba", en puridad de investigación –dado su carácter sumarial–, que correspondan, aunque no precisa que el imputado o la víctima en su caso tienen el derecho de solicitar se convoque a determinados órganos de

---

[31] GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2001, pp. 163-165.

prueba. La audiencia debe realizarse en un solo acto y sin interrupción alguna, salvo causas de fuerza mayor (complejidad del trámite, inasistencia de órganos de prueba citados, indisposición de alguna de las partes, necesidad de realizar inspecciones oculares o reconstrucciones, etc.). La instalación de la audiencia está sujeta a los requisitos estipulados, en vía supletoria, por los arts. 234° y 241° del CPP, en lo pertinente. De existir tercero civil, enseña HINOJOSA SEGOVIA, también deberá ser citado a la audiencia, pues no puede condenársele sin haber sido citado ni oído en el procedimiento, más que en el caso de incomparecencia por voluntad expresa o tácita[32].

En la audiencia se debe escuchar al agraviado y, luego, al imputado, esto es, se les debe examinar. La metodología a seguirse es la propia del juicio oral por delitos. Si el imputado admite los hechos –la norma menciona el vocablo "responsabilidad", que entraña una valoración jurídica que no es del caso exigirle al imputado–, o si considera necesario actuar otras diligencias, aun cuando estén presentes peritos y testigos, se declarará conclusa la fase probatoria y se dictará, de inmediato, es decir, en ese mismo acto, la sentencia que corresponda, señalando la pena y la reparación civil. Es evidente que, en este caso, se suspenderá la audiencia por breve tiempo para la elaboración de sentencia, luego de lo cual debe reabrirse la sesión para darle cumplida lectura.

Cuando el imputado no reconozca su responsabilidad, o fueran necesarias otras diligencias, se actuará la "prueba ofrecida" de inmediato. Como ya se anotó, la actuación probatoria ulterior está condicionada a que el imputado no confiese, en cuyo caso se examinará a los testigos y peritos, así como se leerá la prueba instrumental y documentos probatorios. Culminada la actuación probatoria, se inicia la fase de alegatos finales –ellos deben comprender, por imperio del principio acusatorio, la autodefensa del imputado o derecho a la última palabra–, luego de lo cual, sin más dilación, se dictará sentencia. Pareciera que la expedición del fallo debe hacerse en ese mismo acto (en nuestro sistema la audiencia culmina no con la autodefensa, sino con la lectura del fallo y emplazamiento a las partes principales acerca de su derecho de impugnación), previa suspensión de la sesión para su elaboración, lo que será posible si el caso es simple y lo permite la carga procesal del Juzgado; de no ser posible, pues se trataría de una causa de fuerza mayor –prevista en el primer párrafo del art. 5° de la Ley N° 27939– la audiencia se suspende para expedirse sentencia en otra ocasión.

---

(32) DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael; MUERZA ESPARZA, Julio; TOMÉ GARCÍA, José Antonio: *Derecho procesal penal*, 5ª ed., Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 2002, p. 665.

Es obvio que lo actuado en la Audiencia debe incorporarse en un acta, que como tal debe reflejar de la forma más fiel posible la realidad de lo ocurrido, de suerte que –como dice DELGADO MARTÍN– "...las limitadas posibilidades de nueva valoración de la prueba tendrán tanto más acierto cuando más fiel sea la reproducción de lo ocurrido en el juicio celebrado en primera instancia[;] la segunda instancia es absurda sin un reflejo exacto de lo ocurrido en el juicio"(33).

D. Otras diligencias de instrucción

Es sintomático que el art. 5° *in fine* de la Ley haga mención al plazo de instrucción, que no debe exceder de 20 días, prorrogables en diez días adicionales, lo que significa que la audiencia que ha diseñado no constituye en puridad un acto propio de la etapa oral o principal del proceso, y que los actos de imputación y de declaración del imputado –como debiera ser– no culminan la etapa escrita de instrucción. Dice la norma que en "*el caso que en el proceso sea necesaria la realización de otras diligencias, la instrucción no podrá exceder...*", situación que permite sostener que, en rigor, no existe propiamente una etapa de enjuiciamiento, sino que se ha configurado una *sui generis* etapa de instrucción conformada por tres tipos de diligencias: la instructiva, la audiencia y las diligencias complementarias o suplementarias.

A la culminación de éstas o del plazo ordinario o el de prórroga, el Juez debe expedir un auto de citación para audiencia, dedicada exclusivamente para la diligencia de lectura de sentencia y determinación de la interposición de los recursos. La audiencia antes mencionada debe señalarse, sea la sentencia absolutoria o condenatoria. Llama la atención que, a la culminación de las diligencias sumariales, no se disponga la reapertura de la audiencia para los alegatos ampliatorios correspondientes, única posibilidad para, por lo menos, garantizar el contradictorio y, especialmente, la vigencia del principio acusatorio: si nadie acusa, ¿cómo es que puede expedirse sentencia? Exactamente, luego de la realización de actos de investigación o de prueba en sede judicial, ¿cómo es posible obviar la acusación del afectado?

Este proceso también permite la deducción de cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, excepciones y cuestiones de competencia, pero ninguna de ellas requiere un previo pronunciamiento del Juez ni origina un incidente, pues se resuelven conjuntamente con la sentencia. Por ello, en el escrito que se deduzcan deben proponerse los medios de prueba que correspondan, que se actuarán inmediatamente en la audiencia. De lo úl-

(33) DELGADO MARTÍN, Joaquín: *El juicio de faltas: La prueba y otras cuestiones procesales*, Colex, Madrid, 1996, pp. 120-121.

timamente expuesto fluye que la proposición de estos medios de defensa, a diferencia del procedimiento por delitos, sólo puede operar hasta antes de la iniciación de la audiencia o, en su caso, si el proceso no se resuelve en ese acto, durante los actos de instrucción complementaria.

E. El procedimiento recursal

El procedimiento por faltas está sujeto al principio del doble grado de jurisdicción. Contra la sentencia procede recurso de apelación. El plazo de interposición es de un día de efectuada la lectura de sentencia (ello no quiere decir que en la audiencia no pueda procederse con arreglo al art. 289° CPP, que exige la consulta a las partes principales si interponen recurso impugnatorio).

Funcionalmente, el conocimiento del recurso de apelación corresponde al Juzgado Especializado en lo Penal, a quien debe elevarse el expediente en el día. El procedimiento recursal es simple, no permite actuación probatoria y se circunscribe a una revisión de las actuaciones sumariales; en puridad, como apuntan RIFÁ y VALLS, la sentencia dictada constituye un *"novum iudicium"*, en el cual el recurrente puede reproducir las alegaciones realizadas en primera instancia y el órgano judicial *ad quem* puede realizar un nuevo enjuiciamiento y valoración, tanto de las pruebas realizadas como del derecho aplicado[34].

Dentro de los cinco días de recibidos los autos, el Juez Penal debe señalar fecha para la vista de la causa, en la que los defensores pueden informar oralmente. Realizada la vista, la sentencia se expedirá en el plazo improrrogable de tres días. Rige la interdicción de la reforma peyorativa. Contra esta sentencia no procede recurso alguno.

---

[34] RIFÁ SOLER, José María y VALLS GOMBÁU, José Francisco: *Derecho procesal penal*, Iurgiun Editor, Madrid, 2000, p. 427.

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 preliminar del delito. 3. Las medidas limitativas de derechos en la investigación preliminar. 4. La legislación sobre lavado de activos: Reglas de investigación y de presentación. 5. Técnicas especiales de investigación. 6. Intervención y control de comunicaciones. 7. Procedimiento para los delitos de tráfico ilícito de drogas. 8. Fármaco dependencia: Tratamiento específico. **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 N° 27038. **VI.** El procedimiento por delito de terrorismo: 1. Aspectos generales. 2. La fase procesal de investigación del delito de terrorismo. 3. El procedimiento penal. Especialidades. **VII.** 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 procedi-

miento en sí, que se desarrollará conforme a las reglas generales vistas en su momento[35].

II. EL PROCEDIMIENTO CONTRA ALTOS DIGNATARIOS

1. INTRODUCCIÓN

El art. 99° 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[36].

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. 100° 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 vigencia del denominado "Congreso Constituyente Democrático"–, a las Leyes N° 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.

---

(35) En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1997, cit., T. III *(Proceso penal)*, p. 514.

(36) 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.

2. El antejuicio o acusación constitucional

Según lo prescrito en el art. 89° 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. 99° 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. 89° 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 constitucional 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 [37].

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

---

[37] En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1997, cit., T. III *(Proceso penal)*, p. 516.

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 N° 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[38].

3. COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO

Según el art. 17° 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 Viceministros[39].

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.

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 encuentran 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. 100° 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

---

(38) MONTERO AROCA: "Los privilegios en el proceso penal", cit., pp. 117-118.

(39) 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).

instrucción obligatoriamente. En el procedimiento judicial deben intervenir, igualmente, Fiscales Supremos, tanto en la etapa de instrucción, como en la intermedia y en el enjuiciamiento, así como en el recurso de nulidad.

El último párrafo del art. 100° 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[40]. 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 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, por otro. En el caso del Presidente de la República, como se sabe y merced a lo dispuesto en el art. 117° 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. 113°.2 de la Constitución[41].

---

(40) Ejecutoria Suprema de 3 febrero de 1982, Exp. N° 12-81, Lima (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. II, pp. 59-61).

(41) HURTADO POZO: *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 308-309.

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. 93° *in fine* señala que los congresistas y –por extensión del art. 161° 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. 16° 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 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[42].

---

[42] Ejecutoria Suprema de 31 de agosto de 1989, Exp. N° 744-89, Arequipa (*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1989, pp. 269-271).

5. El Código de 1991

El art. 375°.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 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. 66°.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 N° 26623, de 19 de junio de 1996, modificada finalmente por la Ley N° 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 N° 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. 48°). El mencionado Reglamento, en su art. 1°, 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. 49°): a) debe tratarse de una denuncia escrita fundada, aunque excepcionalmente pueden recibirse denuncias verbales levantándose el acta correspondiente (art. 28°); 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. 13° y 14°), 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 Órgano 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 Órgano de Gobierno (art. 50°), 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 facultados 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. 15° 'd' y 31°). 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 Órgano de Gobierno, para que se dicte la resolución que decida el ejercicio de la acción penal (art. 49°.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[43].

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. 191° 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 existen excepciones, que muy bien podría imponerse

---

(43) Ejecutoria Suprema de 3 de noviembre de 1998, Exp. N° 2373-98-Lima.

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. 34° 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. 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. 41° 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 el art. 1° *in fine* del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio Público y el art. 41°.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. N° 498-98[44].

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.

---

(44) *Revista de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima*, N° 1, diciembre, Lima, 1998, p. 109.

3. El Código de 1991

El art. 375° señala que, en estos casos, la investigación –tratándose de Fiscales y Vocales Superiores y miembros del Consejo Supremo de 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-administrativo. 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. 375° 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 delito de tráfico ilícito de drogas ha generado una legislación muy compleja, que no sólo intentó cubrir todos los ámbitos de las actividades productivas e involucró, en su día, tanto a la Policía Nacional y al Ministerio Público, como es obvio, cuanto también a las Fuerzas Armadas (*vid.* en especial, arts. 7° y 8° del Decreto Legislativo N° 824, de 24 de abril de 1996). Esta legislación, que inclusive desarrolló específicamente la función preventiva o de control previo a cargo de la Policía Nacional (*vid.* arts. 7°, 8°, 15°-17° del Decreto Ley N° 25623, de 22 de julio de 1992, y arts. 5° y 9° del Decreto Legislativo N° 824) se ha venido desarrollando de acuerdo con sus propias reglas, las de la denominada *"emergencia penal"*, de ahí

que presente singularidades muy marcadas, que aún pese a la restauración democrática todavía no ha sido corregida a sus estrictos límites razonables.

Tal vez una línea de intervención tan amplia, con preponderancia de la actividad *cuasi* autónoma de las Fuerzas de Seguridad, y cuyas normas paradigmáticas podrían ser los arts. 5°[45] y 9°[46] del Decreto Legislativo N° 824, se explica no sólo por una manifiesta vocación de exclusión del control jurídico sobre la actividad de la administración, sino también a partir de la amplitud con que es concebido el bien jurídico tutelado en el delito de tráfico ilícito de drogas. La Corte Suprema ha expresado que "si bien es cierto que genéricamente este delito agrede a la salud pública, como bien jurídico, no debe olvidarse que los efectos de esta agresión inciden directamente en la salud física y mental de la persona humana, con efectos muchas veces irreversibles, causando inclusive la degeneración genética con imprevisibles consecuencias futuras para la humanidad y por el mismo motivo la incidencia de estos delitos también afecta la estructura social, política, cultural y económica de los Estados"[47]. Esta doctrina jurisprudencial no hace sino constatar que nuestro máximo Tribunal se afilia a la tesis de que el delito de tráfico de drogas es pluriofensivo, lo que debe ser criticado en tanto, como dice COBO DEL ROSAL, confunde los motivos de política criminal que subyacen en la tipificación de estas conductas con el verdadero bien jurídico; y porque, en palabras de GARCÍA-PABLOS, no toma en cuenta que la comisión de un delito por un drogadicto que genera inseguridad ciudadana, más que un efecto del tráfico de drogas, constituye un efecto de la enfermedad generada por el uso de la droga[48].

Siendo así, y dados los términos de la posición de la Corte Suprema, como está en juego –según la opción acogida– la propia supervivencia de la especie humana, cae por su propio peso la pretendida justificación de una lógica de intervención amplísima y la asunción de una perspectiva restrictiva de derechos, en aras de garantizar la eficacia de la represión.

---

(45) Decreto Legislativo N° 824, Artículo 5°: "La Policía Nacional a través de sus órganos especializados, es la entidad encargada de prevenir, investigar y combatir el delito de tráfico ilícito de drogas, en sus diversas manifestaciones [...]".

(46) Decreto Legislativo N° 824, Artículo 9°: "Para la correcta aplicación de las medidas en lucha contra el tráfico ilícito de drogas, en todas sus modalidades, la Policía Nacional, deberá adecuar obligatoriamente sus normas y procedimientos de trabajo a las Directivas que sobre la materia dicte el Ministerio del Interior".

(47) Ejecutoria Suprema de 3 de agosto de 2000, Exp. N° 2113-98, Lima (FRISANCHO APARICIO, Manuel: *Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima 2002, pp. 53-57).

(48) JOSHI JUBERT, Ujala: *Los delitos de tráfico de drogas*, I, Bosch, Barcelona, 1999, p. 39.

La persecución del delito de tráfico ilícito de drogas forma todo un subsistema normativo. Las normas específicas de este modelo legal son dos: (1) El Decreto Ley N° 22095, de 2 de marzo de 1978, complementado por el Decreto Ley N° 22926, de 13 de marzo de 1980. (2) El Decreto Legislativo N° 824 –Ley de lucha contra el tráfico ilícito de drogas–, de 24 de abril de 1996. Asimismo, se integran a este complejo normativo otras tres normas que más bien están destinadas a la delincuencia organizada, pero que expresamente se refieren, como uno de sus supuestos, al delito de tráfico ilícito de drogas: la primera. (3) La Ley N° 27379 –Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares–, de 21 de diciembre de 2000; la segunda. (4) La Ley N° 27765 –Ley penal contra el lavado de activos–, de 27 de junio de 2002, con su complementaria Ley N° 27693 –Ley de creación de la Unidad de Investigación Financiera–, de 12 de abril de 2002, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 163-2002-EF, de 31 de octubre de 2002; y, la tercera. (5) La Ley N° 27697 –Ley de Control de las Comunicaciones–, de 12 de abril de 2002. En esa misma perspectiva, cierran este subsistema, de un lado. (6) La Ley N° 26320 –que crea el procedimiento de terminación anticipada–, de 2 de junio de 1994. Y (7) el Decreto Supremo N° 008-98-JUS –Reglamento del Decreto Legislativo N° 824–, que instaura un procedimiento por colaboración especial, y precisa el ámbito de los beneficios procesales y penitenciarios excepcionales, de 15 de agosto de 1998.

Un primer acercamiento a esta dispersa legislación permite advertir su falta de coherencia interna, que se explica no sólo por los diferentes momentos de expedición de cada norma, sino porque en muchos casos varias de sus disposiciones colisionan frontalmente con la Constitución y, especialmente, con la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Asimismo, se aprecia que esta legislación está muy condicionada por el Derecho Internacional Penal, a través de la Convención de Viena sobre la represión del tráfico de sustancias estupefacientes de 19 de diciembre de 1998, que amplió la represión del narcotráfico a sus aspectos económicos y a los insumos, así como concibió un mecanismo de "ayuda judicial recíproca" de carácter universal, expandió el decomiso, abolió la reserva fiscal y el secreto bancario, e introdujo nuevas técnicas de investigación[49].

2. LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR DEL DELITO

Tal vez el punto sustancial de inicio para configurar esta *fase preprocesal* es tener presente como criterio rector, en primer lugar, lo dispuesto por el

---

[49] SAAVEDRA ROJAS, Edgar y DEL OLMO, Rosa: *La Convención de Viena y el narcotráfico*, Temis, Bogotá, 1991, pp. 4-7.

Tribunal Constitucional en la Sentencia 005-2001-I/TC, de 15 de noviembre de 2001, que ratifica que el Ministerio Público es el conductor de la investigación y que la Policía desarrolla una función meramente ejecutiva y, por ende, subordinada funcionalmente, en lo que a la investigación del delito se refiere, al Ministerio Público. Ello significa que su actividad es de apoyo o auxilio al órgano de persecución del delito; por tanto, no es de recibo sostener que la "Policía Nacional a través de sus órganos especializados, es la entidad encargada de (...) investigar y combatir el delito de tráfico ilícito de drogas, en sus diversas manifestaciones" (*vid.* art. 5° del Decreto Legislativo N° 824), sin hacer referencia en el ámbito investigatorio al rol directivo del Ministerio Público. Y, en segundo lugar, lo estatuido por la Ley N° 27934 Párrafo II, de 12 de febrero de 2003, que establece que la investigación preliminar corresponde, como su titular, al Ministerio Público, y que la Policía sólo interviene en ella ante la imposibilidad de hacerlo el Fiscal, y sin perjuicio de informarle en el término de veinticuatro horas más el término de la distancia su avocamiento inmediato a la investigación del delito.

Como ya se anotó al comentar esa norma, la Policía interviene a prevención y sólo para realizar, de *motu proprio*, diligencias necesarias, urgentes o las denominadas "primeras diligencias" o actuaciones de inmediata intervención, todas ellas tendentes: (1) a la averiguación y al descubrimiento de los presuntos responsables y circunstancias de los hechos delictuosos; (2) al aseguramiento de los implicados –deteniéndolos, si es del caso, e identificándolos en todo momento–; (3) a la ocupación de los bienes que provienen del delito o están relacionados con su ejecución; y, (4) a la protección de los ofendidos y perjudicados por el delito[50]. A estos efectos, el art. 1° de la Ley citada regula un conjunto de atribuciones y cometidos, cuya enumeración es taxativa: recibir denuncias, realizar registros de personas, efectuar el recojo y conservación de bienes vinculados al delito, identificar a los implicados, interrogar a los testigos, elaborar planos y llevar a cabo operaciones técnicas, detener a los autores y partícipes, inmovilizar documentos y todo material que puede servir a la investigación, ingresar en flagrante delito [*sic*] a locales de uso público o abiertos al público, y reunir cuanta información adicional de urgencia permita la Criminalística.

El art. 60° CPP, que no ha sido derogado por la nueva normativa, dispone que las investigaciones preliminares de la Policía, realizada de *motu proprio* o a comisión, deben materializarse en un documento denominado *"Atestado Policial"*. El párrafo final del art. 1° de la Ley N° 27934 establece

---

(50) ALONSO PÉREZ, Francisco; DELGADO MARTÍN, Joaquín; BARALLAT LÓPEZ, Juan; PASTOR MOTTA, Luis: *Los juicios rápidos,* Colex, Madrid, 2002, pp. 33 y 43.

propiamente que las *diligencias de investigación*[51], donde se concreta la labor policial en orden a la comprobación y esclarecimiento de los hechos delictivos, se plasmen en actas. Estas actas tienen, en puridad, una vida independiente, de allí su exigencia de completitud, y son las que el Fiscal debe examinar detenidamente, evaluando su legalidad y utilidad, y que por cierto puede ordenar rehacer o que se lleven a cabo bajo su dirección inmediata.

En consecuencia, no existe una investigación policial autónomamente configurada, como era la base de principio del Decreto Ley N° 22095. Desde esta perspectiva deben entenderse abrogadas las disposiciones 71° a 74° de dicho Decreto Ley. En efecto:

A. La *detención imputativa ex officio* dictada por la Policía sólo puede efectuarse mediando flagrante delito y, en cuanto a su término, hasta por 15 días, de conformidad con el art. 2°.24, f) de la Constitución y lo interpretado por el Tribunal Constitucional, entre otros, en el Asunto "Francisca Acosta Agüero", de 2 de julio de 1998, y, fundamentalmente, en el Asunto "Silvestre Uscamayta Estofanero", de 1 de diciembre de 1999. Por lo demás, la Ley N° 27934 proporciona una definición de la flagrancia delictiva –interpretación auténtica–, que inclusive acepta la *cuasi flagrancia*, caso en el cual debe noticiar el hecho al Fiscal y al Juez Penal. A ello se agrega que, conforme a la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 010-2002-AI/TC, de 3 de enero de 2003, la incomunicación de un detenido, por ser una medida limitativa de un derecho fundamental, sólo puede ser dispuesta por un Juez[52].

B. El *allanamiento y registro* de depósitos, fábricas o centros de distribución de drogas, es decir, si se trata de un lugar cerrado, está condiciona-

---

(51) Señala ALONSO PÉREZ (ALONSO PÉREZ *et al.*: *Los juicios rápidos*, cit., pp. 50-52) que también integran el Atestado Policial las *diligencias de iniciación* (cómo se llega a la noticia criminal), las *diligencias de trámite* (sirven para coordinar y estructurar el resto de las diligencias del Atestado, entre las que destacan las de información de derechos de detenido, la remisión a un centro médico del reo, etc.), y las *diligencias de remisión*, que incorporan las evaluaciones del investigador y los datos del Atestado.

(52) Debe tenerse presente que adicionalmente la Constitución impone al detenido de conocer los motivos de su detención. Al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el Asunto "H. B. vs. Suiza", de 5 de abril de 2001, estipuló: "La Corte remarca que el parágrafo 2 del artículo 5° enuncia una garantía elemental: toda persona detenida debe saber el porqué. Integra el sistema de protección que ofrece el artículo 5°, esto es, la obligación de señalar a cada persona dentro de un lenguaje simple y accesible para ella, las razones jurídicas y fácticas de su privación de libertad, a los efectos de que ella pueda discutir la legalidad ante un tribunal en virtud del parágrafo 4. Ella debe aprovecharse de sus informaciones 'dentro de un plazo breve', pero el policía que lo detiene no le puede informar de todo de forma inmediata. Para determinar si ellas –las informaciones– son bastantes y suficientes prontas, debe ser evaluado de acuerdo a las particularidades de la causa".

do a la preceptiva autorización judicial. Cabe acotar, con ARAGONESES MARTÍNEZ, que la noción instrumental de "flagrancia" no rige tratándose de los denominados *delitos de tenencia*, en los que el elemento de urgencia, que integra el contenido esencial del concepto de flagrancia, no se presenta y, muy bien, puede –tomadas las seguridades del caso– esperar la preceptiva orden judicial[53]. En este caso, como es obvio, el Fiscal –que tiene el señorío de la investigación– deberá solicitar la orden judicial de entrada y registro, prevista en el art. 2°. 9 de la Constitución. No es necesaria la orden judicial cuando el titular del predio o el que lo habita autoriza el ingreso y registro, caso en el que siempre la carga de la prueba corre a cargo de la autoridad. De otro lado, como enseña RODRÍGUEZ SOL, cuando se trate de un detenido –vista la situación de 'intimidación ambiental' en que se encuentra por su privación de libertad a cargo de la Policía–, su consentimiento al registro, al tratarse en principio de una *diligencia de declaración*, requerirá la asistencia y consentimiento de un abogado defensor[54].

C. *La restricción del derecho a la libertad deambulatoria*, en concreto de la libertad de tránsito por razones de persecución penal, de conformidad con el art. 2°.11 de la Constitución sólo puede ser dispuesta por la autoridad judicial. Con ese efecto, el art. 2°, segundo párrafo, de la Ley N° 27934, permite al Fiscal solicitar al Juez dicte una medida restrictiva de la libertad personal.

D. El traslado de un detenido de un lugar a otro, por la función ejecutiva de la Policía no puede ser dispuesta por ella, sino a instancia y por orden del Fiscal. Las Sentencias del Tribunal Constitucional N° 005-2001-AI/TC y 010-2002-AI/TC no se pronunciaron al respecto, pero de la primera se desprende, por lo menos, que el traslado del detenido será atribución fiscal y no policial.

No obstante ello, la Ley N° 27934 permite al Fiscal, durante la investigación preliminar realizada por la Policía –que desde luego él puede llevar a cabo directamente–, solicitar al Juez la detención preventiva de un incriminado cuando no se da el supuesto de flagrancia. Esa norma indica que el plazo es de sólo 24 horas, empero la Constitución en casos de tráfico ilícito de drogas autoriza la privación de libertad –vía detención imputativa– hasta por quince días, más el término de la distancia cuando corresponda, consecuentemente debe entenderse que para esta clase de delitos la detención imputativa preliminar por orden judicial puede extenderse hasta quince días naturales.

---

(53) Cfr.: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 2002, cit., pp. 367-368.

(54) RODRÍGUEZ SOL, Luis: *Registro domiciliario y prueba ilícita*, Comares, Granada, 1998, pp. 104-106.

3. LAS MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECHOS EN LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

En el amplio campo de la coerción con fines de persecución penal resulta indispensable limitar derechos de las personas en aras de asegurar la eficacia de la investigación. Los actos de autoridad que se llevan a cabo, sin embargo, deben estar informados por los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad, en tanto garantías implícitas de carácter transversal destinadas a proteger la vigencia de los derechos fundamentales y delimitar las posibilidades de su restricción.

A. El art. 73° del Decreto Ley N° 22095 establece que la Policía puede solicitar al Juez que dicte las "medidas precautelativas" –querrá decir: precautelares– correspondientes sobre los bienes muebles e inmuebles del investigado, aun antes de dictarse el auto de apertura de instrucción. A su vez, el art. 66° de dicho Decreto Ley dispone: a) el decomiso de las drogas y demás bienes delictivos implicados en la producción y fabricación de drogas ilícitas; y, b) la incautación los terrenos de cultivo, y del dinero empleado u obtenido en la comisión del delito.

Sobre esa base se dictó el Decreto Supremo N° 39-94-JUS, de 23 de julio de 1994, modificado por el Decreto Supremo N° 43-94-JUS, de 3 de noviembre de 1994. De esas normas fluye que a solicitud de la Policía o del Fiscal, el Juez puede: a) ordenar la inscripción preventiva en favor del Estado de los bienes muebles o inmuebles incautados, siempre que sean efecto o instrumento del delito de tráfico ilícito de drogas, para lo cual cursará los partes respectivos a los Registros Públicos; b) inmovilizar fondos, depósitos y demás valores en custodia que los implicados mantengan como titulares en las empresas y entidades del sistema financiero, cursando las órdenes y requerimientos respectivos; c) disponer que la CONASEV requiera que las Sociedades Agentes y los Agentes de Bolsa se abstengan de realizar operaciones o transacciones por cuenta o en nombre de los implicados, así como que requiera a las empresas emisoras de valores inscritas en el Registro Público de Valores de la CONASEV respecto de valores transados fuera de Rueda de Bolsa y otros mecanismos centralizados de negociación. Asimismo, dispuesta la orden judicial de inscripción preventiva, la partida respectiva queda bloqueada y se prohíbe toda inscripción de actos o contratos con posterioridad a la anotación.

Lo interesante de esta norma, dada la fecha de su vigencia, es que permite que el Juez dicte medidas limitativas, por lo menos de carácter real o patrimonial, antes de iniciarse formalmente el proceso penal, aunque como es obvio el concepto "inicio del proceso" admite una acepción amplia que tiene que ver con el propio inicio de investigaciones ante una noticia cri-

minal, sin interesar que el órgano que lo haga no sea el Juez y ni siquiera una autoridad jurídico-penal, lo que se explica para garantizar la vigencia de los derechos de los imputados.

Por otro lado, llama la atención la confusión en que incurre el art. 66° del Decreto Ley N° 22095, respecto del decomiso y la incautación; el primero es una consecuencia accesoria del delito y, como tal, tiene un carácter definitivo; y, la segunda, es –en este caso– una medida cautelar real que garantiza la efectividad del decomiso a declararse en la sentencia condenatoria. De igual manera, es de resaltar que los Decretos Supremos sólo mencionen a la incautación y obvian la reparación civil, a cuyo efecto, para garantizarla, procede el embargo (*vid.* art. 94° CPP). Estos errores técnicos u omisiones en nada afectan la eficacia de la norma desde que es claro que lo que se pretende es, primero, asegurar que determinados bienes permanezcan a disposición judicial, y, segundo, que las consecuencias accesorias (decomiso) y la reparación civil a declararse en la sentencia condenatoria sean realmente efectivas. Hoy en día se tiene claro que el *decomiso* es una medida ejecutiva penal –consecuencia accesoria, dice el vigente Código Penal– y la *incautación* es una medida provisional penal que en el presente caso tiene una decidida función cautelar.

Según el segundo párrafo del art. 66° del Decreto Ley N° 22095, los cultivos prohibidos serán destruidos inmediatamente. Si bien inicialmente el Código Penal no sancionó los actos de cultivo[55], normas posteriores sí lo permiten, como es el caso de plantas de amapola y marihuana (*vid.* art. 2° de la Ley N° 26332, de 24 de junio de 1994), aunque llamaba la atención que los hoy derogados arts. 296°-C y 296°-D del CP no se refirieran a la marihuana[56]. La destrucción inmediata de un bien prohibido y peligroso, cuya constatación es evidente y no requiere de mayores comprobaciones, puede calificarse de un *decomiso anticipado*[57]; esta medida se extiende a las drogas no comercializables (*vid.* art. 68° Decreto Ley N° 22095).

---

(55) Ejecutoria Suprema de 12 de enero de 1995, Exp. N° 1453-94, Amazonas (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., p. 231).

(56) Esta omisión felizmente ha sido salvada por la Ley N° 28002, de 17 de junio de 2003, que al reintroducir un art. 296°-A al Código Penal y derogar los antiguos arts. 296°-C y 296°-D CP, comprende como objeto del delito, conjuntamente con la amapola de la especie *papaver somniferum*, a la marihuana de la especie *cannabis sativa* (primer párrafo), así como en los supuestos de amenaza o violencia para la siembra o cultivo incorpora a las plantas de coca, amapola de la especie *papaver somníferum* y marihuana de la especie *cannabis sativa*.

(57) GALLEGO SOLER, José-Ignacio: *Los delitos de tráfico de drogas*, II, Bosch, Barcelona, 1999, p. 306.

El destino de los demás bienes: objetos materiales, equipos y efectos que provengan del delito, será su remisión a la OFECOD, para su asignación provisional a órganos públicos, mientras que el dinero será depositado en una cuenta en el Banco de la Nación (*vid.* art. 66° *in fine* Decreto Ley N° 22095).

B. La Ley N° 27379, Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares, de 21 de diciembre de 2000, en el art. 1°.3 permite expresamente que para cinco modalidades delictivas de tráfico ilícito de drogas puedan dictarse medidas limitativas de derechos en el curso de la investigación preliminar. Los delitos son: (a) lavado de activos derivados del tráfico de drogas en sus distintas modalidades (arts. 296°-A y 296°-B del CP, que hoy han sido derogados para dar lugar al delito genérico de lavado de activos, conforme a la Ley N° 27765, Ley penal contra el lavado de activos, de 27 de junio de 2002); (b) coacción para la siembra o procesamiento de coca o amapola (art. 296°-C, derogado por la Ley N° 28002, pero subsumido en el nuevo art. 296°-A establecido por la mencionada Ley); (c) favorecimiento del cultivo de adormidera y tráfico de semillas de adormidera (art. 296°-D, derogado por la Ley N° 28002); y, tráfico de drogas agravado (art. 297°, modificado por la Ley N° 28002). Es cierto, igualmente, que la Ley se aplica también en este delito cuando intervienen en su comisión una pluralidad de personas o una organización criminal, siempre que en su realización se utilicen recursos públicos o intervengan funcionarios o servidores públicos o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de éstos (art. 1°.1); empero, es de mencionar que el art. 297° CP comprende el supuesto de intervención de una organización dedicada al tráfico de drogas o la comisión del delito por más de tres personas, con lo que no haría falta invocar el art. 1°.1 de la Ley N° 27379.

En estos supuestos, como ya se explicó en el capítulo respectivo, el Fiscal Provincial, en casos de estricta necesidad y urgencia, puede solicitar al Juez Penal diez medidas limitativas de derechos, sean éstas medidas provisionales penales o instrumentales restrictivas de derechos. Son las siguientes: (1) Detención preliminar, hasta por quince días, fuera de flagrante delito; (2) comparecencia restrictiva; (3) embargo de bienes; (4) orden de inhibición para disponer o gravar bienes; (5) levantamiento del secreto bancario; (6) levantamiento de la reserva tributaria; (7) exhibición y remisión de información que afecta a la intimidad documental; (8) allanamiento de inmuebles o lugares cerrados fuera de flagrante delito; (9) inmovilización de bienes muebles; y, (10) clausura temporal de locales.

Son medidas provisionales penales con función cautelar: la detención orientada a impedir la fuga y garantizar la presencia del implicado durante

la pendencia de la causa, la comparecencia restrictiva, el embargo, la orden de inhibición para disponer o gravar bienes y la inmovilización de bienes muebles; todas ellas, como ya se ha estudiado anteriormente, buscan garantizar la eficacia de la sentencia condenatoria, y de las consecuencias jurídicas establecidas por la ley penal. La clausura temporal de locales es una medida provisional con función aseguratoria de prueba, así como la detención preliminar, en tanto buscan evitar que el implicado entorpezca la actividad probatoria. Finalmente, el levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria, la exhibición y remisión de información que afecta la intimidad documental, y el allanamiento son medidas instrumentales restrictivas de derechos, pues están destinadas a levantar una protección jurídica para garantizar el hallazgo y ocupación de evidencia o asegurar al imputado.

Un punto importante, de carácter hermenéutico, está radicado en el posible conflicto entre las disposiciones contempladas en la legislación especial sobre tráfico de drogas y las normas materia de esta Ley. Sobre el particular, puede anotarse lo siguiente: (1) Que, en principio, las medidas de la Ley N° 27379 sólo se aplican a los supuestos concretos de los tipos penales de tráfico ilícito de drogas antes mencionados, luego, no pueden aplicarse en las investigaciones preliminares por las otras modalidades delictivas de tráfico de drogas no contempladas en dicha Ley. (2) Que la incautación de bienes delictivos está sujeta, en todas las modalidades delictivas de tráfico de drogas, a las disposiciones especiales del Decreto Ley N° 22095 y a las disposiciones generales; en cuanto a las generales, cabe invocar el art. 59° CPP que establece que la Policía en su investigación puede incautar elementos de pruebas (*corpus delicti*) y efectos vinculados al delito; algo similar establece el art. 8°.6 de la LOPNP, que fija como una atribución policial la de "obtener, custodiar, asegurar y procesar indicios, evidencias y elementos probatorios relacionados con la investigación policial (...)"; y, fundamentalmente, el art. 1°.4 de la Ley N° 27934, que autoriza a la Policía a "recoger y conservar los objetos e instrumentos relacionados con el delito". (3) Que, tratándose de incautación y, por extensión, de embargo o de órdenes de inhibición para disponer o gravar bienes inscritos, es posible acudir a las normas especiales de los Decretos Supremos N° 39-94-JUS y N° 43-94-JUS, dado que comprenden todas las modalidades delictivas de tráfico de drogas y por la evidente semejanza entre embargos e incautaciones, cuya premisa es la presencia de indicios delictivos en tráfico ilícito de drogas y su objeto son bienes que pertenecen al implicado, sin que a ello obste que en un caso se trata de bienes delictivos y en otro de bienes libres.

Desde luego, la imposibilidad de interponer acciones de Hábeas Corpus –que en su día previó el Decreto Ley N° 22095 (art. 71° *in fine*) y, luego,

ratificó el Decreto Legislativo N° 824 (art. 17°)– son ostensiblemente inconstitucionales. El control jurisdiccional de una medida de detención, o de otra que afecte un derecho fundamental, no puede ser suspendido, ni siquiera en Estados de Emergencia, tal como lo ha ratificado la CIDH en la Opinión Consultiva OC-8/87, de 30 de enero de 1987. El Tribunal Constitucional ha establecido, en supuestos similares y sobre la base de la Opinión Consultiva antes citada (párr. 24), que "(...) en ningún supuesto cabe la posibilidad que un Estado limite o elimine la posibilidad que sus ciudadanos puedan acceder a un recurso efectivo para la protección de sus derechos fundamentales..." (por todas, STC N° 1109-2002-AA/TC, Asunto "Isaac Gamero Valdivia", de 6 de agosto de 2002)[58].

4. LA LEGISLACIÓN SOBRE LAVADO DE ACTIVOS: REGLAS DE INVESTIGACIÓN Y DE PRESUNCIÓN

En la doctrina nacional, BRAMONT-ARIAS TORRES concibe que el bien jurídico en este delito, instituido por la Ley N° 27765, de 27 de junio de 2002, es "(...) la correcta circulación o tráfico de bienes en el mercado, el mismo que se vería afectado con la circulación de bienes de procedencia ilícita". En concurrencia con dicho bien jurídico, "(...) pueden ser vulnerados otros, tales como la salud pública, el correcto funcionamiento de la administración pública, la libertad personal, el proceso de ingresos y egresos del Estado, etc."[59]. ARANGUEZ SÁNCHEZ, precisa que el delito de blanqueo afecta el principio de libre competencia para el orden socioeconómico; ése es su único interés que justifica la intervención penal, recomendable por razones de seguridad jurídica, a lo que no obsta –como efectos colaterales o incidentales– que su incriminación pueda servir para desincentivar la comisión de futuros delitos y coadyuvar a la pérdida de poder de las organizaciones criminales[60].

El delito castiga los actos de conversión de activos (cambio de uno por otro) y transferencia de activos (remitir, llevar o pasar un activo de uno a otro lugar), así como los actos de ocultamiento de activos (adquirir a título oneroso, aprovecharse del mismo) y de tenencia de activos (guardar, custodiar, o mantenerlo en su poder). Por otro lado, también castiga la omisión de comunicación a la autoridad competente de operaciones o transacciones sospechosas, perpetrada por quienes están obligados legalmente a ello –en

---

(58) http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/1109-2002-AA.html.

(59) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto: "Alcances de la Ley penal contra el lavado de activos", en: *Actualidad Jurídica*, T. 105, Lima, 2002, p. 64.

(60) ARANGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 97-102.

clave funcional o profesional–. La Ley, expresamente, consigna como un delito previo, necesario para el delito de lavado de activos, el tráfico ilícito de drogas.

Procesalmente la Ley prevé: (1) La utilización en la investigación de este delito de una medida instrumental restrictiva de derechos básica: el levantamiento del secreto bancario, de la reserva tributaria y de la reserva bursátil (art. 5°). (2) La incorporación de una norma de presunción, en cuya virtud el elemento subjetivo del tipo puede deducirse a partir de los indicios concurrentes en cada caso. (3) La posible configuración de un requisito de procedibilidad o de una prejudicialidad, con motivo de la dación de la Ley N° 27693, de 12 de abril de 2002, de creación de la Unidad de Inteligencia Financiera, y de su Reglamento (Decreto Supremo N° 163-2002-EF, de 31 de octubre de 2002).

A. El levantamiento del secreto o de la reserva bancaria, tributaria o bursátil

Como se sabe, el art. 2°.5 de la Constitución reconoce de modo expreso el secreto bancario y la reserva tributaria. Asimismo, de modo general, exceptúa que una información que afecta la intimidad pueda ser de conocimiento público. Aquí está la justificación teleológica a la denominada "reserva bursátil". Es de tener presente, con PRADO SALDARRIAGA, que la flexibilización del secreto bancario y de la reserva tributaria –a la que hay que agregar ahora la reserva bursátil–, "(...) es en el presente una praxis bastante frecuente, para la detección y control de delitos de organización o financieros. Sus antecedentes más relevantes se encuentran en la legislación antimafia italiana ... [La] eficacia de este tipo de medidas ... [ha determinado que se plantee incluso] la internacionalización de este tipo de procedimientos (...)"[61].

La Ley, de conformidad con la Constitución, autoriza al Juez a disponer el levantamiento del secreto o de la reserva y permite que el Fiscal de la Nación solicite a la autoridad competente (SUNAT, SBS o CONASEV) tal levantamiento. Es evidente –y esto es un punto que tiene que ver con el cumplimiento de dos principios constitucionales: la intervención indiciaria y la proporcionalidad– que para dictar estas medidas se requiere la presencia de indicios delictivos suficientes, y que la medida sea adecuada, necesaria y estrictamente proporcional, todo ello plasmado en una decisión debidamente motivada[62].

---

(61) PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *El delito de lavado de dinero*, Idemsa, Lima, 1994, pp. 79-80.

(62) Cfr.: REYNA ALFARO, Luis: *Manual de Derecho penal económico*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 682.

B. Presunción y origen ilícito de los activos, constitutivos del objeto material del delito

El conocimiento o presunción, esto es, el dolo directo o el dolo eventual, respecto a los activos involucrados en la conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia delictiva, dice la ley, se infiere de la prueba indiciaria. Aquí, como ya anotábamos en un supuesto similar, no es que se invierta la regla de la presunción de inocencia, sino que introduce normativamente –lo que por lo demás no hacía falta alguna, tomando en cuenta cómo juega o se implementa judicialmente la prueba por indicios– una regla de presunción razonable, que por cierto permite una actividad probatoria posible del imputado, única forma de concebirla constitucionalmente legítima[63].

Es claro que la prueba indiciaria o circunstancial también será necesaria y útil para determinar, a través del juicio de inferencia, la existencia de los elementos subjetivos del tipo o intención del agente, según las máximas de la experiencia. Es decir, si por los hechos externos y objetivos que estén probados, se puede llegar a fijar la verdadera intención (elemento interno) del sujeto activo, como defraudar, convertir, transferir, ocultar o tener. El elemento subjetivo se deduce de datos externos, reveladores de la intención del agente. La Corte Suprema ha establecido que el dolo o la intención del agente puede inferirse de las circunstancias que rodean al acto –de la valoración de las mismas–, en especial de su conducta externa y del resultado producido, como serían por ejemplo los medios, el arma empleada y la naturaleza de las lesiones[64]. El órgano jurisdiccional debe plasmar en la sentencia todo el razonamiento, y demostrar el nexo lógico entre el hecho indicado y el hecho indicador, que motive expresamente la operación deductiva realizada.

En este caso, sin duda, se debe probar objetivamente que se está (1) ante un activo: dinero, bienes, efectos o ganancias; (2) que su origen es delictivo (cualquier delito, salvo los patrimoniales para los que está previsto el tipo de receptación), sin que sea necesario que el delito en cuestión haya sido objeto de condena o procesamiento; (3) que el sujeto activo haya realizado actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia. Sobre esa base –o datos externos– plenamente probada, se deducirá, de un lado, el conocimiento directo o eventual del origen del activo y, por otro, la finalidad de

---

(63) Mayores datos: SAN MARTÍN CASTRO, César; CARO CORIA, Carlos; REAÑO PESCHIERA, Leandro: *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir: Aspectos sustantivos y procesales*, Jurista Editores, Lima, 2002, pp. 413-430.

(64) Ejecutorias Supremas de 9 de febrero de 1977 (*Normas Legales*, T. 84, Trujillo, 1977, p. 466), y de 11 de noviembre de 1987 (*Anales Judiciales*, T. LXXV, Lima, 1987, p. 142).

evitar la identificación de su origen, su incautación o su decomiso (elemento teleológico y tendencial de la tipicidad). Se requieren por tanto, no sólo los datos de hecho definidamente acreditados: un conjunto de indicios, sino también que la deducción obtenida a partir de ellos sea racional, en buena cuenta que exista un enlace preciso y directo según los criterios del saber humano.

C. La ley de creación de la Unidad de Inteligencia Financiera

Esta Ley atribuye a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF), con personería jurídica de derecho público y autonomía funcional y técnica, la responsabilidad de comunicar al Ministerio Público aquellas transacciones que luego de la investigación y análisis respectivos, presuma se encuentran vinculadas al lavado de dinero o de activos, a cuyo efecto todas las entidades vinculadas al ámbito financiero y comercial (bancos, SAB, casinos, almacenes de depósitos, agencias de aduana, bolsa de productos, compraventa de coches, embarcaciones y aeronaves, construcción e inmobiliarias, etc.) deben informarle las transacciones que estimen sospechosas. La UIF tiene a su cargo la superintendencia de control y supervisión del sistema de prevención del lavado de dinero o de activos. Como tal, está facultada a solicitar información de los obligados, analizarla y, en su caso, requerir información adicional.

A la UIF, según el art. 1° del Reglamento, le corresponde con exclusividad el análisis, tratamiento y transmisión de información para la prevención y detección del lavado de dinero o de activos. Asimismo, el art. 3°.5 le atribuye la función de comunicar al Ministerio Público las transacciones que se presuma estén involucradas con operaciones de lavado de dinero o de activos, debidamente fundamentadas con la información que le haya sido remitida por los sujetos obligados, y demás información sustentatoria obtenida en el desarrollo de sus actividades.

La pregunta que cabe hacerse es si la realización de este análisis investigatorio-administrativo, constituye un requisito de procedibilidad o, en todo caso, una prejudicialidad administrativa. ¿Puede el Ministerio Público promover la acción penal y, antes, instar actuaciones de investigación preliminar, sin el concurso del UIF o de su previa decisión de comunicación delictiva?

La ley sólo reconoce a la UIF una potestad de denuncia ante el Ministerio Público. No condiciona la actuación del Fiscal a la previa decisión de la UIF ni determina, a los efectos de la promoción de la acción penal, que previamente ese órgano administrativo deba realizar una indagación administrativa y adoptar una decisión al respecto. Esto último, asimismo,

importa no aceptar la denominada *"prejudicialidad administrativa"*. Los trámites administrativos que debe realizar la UIF no impiden la actuación de la justicia penal. En todo caso, a tenor del art. 159°.4 Const., la UIF está siempre subordinada al Ministerio Público y debe seguir sus indicaciones en materia de esclarecimiento preliminar de un presunto delito de lavado de activos.

5. TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN

El art. 28° del Decreto Legislativo N° 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"*. Estos procedimientos no sólo importan la previa autorización fiscal, sino el control de su desarrollo ejecutivo y la orden de ponerle término "en cuanto se hayan cumplido los objetivos propuestos".

Ambas técnicas están definidas en el art. 29°, y en rigor –explica MORENO CATENA– constituyen medidas especiales de lucha contra la delincuencia organizada, en tanto se tiene la convicción que las organizaciones criminales cuentan con material altamente sofisticado y con sujetos de comprobada eficacia delictiva, contra los que el Estado debe reaccionar para garantizar la eficacia en la lucha contra la criminalidad(65).

A. La "remesa controlada"

Según el art. 29° del D. Leg. N° 824, 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. 11° 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 procedimiento, como apunta MONTOYA, procura descubrir drogas que son transportadas a través de diversos medios y, en tal virtud, se procede a su control a fin de determinar en forma encubierta quiénes participan en el delito, las modalidades del mismo, la ruta a seguir, los contactos, datos del remitente y del receptor y de todos aquellos que puedan participar en

(65) GIMENO SENDRA *et al.*: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 214.

la maniobra ilícita a fin de llegar a los niveles más altos de una organización delictiva[66]. Se permite, pues, en palabras de MORENO CATENA, la circulación de remesas ilícitas, ya sean conocidas o resulten sospechosas por el territorio de un país, o bien permitir que entren o salgan de él sin interferencia de la autoridad o de sus agentes y bajo su vigilancia[67]. Desde la lógica internacional, habrá dos tipos de entregas vigiladas, la directa –entre dos Estados– y la de tránsito –entre tres o más Estados, de los cuales uno se encuentra interesado en el tránsito de la droga sobre su propio territorio–.

Señalan al respecto CHOCLÁN y CALDERÓN que a estos efectos debe mediar una expresa autorización de la autoridad (en el Perú, será el Fiscal si la investigación se encuentra en fase preprocesal, o el Juez si existe proceso abierto); la resolución será fundada –motivada–, en la que debe determinarse explícitamente, en cuanto sea posible, el objeto de la autorización, así como el tipo y cantidad de la sustancia de que se trate (principio de proporcionalidad); asimismo, se tomará en cuenta la necesidad de adoptarla a los fines de la investigación en relación con la importancia del delito –magnitud de los alijos comprometidos– y con las posibilidades de vigilancia[68].

B. El agente encubierto

El *"agente encubierto"*, prescribe el art. 29° del D. Leg. N° 824, 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. No obstante ello, es justo decir con ROXIN que con la admisibilidad de esta figura no se ha dicho nada todavía acerca de las acciones que le están permitidas en el ámbito de su actividad investigadora[69].

El agente encubierto, en consecuencia, es aquel miembro de la Policía Nacional, en funciones de Policía Judicial, que oculta su carácter de agente

---

(66) MONTOYA, Mario Daniel: *Informantes y técnicas de investigación encubiertas*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 238.

(67) GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 870.

(68) CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO: *Derecho procesal penal*, cit., p. 171.

(69) ROXIN, Claus: *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 65.

en el curso de una investigación de las actividades propias de la delincuencia organizada dedicada al tráfico ilícito de drogas; una característica de su actividad es que actúa con identidad alterada durante un tiempo más o menos prolongado. Este procedimiento, como forma de compensar la quiebra de garantías procesales, exige no sólo la autorización del Ministerio Público, sino está sometido a un control fiscal que debe ser efectivo[70]. La esencia de la figura es la ocultación de la condición de agente del infiltrado, quien buscará generar en los miembros de la organización criminal una confianza por la que le sea permitido la presencia o, incluso, participación en sus actividades, lo que importa de hecho una afectación al derecho a la intimidad de los investigados. Esta norma, a final de cuentas, establece una excepción a la prohibición de engañar y del deber de informar al imputado, de suerte que los "engaños condicionados por la 'identidad alterada' están permitidos".

Esta institución procesal, pese a sus riesgos, ha sido expresamente aprobada por el TEDH, pues reconoce que la Convención Europea de Derechos Humanos –de similar estructura y alcances que la Convención Americana de Derechos Humanos– no impide apoyarse, en la fase de la instrucción preparatoria y siempre que la naturaleza de la infracción lo puede justificar, sobre medios tales como confidentes ocultos, aunque previene que la intervención de estos agentes debe estar circunscrita y rodeada de garantías incluso en el caso del tráfico de estupefacientes, pues no puede descuidarse las exigencias generales de equidad en los procedimientos relativos a todo tipo de infracción criminal[71].

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 agente encubierto debe proporcionar la información que obtenga de modo inmediato e íntegramente al Fiscal, la cual inclusive puede ir acompañada de grabaciones o cintas de videos.

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

---

(70) DELGADO MARTÍN, Joaquín: "El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto", en: PICÓ I JUNOY, Joan (Dir.): *Problemas actuales de la justicia penal*, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 99-100.

(71) STEDH, Asunto "Teixeira de Castro", de 9 de junio de 1998, párrs. 35 y 36.

en sede fiscal, en la investigación preliminar propiamente dicha y no en la judicial, tanto más si su carácter formal impide su plena o aceptable eficacia.

Es de tener en cuenta, sin embargo, como menciona DELGADO GARCÍA, que 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 ejerzan el control necesario sobre la 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(72).

La decisión fiscal o judicial debe expresarse en una resolución debidamente fundamentada. El auto habilitante debe sustentarse tanto en la existencia de indicios delictivos suficientes de la existencia de una organización criminal y que se dedica al tráfico ilícito de drogas, cuanto en la idoneidad de la medida –que sirva objetivamente para conseguir datos útiles para investigar a la organización–, en la necesidad de la misma –que sea imprescindible para la finalidad de la investigación y que no exista otro medio menos gravoso para el afectado–, y en la evaluación de la gravedad concreta de la conducta investigada. Además, debe contener las prescripciones de control: tiempo de las informaciones, evaluación de los Jefes Policiales del agente encubierto, u otras. Las actuaciones en referencia, por su carácter reservado, deben ser objeto de un incidente o cuaderno especial, donde se anexarán todas las ocurrencias correspondientes.

Es claro, en virtud de la exigencia de un juicio justo y equitativo, que el agente encubierto sea debidamente interrogado durante el juicio oral. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si bien ha permitido que durante la instrucción se oculte la identidad del agente policial y que sólo se mencione su identidad supuesta, inclusive en el caso de arrepentidos, no lo admite durante el enjuiciamiento y, menos, que no declare. En esos casos, primero, al desconocerse la identidad de la persona a la que la defensa intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, enemiga o indigna de crédito, y no podrá demostrarlo si no tiene informaciones que le permitan realizar el crédito que le merece el autor o ponerlo en duda; la defensa sufriría un *handicap* casi

---

(72) 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.

insuperable[73]. En segundo lugar, al no declarar un agente encubierto "los derechos de la defensa ... [sufrirían] tales limitaciones que el requiriente no se ... [beneficiaría] de un proceso justo [...]". En este caso, "ni el Magistrado ni las jurisdicciones de enjuiciamiento pudieron, o no quisieron, oír a *Toni* (el agente encubierto) y proceder a una confrontación destinada a comprobar sus declaraciones con las alegaciones del Sr. Lüdi; por otra parte, ni éste último ni su Abogado tuvieron en ningún momento del procedimiento la ocasión de interrogarle y de lanzar dudas sobre su credibilidad"[74].

C. El agente provocador y técnica policial de provocación para la obtención de pruebas de delitos ya cometidos

En principio es de precisar que el agente encubierto actúa en una misión simplemente investigadora para conseguir el descubrimiento de una conducta criminal; y, como tal, es un testigo especialmente cualificado, cuyas informaciones deberán analizarse por el Tribunal a los efectos de otorgar su credibilidad[75]. El agente encubierto puede degenerar, en actuaciones concretas, en un agente provocador, que fue casualmente lo que apreció el TEDH en el Asunto "Teixeira de Castro". Sin embargo, para que se produzca un caso de delito provocado y, por tanto, ocurra un supuesto de prueba prohibida[76], se requiere que, al decir de JOSHI JUBERT, se cumplan cuatro requisitos: (1) Intervención de un policía o agente infiltrado, que actúa como inductor. (2) El inductor debe crear una voluntad criminal de perpetrar un delito a quien no tenía previamente tal propósito, esto es, debe haber creado en el autor el dolo del delito. (3) La inducción debe tener como finalidad constituir pruebas indudables de un delito. Y (4) el delito al que se induce debe ser de imposible ejecución por la intervención prevista "*ab initio*" de la Policía[77].

En estos casos, enfatiza PAZ RUBIO, la prueba obtenida invalida el proceso que lo originó, lo que se basa en su carencia de legitimidad, pues a fin de

---

(73) STEDH, Asunto "Kostovski", de 20 de noviembre de 1989; y STEDH, Asunto "Windich", de 27 de setiembre de 1990.

(74) STEDH, Asunto "Lüidi", de 15 de junio de 1992, párr. 49.

(75) CLIMENT DURÁN, Carlos: *La prueba penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 186-187.

(76) Como dice la jurisprudencia española (STS de 3 de noviembre de 1993, FJ 2), al señalarlo como un medio de prueba incompatible con los principios generales que garantizan la legalidad del proceso, con la interdicción de la arbitrariedad y con la dignidad de la persona (*vid.* MORENO CATENA, Víctor [Dir.]: *El proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, Vol. III, p. 2194).

(77) JOSHI JUBERT: *Los delitos de tráfico de drogas*, I, cit., pp. 290-291.

cuentas el proceso se instituyó para juzgar un hecho delictivo creado por las propias autoridades que tienen la misión de perseguir y descubrir el delito, vulnerándose los principios del debido proceso y la idea central del Estado de Derecho, lo que determina la caducidad de la pretensión de persecución del delito por parte del Estado[78]. Empero, con ROXIN habrá de precisarse que "*...en los casos de actuación inadmisible de agentes provocadores no debe reconocerse un impedimento procesal, sino un motivo de exclusión de la pena del Derecho material; dado que el comportamiento del Estado contrario al Estado de Derecho no afecta al proceso, sino ya al acaecimiento del hecho, impide, por ello, el nacimiento de la pretensión penal*"[79]. La ilegitimidad de las pruebas obtenidas por ese medio vulnera derechos constitucionales sustantivos y procesales, tales como el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, porque en definitiva la misión de la Policía Nacional es descubrir el delito ya cometido no generar la comisión de otro (*venire contra factum propium*: el Estado no puede castigar a aquél a quien él mismo, precisamente, ha inducido a llevar a cabo un hecho punible), el derecho a la dignidad de la persona, el derecho fundamental a la seguridad, y desde la perspectiva procesal, el derecho a un proceso debido[80].

Distinto es el caso, en el cual la intervención de la Policía se limita a descubrir, a poner de manifiesto, un delito previamente existente, que ya se había comenzado a cometer, entre los que son muy comunes los de tráfico de drogas por ser mayormente de tracto sucesivo. En tales supuestos es de entender que no hay provocación propiamente dicha, sino actividad lícita encaminada a descubrir una infracción penal cometida o que se está cometiendo[81]. Son los casos, por ejemplo, de un agente policial que, luego de haber observado que una persona traficaba con drogas, se le acerca interesado en su adquisición y ésta le ofrece la droga que aún tenía oculta en la maletera de un automóvil; o, de la sospecha de la Policía que en una vivienda determinada se vende droga, por lo que envía a uno de sus confidentes a que se presente como posible comprador de la misma, al punto que finalmente se concreta la compraventa, en cuyo acto intervienen los agentes policiales y encuentran, en poder de quien atendió al confidente, con varias papelinas de cocaína.

---

(78) PAZ RUBIO, José María; MENDOZA MUÑOZ, Julio: OLLE SESÉ, Manuel; RODRÍGUEZ MORICHE, Rosa: *La prueba en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1999, p. 391.

(79) ROXIN: *Derecho procesal penal*, cit., p. 68.

(80) Cfr.: FERNÁNDEZ APARICIO, Juan: "El delito provocado y el agente encubierto", en: *Actualidad Penal*, N° 44, semana de 25 de noviembre al 1 de diciembre, Madrid, 2002, p. 6.

(81) JOSHI JUBERT: *Los delitos de tráfico de drogas*, I, cit., p. 297.

Es de tener presente que la doctrina procesalista reconoce que los engaños de los agentes policiales para descubrir actividades ilegales, referidas a delitos en los que la clandestinidad y sinuosidad de la delincuencia hace necesaria la aparente inserción de la policía en ese submundo, debe cumplir, insiste PAZ RUBIO, tres características: es una técnica de investigación legítima, pretende descubrir un delito ya existente, y el resultado del empleo de esta técnica es la punición del delincuente y la impunidad del policía[82].

6. INTERVENCIÓN Y CONTROL DE COMUNICACIONES

La Ley N° 27697, de 12 de abril de 2002, siguiendo la línea iniciada por la Ley N° 27379, desarrolló legalmente la facultad constitucional reconocida al juez penal ordinario para intervenir y controlar las comunicaciones de las personas, tanto en sede de investigación preliminar –conducida, en nuestro vigente modelo procesal penal, por el Ministerio Público– como en sede de instrucción judicial.

El art. 2°.10 de la Constitución garantiza el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados de las personas. Por *"comunicaciones"* se entiende: "...cualquiera de los posibles medios de intercambio de información e ideas de dos o más personas...", como son las entrevistas cara a cara, y las realizadas por instrumentos electrónicos, electromagnéticos, etc. *"Documentos privados"*, en tanto, son "todo tipo de material que tienen contenido que puede ser inteligido por las personas", tales como papeles escritos, impresos, fotocopias, planos, cuadros, dibujos, fotografías, discos de computadora, grabaciones de sonido, magnetofónicas o señales digitales y otros[83].

Los diversos medios o formas de comunicación y telecomunicación (postales, telegráficos, telefónicos, radiales, televisivos, electrónicos, etc.) sólo pueden ser (1) *abiertos*, (2) *incautados* (toma de posesión oficial y forzosa, esto es, aprehensión u ocupación por la autoridad de una comunicación o documento privado), (3) *interceptados* (toma de posesión a través de un apoderamiento físico durante el proceso de enlace entre el emisor y el receptor) o (4) *intervenidos*[84], mediando orden judicial.

---

(82) PAZ RUBIO *et al.*: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 394.

(83) RUBIO CORREA, Marcial: *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, T. I, pp. 281-282.

(84) Cfr.: GARCÍA TOMA, Víctor: *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1998, T. I, p. 95.

Un punto previo, que ya se ha destacado cuando se analizó el conjunto de medidas instrumentales restrictivas de derechos, y que en buena cuenta constituye la concreción de las exigencias generales de toda medidas, ha sido abordado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Asunto "Valenzuela", el mismo que traduce la necesidad de una regulación especial cuidadosa dado el derecho fundamental en juego. En dicho fallo, el TEDH señaló que la previsión normativa debería contener la definición de categorías de personas susceptibles de poder dar lugar a la medida; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida; el procedimiento de trascripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a observar para comunicar intactas y completas las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el Juez y la defensa; y, las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreseimiento o puesta en libertad(85).

En puridad, *intervención* es el concepto general conglobante a toda forma de limitación o restricción de las comunicaciones. Por tanto, es de precisar que tratándose de comunicaciones postales o telegráficas, la concreta diligencia será de interceptación, procediendo a la detención –sinónimo de incautación–, apertura, y examen de la carta o mensaje telegráfico; y, tratándose de comunicación telefónica, fax, correo electrónico o internet, se fiscaliza, observa o escucha a través de aparatos o artificios técnicos de control, escucha o grabación(86). Todas estas limitaciones, desde luego, están informadas por los principios de excepcionalidad, intervención indiciaria y proporcionalidad, amén de su finalidad exclusivamente probatoria.

La Ley comprende expresamente que en los delitos de tráfico ilícito de drogas (art. 1°, tercer párrafo) puede levantarse el secreto y la inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados. La intervención, según el art. 2°.3, comprende dos fases: (1) la *recolección*, mediante la cual se recoge (intercepta o fiscaliza) la comunicación y/o su medio, radicada en una comunicación específica o en comunicaciones indeterminadas –ello no obsta, empero, el cumplimiento del *principio de especialidad*, pues no se decreta una intervención para tratar de descubrir de manera general o indiscriminada actos delictivos–, que puede ser –en el caso de comunicación telefónica– la escucha y grabación de las conversaciones o en el simple control de las llamadas realizadas a (o desde) un aparato telefónico, y –en el

(85) STEDH, Asunto "Valenzuela", de 30 de julio de 1998 (*vid.*: ARMENTA DEU, Teresa: *Lecciones de Derecho procesal penal*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 179).

(86) GIMENO SENDRA *et al.*: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, cit., p. 238.

caso de comunicaciones postales– la detención de la carta o paquete postal; el otro es (2) el *control*, por el cual se toma conocimiento oficial de su contenido reteniéndose lo útil a la investigación –registro y/o lectura en el caso de comunicación postal, y revisión del documento o soporte acompañado, así como lectura y comparación de las actas levantadas al efecto en el caso de comunicación telefónicas o similares–.

El encargado de ambas fases, la recolección y el control, es el Fiscal, quien puede contar con el auxilio de personal especializado del Ministerio Público, de la Policía o de personas expertas. La autorización es de exclusiva competencia del Juez Penal, que se expresa a través de un auto motivado, y está sujeta a un plazo de seis meses, prorrogables.

Lo interesante de la norma en comento es que, primero, los resultados de la intervención –que deben incluir el material obtenido y las transcripciones realizadas– se incorporan a la investigación, y como no interviene un Juez no tiene la calidad de prueba preconstituida; segundo, el afectado, abierta la confidencialidad de la diligencia –en sus fases de intervención y de control–, al incorporarse al sumario, puede contradecir las actuaciones. La diligencia judicial de contradicción de la intervención de las comunicaciones es un control *ex post* que se realiza ante el órgano jurisdiccional, luego de culminada la operación fiscal y entregada la documentación al Juzgado.

Este procedimiento, según el art. 4° de la mencionada Ley N° 27697, se aplica también para los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos. En estos casos, la intervención, a tenor del art. 2°.10 *in fine* de la Constitución, se concreta en una incautación de los mismos, a los efectos de abrir la fase de control. De igual manera, se extiende el procedimiento para los documentos privados.

Un problema que plantea esta ley, y más aún el modo de entender la norma constitucional, estriba en que se concibe el concepto *documento privado* como parte del secreto de las comunicaciones y, obviamente, como algo más amplio que una comunicación postal, de suerte que bajo esa concepción la tenencia de un documento, obviamente privado, siempre exigiría para su incautación por la autoridad una orden judicial previa. Ello, empero, no se condice con la realidad y la práctica criminalística más elemental. Por ejemplo, al intervenir a un sospechoso, sea en flagrante delito o cuando median indicios delictivos razonables que permitan considerar que está involucrado en una infracción penal, y se le efectúa una revisión personal encontrándose apuntes, manuscritos o impresos que a su lectura inicial revelan que se trata de un individuo integrado a una organización terrorista o de tráfico de drogas, ¿ello significa que tal incautación es inconstitucional porque no se recabó la orden judicial previa?, pero ¿es lógico exigir tal autorización?

Estos simples ejemplos nos persuaden que un entendimiento de esos alcances del tipo constitucional en mención resulta irrazonable y que, por tanto, sólo puede entenderse dicha norma en el ámbito de las comunicaciones postales, pero no cuando se trata de documentos incriminatorios que una persona guarda en un ambiente determinado o lleva consigo, para lo cual es suficiente la protección que brinda el derecho a la intimidad documental.

7. PROCEDIMIENTO PARA LOS DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

Los delitos de tráfico ilícito de drogas, de conformidad con el art. 1° de la Ley N° 26689, de 30 de noviembre de 1996, en su gran mayoría se tramitan bajo los lineamientos del procedimiento penal ordinario. Sin embargo, no todas las modalidades delictivas se adscriben al mencionado procedimiento. Sólo están comprendidas las figuras penales de: a) fabricación, posesión o tráfico de drogas, y de comercialización de insumos destinados a la fabricación de drogas (art. 296° CP, tipo básico, modificado recientemente por la Ley N° 28002); b) coacción para la siembra o procesamiento de coca o amapola (art. 296°-C CP, derogado por la Ley N° 28002 y subsumida en el actual art. 296°-A); y, c) circunstancias cualificantes del tráfico de drogas (art. 297° CP, modificado también por la Ley N° 28002). Las demás modalidades de tráfico ilícito de drogas están sujetas al proceso sumario o abreviado. Por otro lado, ya se desactivó el circuito judicial especial que durante el fujimorato se creó para estos delitos (*vid.* R. A. N° 005-2000-SP-CS, de 2 de diciembre de 2000; R. A. N° 011-2000-CT-PJ, de 15 de diciembre de 2000 –Poder Judicial–; y R. A. N° 063-2000-MP-FN, de 3 de diciembre de ese mismo año –Ministerio Público–).

Un caso singular es el procedimiento para el delito de lavado de activos. Se trata de una conducta de suma lesividad[87] que, por la deficiencia técnica de su norma de creación y de la Ley N° 26689, que se limitó a prever los tipos penales codificados sin atender al Derecho penal especial o complementario, no tiene previsto el procedimiento penal al que está sujeta. Empero, como ya hemos precisado, la *vis atractiva*, por su propia naturaleza ordinaria común, la tiene el procedimiento previsto en el Código de Procedimientos Penales de 1940.

Por otro lado, la Ley ha creado dos procedimientos especiales por delitos de tráfico de drogas: el de terminación anticipada, previsto por la Ley N° 26320, de 2 de junio de 1994, circunscrito al tipo básico y a delitos menos graves de tráfico ilícito de drogas, respecto del cual la Fiscalía de la Nación aprobó la Circular N° 005-95-MP-FN, de 15 de noviembre de

---

[87] REYNA ALFARO: *Manual de Derecho penal económico*, cit., p. 685.

1995, aprobada por Resolución de Fiscalía de la Nación N° 1071-95-MP-FN, de 16 de noviembre de 1995; y, el de colaboración eficaz, previsto en el Título III, arts. 19° al 27° del Decreto Legislativo N° 824, de 24 de abril de 1996, reglamentado por el Decreto Supremo N° 008-98-JUS, de 15 de octubre de 1998.

Las leyes citadas no incorporan normas probatorias específicas que destacar. Es claro, sin embargo, que todo el modelo se inclina por dar un peso privilegiado a las actuaciones policiales, cuya valoración ya ha sido objeto de un comentario en el capítulo correspondiente. Llama la atención, eso sí, lo dispuesto en el art. 30° del Decreto Legislativo N° 824, que prohíbe la concurrencia del personal policial como testigo en los procesos vinculados al tráfico ilícito de drogas. Como se anotó en los primeros capítulos, tal prohibición a nuestro entender vulnera el derecho a la prueba pertinente, que integra el contenido esencial del derecho de defensa, y hace nugatoria la posibilidad del imputado de establecer un hecho favorable a su pretensión de libertad. El Tribunal Constitucional cuando juzgó la legislación sobre terrorismo (STC, Exp. N° 010-2002-AI/TC, de 3 de enero de 2003, párrs. 147-163) justificó una limitación similar –con la que discrepamos abiertamente– en la necesidad de preservar la vida o integridad corporal de los policías; empero, bajo ese mismo razonamiento, el fenómeno violento del terrorismo, unido a la experiencia implícitamente invocada en dicho fallo, no es el mismo que el asociado al tráfico de drogas y, además, las características del narcotráfico no son equivalentes en cada modalidad delictiva, de suerte que una prohibición genérica, sin dar al juez la facultad de apreciar si existe fundado peligro para el policía llamado como testigo y pueda colegir que los mecanismos de protección son insuficientes, es irrazonable e impropia de una legislación procesal penal de un Estado de Derecho.

8. Fármaco dependencia: Tratamiento específico

El art. 28° del Decreto Ley N° 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. 189° del Código de 1940. La entidad responsable de proporcionar los peritos médicos es el Instituto de Medicina Legal del Perú, por imperio del art. 1° de la Ley N° 24128, de 23 de junio de 1985. El órgano de gobierno del Ministerio Público, por Resolución N° 523-97-SE-TP-CEMP, de 18 de octubre de 1997, aprobó los Protocolos de Procedimientos Médico-Legales, entre los que se encuentran tanto el protocolo de evaluación psiquiátrica cuanto el de pericia psicológica.

El indicado art. 28° establece, además, (1) que el Fiscal presenciará obligatoriamente el examen del estado mental que haga el Juez, y (2) 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. 20° y 22° del Decreto Ley N° 22095), desde que el procedimiento penal está sujeto por su propia naturaleza a reglas específicas y, esencialmente, al principio de inmediación en la relación imputado, fiscal y juez en la etapa de instrucción, que importan además la decisión del examen mental sobre la base de sospechas fundadas de la autoridad judicial, y, luego, al examen de los peritos (arts. 189° y 167° CPP 1940).

Por otro lado, el art. 29° 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 fármacodependientes, a cuyo término será puesto a disposición del Tribunal para que le imponga la condena penal compatible con el delito.

Es de entender, desde una perspectiva procesal, que este internamiento –o mejor dicho internación provisional– constituye un supuesto de incapacidad procesal del sujeto tanto en los casos que importen afectación mental determinante de un estado de inimputabilidad (art. 20°.1 CP), cuanto en los de afectación sobrevenida al delito, instituido con fines terapéuticos. Hay que tomar en consideración el nivel de adicción y determinar si ello lo incapacita para soportar el procedimiento penal. Por lo demás, es de tener presente lo dispuesto en los arts. 74°, 76° y 77° del Código Penal y, consecuentemente, que es posible imponer una medida de seguridad tanto a un toxicómano imputable relativo como a un toxicómano inimputable, en cuyo caso 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.

Destacan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, que el consumo de drogas incide en las facultades psíquicas del autor de un delito, lo que puede ser valorado, desde el Código Penal español en cuatro niveles[88]. De ellos, son

---

[88] MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 427-429.

relevantes para nuestro Código Penal dos: 1) el de la *exención* (art. 20°.1 CP), que se presenta cuando el sujeto cometió un delito bajo intoxicación plena o cuando se hallaba bajo la influencia de un síndrome de abstinencia a causa de su dependencia (para la exención habrá de constatar el presupuesto biológico: intoxicación plena, síndrome de abstinencia, y el efecto psicológico que produzcan, de impedir al sujeto comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión); 2) el de la *eximente incompleta* (art. 21° CP), que es un problema de graduación del efecto psicológico que puedan tener las intoxicaciones y el síndrome de abstinencia, por lo que si la alteración de las facultades intelectivas o volitivas es parcial, se aplicará la eximente incompleta. Ahora bien, desde el art. 77° CP también puede presentarse un tercer nivel, pues prevé la posible internación de un toxicómano imputable, fuera del supuesto del imputable relativo. Aquí la adicción debe ser de tal nivel, aunque de menor entidad que la eximente incompleta, que exija un tratamiento médico, visto el desorden biológico de la adicción y sus efectos psicológicos, aunque menores al que determina la eximencia incompleta.

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[89], por el carácter esencial del sistema tributario al que 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 N° 816, de 21 de abril de 1996, con las modificaciones dispuestas por las Leyes N° 27038, de 31 de diciembre

---

(89) 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.

de 1998, y N° 27335, de 31 de julio de 2000; actualmente tiene un TUO aprobado por D. S. N° 135-99-EF de 19 de agosto de 1999). En lo referente a los impuestos internos, la norma procesal básica es la Ley Penal Tributaria (Decreto Legislativo N° 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 N° 815, de 20 de abril de 1996). Estas tres normas se promulgaron al amparo de la ley de legislación delegada N° 26577, de 27 de diciembre de 1995.

Respecto de los impuestos externos, las normas básicas son: la Ley de los Delitos Aduaneros, Ley N° 28008, de 19 de junio de 2003 –norma que ha venido a sustituir a la Ley N° 26461, de 8 de junio de 1995 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 121-95-EF, de 15 de agosto de 1995– y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 121-2003-EF, de 27 de agosto de 2003, en concordancia con el TUO de la Ley General de Aduanas y su Reglamento.

2. Disposiciones comunes

A. Jurisdicción, competencia y trámite general

Los delitos tributarios son investigados y juzgados por la jurisdicción penal ordinaria, tal como lo estipula el art. 189°, primer párrafo, del Código Tributario, modificado por la Ley N° 27038. Ambos delitos se siguen bajo el procedimiento común, sin embargo, el delito tributario, de conformidad con el art. 2° de la Ley N° 26833, de 3 de julio de 1997, está sometido al procedimiento ordinario común, mientras que el delito aduanero –también sometido a la regla general de competencia de la justicia ordinaria– lo está sometido al procedimiento sumario o abreviado, según lo dispuesto en la Octava Disposición Complementaria de la ya citada Ley N° 28008.

El nuevo art. 189° *in fine* del Código Tributario reguló la posibilidad de instituir Juzgados Especializados en materia tributaria y nombrar Fiscales Ad Hoc, cuando las circunstancias especiales lo ameriten o a instancia del Ministerio de Economía y Finanzas. Sobre esa base, aunque con mayor profundidad, la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa N° 339-97-CME, 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 Juzgados Especializados, con sede funcional en el

Distrito Judicial de Lima (R. A. N° 130-CME-PJ, R. A. N° 269-CME-PJ y R. A. N° 001-I-STP-EDTA, de 19 de marzo de 1997). Este modelo de organización fue seguido por el Ministerio Público, mediante Resoluciones N° 243-97-MP-FN-CEMP, N° 244-97-MP-FN-CEMP y N° 245-97-MP-FN-CEMP, todas de 26 de marzo de 1997.

Las indicadas normas, luego de la normalización del Poder Judicial y del Ministerio Público, fueron dejadas *sin efecto* por la Resoluciones del Poder Judicial N° 005-2000-SP-CS, de 2 de diciembre de 2000, y N° 11-2000-CT-PJ, de 20 de diciembre de 2000, así como por la Resolución del Ministerio Público N° 063-2000-MP-FN, de 3 de diciembre de 2000, de suerte que el conocimiento de estos delitos está, desde esa fecha, sujeta a las competencias regulares correspondientes.

Por su parte, la Tercera Disposición Complementaria de la Ley N° 28008, de delitos aduaneros, siguiendo parcialmente a su precedente, estatuyó que la "Fiscalía de la Nación dispondrá la asignación de un grupo no menor de veinticuatro Fiscales para la investigación y los procesos derivados de los delitos tipificados en la presente Ley". Empero, ello en nada afecta los criterios de competencia territorial ni de organización regular de la justicia penal a través de los Distritos Judiciales.

B. Persecución penal y sanción administrativa

El Código Tributario tiene al respecto dos reglas especiales: 1. El art. 190°, que dispone que las penas por delitos tributarios se aplicarán sin perjuicio del cobro de la deuda tributaria y la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar.

2. El nuevo art. 192°, III y IV párrafos, que señalan, de un lado, que la Administración tributaria, de constatar hechos que presumiblemente constituyan delito tributario o estén encaminados a este propósito, tiene la facultad de formular denuncia ante el Ministerio Público, sin que sea requisito previo la culminación de la fiscalización o verificación, tramitándose en forma paralela el procedimiento penal y el administrativo, y a constituirse en parte civil. En tal supuesto, de ser el caso, emitirá las Resoluciones de Determinación, Resoluciones de Multa u Órdenes de Pago que correspondan, como consecuencia de la verificación o fiscalización, en un plazo no mayor de treinta días de la fecha de notificación del auto de apertura de instrucción, al punto que en caso de incumplimiento el Juez Penal podrá disponer la suspensión del proceso. Por otro lado, en caso de iniciarse el proceso, el órgano jurisdiccional notificará todas las resoluciones que se emitan (informes periciales, finales y dictámenes del Ministerio Público).

El primer punto envuelve una discusión con el *ne bis in idem*. El segundo encierra una opción clarísima: el rechazo de la *prejudicialidad administrativa tributaria*, aunque –y esto es lo grave– es una opción relativa, pues impone a la Administración un plazo de 30 días para culminar el procedimiento, y de no ser así el proceso penal debe suspenderse, lo que altera toda la lógica de las relaciones entre administración y jurisdicción, sentadas en base a la primacía de la segunda. Asimismo, crea una obligación al Poder Judicial, alterando igualmente las reglas procesales, pues independientemente de las notificaciones que deben cursarse al Procurador Público respectivo en los marcos del proceso incoado, debe ponerse en conocimiento determinadas decisiones y dictámenes al propio Órgano Administrador del Tributo.

Es claro que instaurado un proceso penal, no puede suspenderse a la espera de la culminación del procedimiento administrativo y, luego, en la vía contenciosa-administrativa, lo que está explicado, es de insistir, en la independencia de ambos órdenes y la primacía de la jurisdicción penal.

Por otro lado, sobre las sanciones administrativas y penales, el Tribunal Constitucional, siguiendo la jurisprudencia constitucional española, estableció que el principio *ne bis in idem* tiene una doble configuración: por un lado, una versión sustantiva y, por otro, una connotación procesal. En la *formulación material*, se proscribe que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento, esto último entendido en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido (*vid.* art. 139°.13 Const.); y, en la *vertiente procesal*, implícito en el derecho al debido proceso (*vid.* art. 139°.3 Const.), que proscribe que un mismo hecho pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto (v. gr.: un proceso en el orden administrativo y otro en el penal, o dos procesos en un solo orden con el mismo objeto). Asimismo, ha matizado esa declaración general (*vid.* STCE 47/1981), reconociendo: a) que es posible que el ordenamiento jurídico reconozca una dualidad de procedimientos, pero en ese caso –en tanto en cada orden ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos– aun cuando cabe una apreciación jurídica independiente de cada orden, no procede respecto de la apreciación de los hechos, en cuya virtud el órgano administrativo queda inexorablemente vinculado a lo que decida la jurisdicción penal; y, b) que también es factible que se habilite la posibilidad de complementar una sanción (imposición de una pena por el delito cometido e imposición de una sanción disciplinaria suplementaria), en tanto que en el orden administrativo ésta resulte insuficiente en lo tocante a los

bienes jurídicos que hayan podido quedar afectados como consecuencia de la conducta perpetrada[90].

Desde esa doctrina, es de entender que el principio *ne bis in idem* es, a fin de cuentas, un principio general de derecho de relevancia constitucional. PARADA, en orden tal circunstancia, considera que la Administración no puede sancionar unos hechos que el órgano jurisdiccional penal ha declarado inexistentes o simplemente no probados[91]. 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 GARRIDO FALLA[92], 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 procedimiento 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[93].

Finalmente, llama la atención el retroceso operado con el nuevo art. 192° del Código Tributario en materia de interdicción de la prejudicialidad administrativa, pues con la salvedad consignada –el plazo de 30 días y la consecuente suspensión del proceso penal si la propia Administración excede el mismo–, llanamente se coloca a la jurisdicción penal, inconstitucionalmente, a expensas de la actuación administrativa.

---

(90) STC Asunto "Carlos Israel Ramos Colque", Exp. N° 2050-2002-AA/TC, 16 de abril de 2003, párrs. 19 y 23 (*El Peruano*, Lima, 30 de mayo de 2003, pp. 6279-6286).

(91) PARADA, Ramón: *Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1995, T. I, p. 550.

(92) GARRIDO FALLA, Fernando: *Tratado de Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 1992, Vol. II, p. 154.

(93) La doctrina penalista está conteste al respecto. Así, BRAMONT-ARIAS TORRES / GARCÍA CANTIZANO: *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 475; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: *Derecho penal económico. Parte especial*, Idemsa, Lima, 2000, pp. 491-492; REYNA ALFARO: *Manual de Derecho penal económico*, cit., pp. 633-634.

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 nuevo art. 192°, tercer párrafo, CT, 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. 193°, 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 u obligatoriedad, 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. 158° –incs. 4 y 5– y 139° –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, por 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[94]. 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. 2° del Código de 1991.

---

(94) ALMAGRO NOSETE, José y TOMÉ PAULE, José: *Instituciones de Derecho procesal. Proceso penal*, 2ª ed., Trivium, Madrid, 1994, p. 30.

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. 2°.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. 193° 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 como la Ley Penal Tributaria contemplan un sistema de denuncias y recompensas para el denunciante, 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. 21° 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. 40°). Según el art. 38° 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. 21°.

El art. 11° 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. 178° del Código Tributario. Es obvio que si se estipula la existencia de fraude en los supuestos del art. 178° 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. 17°) y en la Ley de Delitos Aduaneros es de responsabilidad de la Fiscalía (art. 38°, 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. 139°.14 de la Constitución y 14°.3.'e' del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y al principio general del debido proceso (juicio justo y equitativo, art. 139°.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. 191°). 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. 194°).

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. 285° 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. 93° 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. 7° al 9° de la Ley Penal Tributaria.

Como se puede advertir de estas disposiciones legales, el delito tributario está concebido como un *delito semipúblico*: 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 N° 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[95].
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[96].
4. La exclusión de la persecución de oficio supone un atentado contra la división de poderes, que consagra el art. 43° *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

---

(95) SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Fraude tributario*, Editorial Revista de Derecho Financiero, Madrid, 1977, p. 212.

(96) Citado por MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos: *El delito fiscal*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1982, p. 384.

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-Hispanoamericanas 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 N° 23771), abre una nueva etapa en la investigación del 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 N° 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 con 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 norma, empero, fue dejada sin efecto por el D. S. N° 9-2000-IN, de 8 de diciembre de 2000, de suerte que en el ámbito policial la investigación está a cargo de la Dirección Especializada pertinente.

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. 159°.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 como 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 provisional personal de comparecencia

Cuando el juez desestime la imposición de la prisión preventiva, la medida provisional 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 con 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 de 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 de 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. 2°.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. 9°.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); c) que las medidas provisionales personales tienen como objetivo garantizar la efectividad de

la potestad jurisdiccional, previniendo conductas dañosas de los imputados, las cuales están sujetas a dos grandes presupuestos materiales: el *fumus delicti comissi* y el *periculum in mora*, siendo este último presupuesto lo que diferencia una medida provisional 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 proporcionalidad o, mejor dicho, de intervención indiciaria; d) que el principio de proporcionalidad regula la intervención estatal contra los derechos individuales de las personas con fines provisionales (cautelares, tuitivos y aseguratorios) y, es de insistir, permite sostener la legitimidad tanto de la prisión preventiva 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. 43° *in fine* y 139°.1 de la Constitución).

A partir de lo expuesto es posible asegurar, siguiendo a Daniel R. PASTOR[97], 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

---

[97] 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.

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.

4. En suma, lo que se lesiona con el Título II de la Ley Penal Tributaria nacional es el principio del debido proceso (art. 139°.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[98], 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 provisional real de secuestro o incautación. También incorpora un supuesto de prueba institucional preprocesal.

A. La investigación del delito aduanero

A diferencia del procedimiento penal tributario, la investigación del delito aduanero no le corresponde a la SUNAT[99] ni existe formalmente

---

(98) CHICHIZOLA, Mario I.: *La excarcelación*, La Ley, Buenos Aires, 1963, pp. 109-110.

(99) En mérito a la Ley N° 27658, Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, de 30 de enero de 2002, se expidió el Decreto Supremo N° 061-2002-PCM, de 12 de julio de 2002, que fusionó ADUANAS con la SUNAT, bajo la modalidad de fusión

una fase preprocesal administrativa de investigación del delito. La Policía, sin embargo, según la Ley General de Aduanas, en su Segunda Disposición Complementaria (Decreto Legislativo N° 809, de 19 de abril de 1996), sólo puede intervenir auxiliarmente en actividades relacionadas 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.

La Ley de los delitos aduaneros modifica esa situación, dado que: a) el Ministerio Público dirige la investigación de dichos delitos, de suerte que si el Fiscal decide iniciar investigaciones y ordenar su actuación a la Policía, la Administración no puede impedirlo y, menos, condicionar su desenvolvimiento a lo dispuesto en la citada Segunda Disposición Complementaria de la Ley General de Aduanas; b) la Policía, sin embargo, de conformidad con el primer párrafo del art. 1° de la Ley N° 27934, cuya vigencia expresamente reconoce la Ley de los delitos aduaneros (*vid.* art. 19°, segundo párrafo), no puede realizar investigaciones independientes de la decisión del Ministerio Público, en principio sólo actúa si el Fiscal se encuentra impedido de asumir de manera inmediata la dirección de la investigación, lo que presupone conocimiento y eventual autorización previa de este último, salvo claro está los casos de intervención de urgencia y los de flagrancia delictiva, mediación tanto más obvia y necesaria cuando se trata de operaciones policiales de intervención debidamente planificadas; y, c) La investigación del delito aduanero debe contar con el apoyo de las autoridades competentes, en especial de ADUANAS.

Un límite a la persecución penal se encuentra previsto en el art. 19° *in fine* de la Ley comentada. Si bien reconoce que los delitos aduaneros son públicos, exceptúa del principio de legalidad u obligatoriedad, los delitos de Defraudación de Rentas de Aduana (*vid.* arts. 4° y 5°), que los convierte en semipúblicos, al prescribir que "(...) el Ministerio Público ejercitará la acción penal a petición de la Administración Aduanera".

La Octava Disposición Complementaria de la Ley, como se anotó, estatuye que el trámite procesal para estos delitos es el del procedimiento sumario o abreviado. Ello tiene una dimensión particular en el presente caso, dada la declaración genérica del primer párrafo del art. 19°, que dispone que el Ministerio Público dirige la investigación de los delitos. Tal dirección, entonces, debe entenderse respecto de la fase preprocesal o de la investigación preliminar, sin implicar que la instrucción judicial ha sido eliminada, no sólo

---

por absorción, correspondiéndole a la SUNAT la calidad de entidad incorporante, de suerte que toda referencia normativa a ADUANAS o a las funciones que venía ejerciendo se entenderá hecha a la SUNAT.

porque el procedimiento sumario así lo dispone, sino porque la necesaria modificación integral del proceso penal, que hace del Fiscal el sueño de la investigación y aleja al Juez de esa función, aún no se ha llevado a cabo.

En consecuencia, el Fiscal es el conductor de la investigación preliminar, y director jurídico-funcional de la Policía, por expresa disposición del art. 159°.4 de la Constitución, al punto que las demás autoridades, en este caso, Aduanas, están sujetas a su rol directivo y potestad investigadora. Ello significa que toda operación de búsqueda de evidencia o de ubicación e identificación de implicados en delitos aduaneros debe contar con el conocimiento, control –con las excepciones y modalidades contempladas en la Ley N° 27934– y, de ser el caso, la participación directiva del Ministerio Público.

Por otro lado, la puesta en conocimiento de un delito de defraudación de rentas de aduana por la Administración no determina que las actuaciones desarrolladas por ésta para justificar su comunicación al Fiscal tengan valor absoluto y vinculen al Fiscal a promover el ejercicio de la acción penal, esto es, a decidir formalizar denuncia penal ante el Juez Penal. El Fiscal, con esa información administrativa, podrá realizar por sí o con el concurso de la Policía una investigación preliminar y, recién, sobre esa base, decidir lo que corresponda con arreglo al art. 94°.2 de la LOMP. La colaboración de Aduanas no constituye un acto protocolar o de mera coordinación, sino una sumisión de sus funcionarios a lo que ordene y requiera el Fiscal, como titular de la potestad de investigación o persecución penal.

B. El secuestro o incautación

El art. 13° de la Ley contempla la medida provisional real de incautación y secuestro de bienes. Las especialidades en orden a esta medida, son las siguientes: a) en cuanto al sujeto activo de la medida, corresponde ordenarla al Fiscal (la Ley no prevé el control judicial posterior exigiendo la confirmación judicial), luego, la potestad para limitar el derecho de propiedad no la tiene la Policía ni la Administración Aduanera; b) en cuanto al objeto material de la medida, se concentra en "...las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito", esto es, amplía el ámbito de la medida al no limitarse a los *instrumenta scaeleris* y los *producta scaeleris* del art. 102° CP, y extenderse a las cosas materiales que constituyen el objeto del delito, vale decir, al *corpus delicti*, a los objetos del hecho punible y a los objetos obtenidos[100]; y, c) en cuanto al destino de los bienes, corresponde su custodia a la Administración Aduanera, a la

(100) *Vid.* SAN MARTÍN CASTRO, César: "La tutela cautelar de las consecuencias jurídicas económicas del delito", en *Ius et Veritas*, N° 25, Lima, 2002, pp. 325-326.

que debe remitírsele inmediatamente, y si la medida –por cualquier otra circunstancia– se ejecutó por otras autoridades, los bienes deben enviárselos en el término perentorio de tres días hábiles.

Cabe llamar la atención en lo dispuesto en el art. 22° de la Ley, pues expresamente extiende el decomiso a las *ganancias obtenidas por la comisión de los delitos*. Si bien ello es políticocriminalmente correcto[101], el art. 13° –vista la objetiva diferenciación que se hace entre efectos del delito y ganancias del delito– no ha dispuesto que la incautación también procede respecto de las ganancias ilícitas. Ello sólo puede significar que el Fiscal, directamente, no puede incautar las ganancias, que sólo puede hacerlo el Juez, en tanto que la incautación como medida provisional en su función cautelar persigue asegurar las diversas consecuencias jurídicas del delito.

Varios problemas presenta esta normatividad. En *primer lugar*, la expresada omisión de la intervención controladora del órgano jurisdiccional respecto a la incautación ejecutada por un órgano público que carece de potestad jurisdiccional[102], lo que obliga a entender que como se limita un derecho fundamental, el de propiedad (*vid.* art. 2°.26 Const.), de cara al principio de proporcionalidad requiere la inmediata resolución, confirmatoria o anulatoria, del Juez Penal. Desde luego, no es ilegítima la incautación de un bien, fuera de los supuestos de intervención previa judicial, siempre exista *fumus comissi delicti* y *periculum in mora* (flagrancia delictiva, indicios razonables de comisión delictiva y de vinculación del implicado en el hecho delictivo, riesgo de ocultamiento de los bienes, necesidad de su aseguramiento), siempre que, acto seguido, la autoridad judicial se pronuncie sobre su legalidad y procedencia, lo que es una consecuencia del requisito extrínseco del principio de proporcionalidad que reconoce en el juez el ser garante de los derechos fundamentales[103].

---

(101) *Vid.* CASTILLO ALVA, José Luis: *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Idemsa, Lima, 2001, p. 214.

(102) Precisa MORENO CATENA (MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente: *Introducción al Derecho procesal*, Colex, Madrid, 2000, pp. 198-199), que las funciones del Ministerio Público no incluyen lo típico de la jurisdicción: juzgar y ejecutar lo juzgado; que si bien promueve la acción de la justicia, ello lo ubica más cerca de los órganos de postulación; que, sin perjuicio de lo expuesto, es de entender que no está subordinado a ningún poder del Estado, ni mantiene ninguna vinculación o dependencia con el Gobierno; que la naturaleza de su función es más bien administrativa y no judicial, pese a que se encuentra fuera de la organización administrativa establecida para el ejercicio de las funciones del Gobierno, y no depende de éste, sino que opera con autonomía funcional respecto del mismo.

(103) GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, p. 135.

En *segundo lugar*, el pretendido carácter permanente de la incautación y secuestro –expresiones sinónimas–, al indicarse en la norma que los bienes "...serán custodiados por la Administración Aduanera en tanto se expida el auto de sobreseimiento, sentencia condenatoria o absolutoria proveniente de resolución firme, que ordene su decomiso o disponga su devolución al propietario". El citado art. 13°, primer párrafo, debe entenderse que se circunscribe a los imputados y sólo en relación con los bienes de su propiedad o con los que integran el *corpus delicti*, pero de ninguna manera respecto a terceros ajenos a la infracción, v. gr.: en los que el *instrumenta scaeleris* se utilizó sin consentimiento y conocimiento de su propietario, o en aquellos casos en que un bien incautado es ajeno a la ejecución del delito investigado. Toda medida provisional, como ya se anotó, es variable y sujeta al principio *rebus sic stantibus*, por lo que acreditado incidentalmente que no se dan los requisitos para dictar un decomiso, por razones de homologación, decae la incautación. Esperar un fallo final es lesionar el derecho de propiedad y, procesalmente, introducir un factor indebido de indefensión material, no tolerado por nuestro ordenamiento constitucional.

Respecto de los bienes incautados, la Administración Aduanera, en *primer lugar*, debe realizar el avalúo y reconocimiento físico de la mercadería, elaborando un Informe que lo remite al Fiscal (*vid.* art. 14°), a cuyo efecto la Ley, en los arts. 15° al 18°, fija las reglas que se deben aplicar. En *segundo lugar*, puede disponer la destrucción de la mercadería o su adjudicación, según se encuentre en mal o buen estado y sean utilizables (*vid.* arts. 24° y 25°), aunque se obvia la autorización judicial, instituyendo el simple mecanismo de "*dar cuenta*" al Fiscal y al Juez. En este caso, salvo los casos de fuerza mayor, de bienes prohibidos o que puedan deteriorarse, la disposición de los mismos afecta finalistamente el derecho de los imputados, que tienen consagrado el derecho a la presunción de inocencia y, en lo inmediato, el derecho a la tutela procesal que entraña la exigencia de un juicio de conformidad constitucional de la medida, al no permitir la decisión judicial. En *tercer lugar*, siguiendo el modelo del delito de tráfico ilícito de drogas, la Administración Aduanera al adjudicar los bienes incautados a las entidades previstas en el art. 25°, autoriza expresamente su uso a los fines que son compatibles con la finalidad institucional del órgano beneficiado.

Una modalidad menor de medida provisional real es la inmovilización, que en este caso –conforme al art. 26° de la Ley– recae sobre naves y aeronaves, cuya custodia recae en la autoridad de transporte competente. La inmovilización, como tal, se limita a ocupar un bien de grandes dimensiones, cuyo traslado es imposible o muy difícil, a los efectos de lo que decida la jurisdicción.

El Reglamento de la Ley de los Delitos Aduaneros (Decreto Supremo N° 121-2003-EF, de 27 de agosto de 2003), regula la incautación de mercaderías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyen objeto del delito cuando se realice sin presencia del Ministerio Público (mejor debió decirse: "sin orden del Ministerio Público"). Los artículos 4° y 5° del citado reglamento incorporan tres reglas específicas.

En *primer lugar*, se limita a decir que el acto de la incautación de mercancías, medios de transporte, bienes y efectos debe ser puesto en conocimiento del Fiscal Provincial. Es obvio que el Fiscal, dado que el poder procesal de incautación como consecuencia de una presunta comisión delictiva está atribuido al Ministerio Público, está en la absoluta discreción –jurídicamente vinculada, desde luego– de levantarlo inmediatamente si constata su ilegalidad o falta de proporcionalidad.

En *segundo lugar*, si la mercancía incautada –sólo ella– es de exportación prohibida o restringida, el depósito no compete a la SUNAT sino a "...la entidad competente para su control". Este hecho debe ser puesto en conocimiento de la Administración Aduanera.

En *tercer lugar*, en el caso que en la incautación no haya intervenido la autoridad aduanera, los bienes ocupados deberán ser puestos a disposición de la Intendencia de Aduanas de la jurisdicción donde se llevó a cabo la medida. El plazo que fija el Reglamento es el mismo que cuando la incautación la ordenó y ejecutó la Fiscalía: tres días hábiles, contados a partir del día siguiente a aquel en el que se produjo la medida, sin perjuicio de informar a la Administración Aduanera dentro de las veinticuatro horas de producida.

Por otro lado, siguiendo la pauta del procedimiento de reconocimiento y valorización, a cargo de la Administración Aduanera, dispuesta por el art. 14° de la Ley, el art. 5° del Reglamento señala que una vez recibidos los bienes incautados, el *reconocimiento físico y avalúo* de lo incautado se producirá, si existen detenidos, en un plazo que no excederá de las veinticuatro horas, cuyos resultados se comunicará de inmediato a la Policía para su remisión al Fiscal, salvo que, por la naturaleza o cantidad de los bienes, esto no sea posible, en cuyo caso la diligencia se concluirá en un plazo que no excederá de tres días; pero de la imposibilidad comunicará, dentro de las veinticuatro horas, a la Policía. Si no existen detenidos, el plazo de la diligencia de reconocimiento físico y avalúo es de tres días, contados a partir del día siguiente a aquél en el que la Administración Aduanera recibió las mercancías.

Un dato nuevo que aporta el Reglamento es que "la remisión del informe de la Autoridad Aduanera, conteniendo el resultado del reconocimiento físico y avalúo de las mercancías incautadas, podrá llevarse a cabo por cual-

quier medio que permita la constatación de la recepción del mismo por la autoridad destinataria de éste".

Por otro lado, el art. 6° fija con todo detalle las reglas para determinar el valor de las mercancías objeto del delito –sean extranjeras, o nacionales o nacionalizadas–, con la precisión que el valor se expresará en dólares americanos (esa misma referencia se da respecto de la expresión de la base imponible, art. 8°). Asimismo, el art. 7° precisa que la fecha de constatación del delito, que es la base para estimar o determinar el valor de las mercancías a tenor del art. 16°, primer párrafo, de la Ley, es la fecha de la formulación del Acta de Incautación correspondiente.

Una modalidad específica de incautación o, en todo caso, una medida administrativa previa a su ejecución por el Fiscal, se da cuando se trata del delito de defraudación de rentas de aduana. El art. 10° del Reglamento estipula que la Administración Aduanera si detecta indicios de comisión delictiva, "...detendrá el despacho de las mercancías, realizará las acciones administrativas correspondientes y el cálculo del posible perjuicio fiscal". La *detención de una mercadería* en poder de la Administración es, pues, una decisión administrativa que debe ser comunicada al Ministerio Público, en tanto su fundamento es la existencia de indicios delictivos y porque el Fiscal, constitucionalmente, investiga el delito desde su inicio. De otro lado, la determinación del posible perjuicio fiscal es a todas luces una pericia técnica y, como tal, debe cumplir con los requisitos que establece el Código para la prueba pericial.

C. La pericia institucional aduanera

El art. 21° de la Ley confiere efectos probatorios a los Informes Técnicos y Contables emitidos por los funcionarios de la Administración Aduanera[104].

---

[104] La Corte Suprema ha considerado que si no existe el Informe de Aduanas de aforo y avalúo no se puede concluir por la existencia del delito, lo que por cierto establece que se trata de un medio de prueba fundamental para la reconstrucción de los hechos delictivos objeto de imputación (Ejecutoria Suprema de 6 de enero de 1998, Exp. N° 3928-97, La Libertad [ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, T. I, p. 479]). Otra ejecutoria anuló la sentencia si no se determinó el monto de lo defraudado, en el delito de defraudación de rentas de aduana, para lo cual ordenó que dos peritos realicen la pericia (Ejecutoria Suprema de 31 de julio de 1986, Exp. N° 1225-85, Piura [*Anales Judiciales 1986*, T. LXXIVI, Lima, 1990, p. 238]). Esta decisión debe actualizarse con la Ley N° 28008, porque quienes deben hacer las pericias son los técnicos de la Autoridad Aduanera, los que deben establecer, como acto inclusive previo al inicio del proceso, tal circunstancia elevando al Fiscal el Informe Técnico respectivo, que para los efectos legales tiene el carácter de pericia institucional y preprocesal.

Lo expuesto significa que los Informes técnicos típicamente aduaneros (avalúo, aforo, valorización y liquidación de la mercadería), inclusive los contable-aduaneros, tienen el carácter de Informe Pericial tanto *institucional* como *preprocesal*. Lo institucional viene dado porque es elaborado por especialistas de un Cuerpo Administrativo u Organismo Oficial y, por tanto, gozan de una especial credibilidad, y no están sujetos a las reglas procedimentales para la elaboración de los informes periciales ordinarios. Lo preprocesal se explica porque son actuados con anterioridad al inicio formal del proceso y los peritos no son nombrados por el Juez Penal, situación que no les resta valorabilidad alguna[105].

Otra por cierto es la prueba pericial, que constituye la actividad procesal que se lleve a cabo en el acto oral, mediante la comparecencia del perito ante la presencia del tribunal y de las partes, contestando a las preguntas y repreguntas que éstas les dirijan, con lo que se satisfacen los principios de contradicción, inmediación y oralidad (*vid.* art. 259° CPP); ello, sin perjuicio, de reconocer excepcionalmente la prueba pericial sumarial (*vid.* arts. 167° y 168° CPP)[106]. De esa diligencia, por cierto, no se salvan los peritos aduaneros, lo que es precondición de estimar que el informe tiene carácter pericial y puede utilizarse en la sentencia.

No obstante ello, el reglamento comete un verdadero dislate. El art. 11° establece que los informes técnicos o contables tienen valor probatorio de pericia de parte. El error garrafal del Reglamento estriba, en *primer lugar*, en su inconsistencia jurídica, pues la pericia que hace un órgano público, en el ejercicio de su función, tiene carácter oficial y es institucional, según la moderna orientación de la doctrina procesalista; y, en *segundo lugar*, en su manifiesta ilegalidad, por cuanto si la ley le otorga carácter probatorio a los informes técnicos o contables –señaladamente, el reconocimiento, avalúo y determinación impositiva–, e incluso predetermina un mecanismo pericial *ad hoc*, no puede luego disminuir sus efectos y calidad, trasladando incluso el problema pericial al órgano jurisdiccional, que se va a ver forzado a nombrar peritos en una materia que es propia de la autoridad aduanera.

D. Otras especialidades procedimentales

La Ley prevé, de un lado, (1) la *reserva de identidad* del denunciante; y, por otro lado, (2) la *recompensa*. Lo primero, en tanto medida de protección razonable a imponerse si existe peligro contra la integridad del denunciante o sus allegados, sólo es justificable en la etapa de instrucción, pero nunca en

---

(105) Cfr.: CLIMENT DURÁN: *La prueba penal*, cit., pp. 490-500.

(106) Cfr.: CLIMENT DURÁN: *La prueba penal*, cit., p. 490.

el acto oral, pues generaría indefensión material al imputado. Como es obvio, de cara a un juicio justo y equitativo, que una sentencia se sustente en prueba oculta o en testigos secretos, pues ello vulneraría el debido proceso y el derecho de defensa del imputado, en concreto, las características ineludibles de la prueba penal: inmediación, contradicción y publicidad. Por consiguiente, para que el Juez sustente su decisión en esa versión, debe posibilitar la contradicción y el conocimiento de la identidad del denunciante al imputado.

La *recompensa* es una institución, siempre polémica, que busca movilizar a la población a denunciar los delitos aduaneros, induciendo estructuralmente a la sindicación y colaboración con la justicia a cambio de un premio económico. Se entiende que el denunciante es un sujeto ajeno a la comisión del delito, pues de estar involucrado en su comisión, según su voluntad, puede dar pie al procedimiento por colaboración eficaz, que la Ley expresamente ha reconocido con arreglo a las normas de la Ley N° 27378 en su Segunda Disposición Final. Por lo demás, el art. 17° del Reglamento ha señalado que el denunciante debe manifestar su voluntad de acogerse a la recompensa al momento de formular la denuncia, y que no puede tener esa condición quien es autor o partícipe en el delito materia de denuncia. La determinación del monto de la recompensa está regulada en el art. 18° del Reglamento: 20% del valor de la mercancía objeto del delito, o si el delito es el previsto en el art. 5°, b) y c), de la Ley, el 10% del monto indebidamente restituido o dejado de pagar.

Un tema polémico es el referido a las sanciones administrativas como consecuencias de un delito aduanero. El art. 12° del Reglamento estatuye que las penas por delitos aduaneros se aplican "...sin perjuicio del cobro del adeudo o del monto de los beneficios tributarios percibidos indebidamente y de las *sanciones administrativas a que hubiere lugar*". Esta disposición, que en primer lugar, no tiene el rango normativo necesario para regular un ámbito sancionador punitivo que está sometido a la garantía de legalidad, de ahí su ilegitimidad formal por infringir el principio de reserva de ley, en rigor vulnera claramente la doctrina constitucional del *ne bis in idem* claramente aceptada por el Tribunal Constitucional desde la comentada STC de 16 de abril de 2003, recaída en el Asunto "Carlos Israel Ramos Colque", Exp. N° 2050-2002-AA/TC, párr. 19.

5. Las modificaciones procesales de la Ley N° 27038

A. Introducción

La Ley N° 27038, de 31 de diciembre de 1998, desde el punto de vista procesal penal, incorporó 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, instituyó para las investigaciones tributarias y procesos en trámite, hasta el 31 de marzo de 1999, prorrogada hasta el 30 de junio de 1999, por la Ley N° 27080, de 29 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. 189° 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. 192° del Código Tributario) introduce una obligación, muy singular por cierto, de notificación al órgano jurisdiccional. Éste debe disponer, bajo responsabilidad, se notifique al órgano Administrador del Tributo, de todas las resoluciones, tales como informe pericial, dictamen del Ministerio Público e informe final (¡sic!) que se dicten durante la tramitación del proceso penal tributario.

3. La *tercera reforma* (art. 2° del Decreto Legislativo N° 815, derecho 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 órgano Administrador del Tributo, o a falta de ésta, antes del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público. En este caso, el beneficiario será considerado testigo en el proceso penal.

4. La *norma temporal* (Décimo Tercera) se concretaba a extender la exención de responsabilidad penal a los casos en trámite, en sede administrativa o judicial. Esta disposición, por imperio de la Ley N° 27080, de 29 de marzo de 1999, rigió hasta el 30 de junio de 1999.

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[107].

El nuevo texto del art. 189° 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. 305°.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.

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[108]; 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

---

[107] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos: *Todo sobre el fraude tributario*, Praxis, Barcelona, 1994, p. 108.

[108] En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); VALLE MUÑIZ, José Manuel (Coord.) *et al.*: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal español*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 759.

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. 189° del Código Tributario obviando lo dispuesto por el art. 8° 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 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. 192° 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. 7° de la Ley Penal Tributaria y 179°, 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 N° 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 introduce una simple precisión, que resulta evidente: si el acogimiento al beneficio se produce antes de la presentación de la denuncia del Órgano Administrador del Tributo y el partícipe obtiene 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

1. Aspectos generales

La legislación antiterrorista, en su día, constituyó el eje del denominado "*subsistema penal de la emergencia*", y se caracterizó porque en el ámbito procesal se adoptaron disposiciones restrictivas de los derechos fundamentales, siendo las más significativas las surgidas al inicio del fujimorato, con el autogolpe de Estado de 1992, aunque no es menos cierto que sus antecedentes pueden rastrearse desde la restauración democrática de 1980.

No obstante ello, es indiscutible la lucha frontal del Estado de Derecho contra el terrorismo. Resulta especialmente importante la doctrina que sobre esta materia ha sentado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así,

en *primer lugar*, ha precisado que en una democracia tienen cabida todas las ideas y todos los proyectos políticos, incluso los que ofenden, chocan o inquietan (STEDH, Asunto "Refah Partisi" – Partido de la Prosperidad v. Turquía, de 31 de julio de 2001, confirmada por la Sentencia de la Gran Sala de 13 de febrero de 2003). En *segundo lugar*, ha señalado que una organización política puede proponer cambios, inclusive que importen una contradicción con la legislación constitucional, pero tales cambios deben respetar dos condiciones: a) los medios utilizados a tal efecto deben ser legales y democráticos; y, 2) el cambio propuesto debe ser compatible con los principios democráticos fundamentales (STEDH, Asunto "Yazar y otros v. Turquía", de 9 de abril de 2002); de lo que se desprende necesariamente que un partido u organización cuyos responsables incitan al recurso de la violencia, o proponen un proyecto político que no respeta la democracia o que tiende a la destrucción de ésta, así como el desconocimiento de los derechos y libertades que ésta reconoce, no puede pretender la protección jurídica contra las sanciones inflingidas por estos motivos (STEDH, Asunto "Refah Partisi", de 31 de julio de 2001 y de 13 de febrero de 2003). En *tercer lugar*, ha establecido que el terrorismo, como método de conducta de una organización, es antidemocrático, y por consiguiente la victoria sobre el terrorismo es un interés público de primera magnitud en una sociedad democrática (STEDH, Asunto "Petty Purcell y otros v. Irlanda", 16 de abril de 1991); aunque es de reconocer las dificultades que su combate plantea al Estado democrático (STEDH, Asunto "Irlanda v. Reino Unido", de 18 de diciembre de 1996). En este último aspecto, decimos nosotros, el Estado democrático está en la obligación de utilizar sólo las armas que le brinda la ley, y con profundo respeto de los derechos fundamentales de la persona.

Como ya se anotó, el conjunto de la legislación sobre terrorismo que el fujimorato adoptó fue objeto de una acción de inconstitucionalidad, la cual fue amparada parcialmente mediante la Sentencia N° 010-2002-AI/TC, de 3 de enero de 2003[109]. Así tenemos:

a) Que todo el procedimiento en sede militar fue declarado inconstitucional, incluyendo el tipo penal de traición a la patria, así como la prohibición

---

[109] Esta sentencia, ha sostenido José UGAZ SÁNCHEZ-MORENO ("Temas de derecho penal y derecho procesal penal en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la legislación antiterrorista", en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año 4, N° 24, Lima, febrero, 2003, p. XIII), tiene la virtud de volver muchas distorsiones que se cometieron a lo largo de la década pasada a su cauce natural, al cauce del garantismo, al cauce del respeto de Derechos fundamentales del proceso, así como de destacar que esta profusión de leyes, creadas en el Servicio de Inteligencia Nacional, arrasaron con una serie de principios fundamentales del Derecho penal y del Derecho procesal penal.

del derecho de recusación (art. 13°, inciso 'h' del Decreto Ley N° 25475), y la incomunicación del detenido por orden de la Policía (art. 12°. 'd', del Decreto Ley N° 25475).

b) Que, por substracción de materia, el alto Tribunal no se pronunció respecto al art. 12°, inciso 'f' del Decreto Ley N° 25475, que limitaba la intervención del abogado defensor al momento de la manifestación del imputado, porque el art. 2° de la Ley N° 26447 le dio un nuevo texto que permite la defensa del Letrado desde el inicio de la investigación, y garantiza las entrevistas del defensor con el detenido.

c) Que, de igual manera, no se pronunció respecto del art. 18° del Decreto Ley N° 25475, que prohibía a los abogados de confianza la defensa simultánea de más de un encausado a nivel nacional, porque fue derogado por el art. 4° de la Ley N° 26248. Tampoco lo hizo respecto de los arts. 15° y 16° del Decreto Ley N° 25475, y su Primera Disposición Final y Transitoria, referidos a la institución de los jueces y fiscales con identidad reservada, porque fueron dejados sin efecto por el art. 1° de la Ley N° 26447 y el artículo único de la Ley N° 26671.

d) Que el art. 13°, inciso 'a', del Decreto Ley N° 25475, modificado por el art. 3° de la Ley N° 26248, que establece que expedido el auto de apertura de instrucción el Juez dictará mandato de detención, debe entenderse bajo los alcances del art. 135° del Código Procesal Penal, esto es, el juez debe evaluar el conjunto de presupuestos que esta última norma prescribe para dictar prisión preventiva.

e) Que no es inconstitucional el art. 13°, inciso 'c' del Decreto Ley N° 25475, que dispone que en la instrucción y en el juicio no se podrán ofrecer como testigos a quienes intervinieron por razón de sus funciones en la elaboración del Atestado Policial.

La citada sentencia, además, al amparo del art. 40° LOTC, dispuso la celebración de nuevos juicios a todos los condenados por delito de traición a la patria por la jurisdicción castrense y, esencialmente, ordenó a los Poderes Públicos se regule el procedimiento de anulación correspondiente. Ello dio lugar a la expedición de la Ley N° 27913, de 9 de enero de 2003, que delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia antiterrorista mediante Decretos Legislativos, destinados a reemplazar la legislación correspondiente, a fin de cumplir lo dispuesto en dicha Sentencia, así como ordenar la legislación sobre terrorismo que mantiene vigencia, y legislar sobre derecho penal material, procesal penal, ejecución penal y defensa judicial del Estado, en relación con el terrorismo.

En virtud de esa autorización se expidieron siete Decretos Legislativos. Empero, no se expidió una norma ordenadora de la legislación procesal sobre

terrorismo, por lo que es del caso realizar una necesaria sistematización entre la legislación expedida durante la Administración del ex Presidente Fujimori y la dictada al amparo de la Ley N° 27913. Las normas son las siguientes:

1) El Decreto Legislativo N° 921, de 18 de enero de 2003, que define el régimen jurídico de la pena de cadena perpetua.

2) El Decreto Legislativo N° 922, de 12 de febrero de 2003, que regula la anulación de los procesos por delito de traición a la patria seguidos ante la jurisdicción militar, y establece reglas procesales específicas en los delitos de terrorismo.

3) El Decreto Legislativo N° 923, de 20 de febrero de 2003, que reordena la estructura institucional de la Procuraduría Pública Especializada para delitos de terrorismo, y estatuye normas procesales respecto a la participación procesal de la misma en el proceso penal.

4) El Decreto Legislativo N° 924, de 20 de febrero de 2003, que tipifica el delito de apología del terrorismo, como un supuesto agravado de apología, agregando un párrafo al art. 316° del Código Penal.

5) El Decreto Legislativo N° 925, de 20 de febrero de 2003, que incorpora el delito de terrorismo al procedimiento por colaboración eficaz regulado en la Ley N° 27378.

6) El Decreto Legislativo N° 926, de 20 de febrero de 2003, que regula la anulación de los procesos por delitos de terrorismo seguidos ante la jurisdicción penal ordinaria que se siguieron ante jueces y fiscales con identidad secreta, y en los que se aplicó la prohibición de recusación con arreglo al art. 13°. h) del Decreto Ley N° 25475, que fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

7) El Decreto Legislativo N° 927, de 20 de febrero de 2003, que desarrolla los beneficios penitenciarios en delitos de terrorismo y configura los procedimientos aplicables al efecto.

En este Capítulo se estudiarán los aspectos procesales –en rigor las especialidades procedimentales– del procedimiento penal por delito de terrorismo, concentrados en las normas supérstites del Decreto Ley N° 25475 y en los Decretos Legislativos N° 922 y N° 923 últimamente citados. También se tendrá en consideración las normas administrativas de constitución de órganos jurisdiccionales especializados en el delito de terrorismo. A este respecto son especialmente relevantes (1) la Resolución Administrativa N° 521-CME-PJ, de 20 de noviembre de 1997, que instituye una subespecialidad penal para los delitos de terrorismo, de carácter nacional, bajo el control de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, aunque

adicionado al conocimiento de los delitos de robo agravado, violación de la libertad personal, homicidio y extorsión, cometidos por organizaciones delictivas, fijados en su oportunidad por la Resolución Administrativa N° 340-CME-PJ, de 18 de marzo de 1997, ampliada por la Resolución Administrativa N° 596-CME-PJ, de 18 de marzo de 1998, que dispone que las dos Salas Penales de la Corte Suprema conocerán del recurso de nulidad en los delitos de terrorismo; (2) la Resolución Administrativa N° 009-2001-CT-PJ, de 22 de febrero de 2001, aprobada por Resolución Administrativa de Sala Plena N° 003-2001-SP-CS, de 22 de febrero de 2001, y complementada por la Resolución Administrativa de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema N° 005-2001-SPPCS, de 2 de marzo de 2001, que ordena la conformación de una Sala Superior Especializada en Delitos de Terrorismo y Organizaciones Delictivas y Bandas, con sede en la ciudad de Lima, competente para conocer los delitos de terrorismo, de terrorismo especial, y los agravados de robo calificado, secuestro, homicidio y extorsión, cometidos por organizaciones delictivas y bandas; (3) la Resolución Administrativa N° 097-2002-CE-PJ, de 20 de julio de 2002, que excluye del conocimiento de este circuito judicial a los delitos de robo calificado, secuestro, homicidio y extorsión, cometidos por organizaciones delictivas y bandas, a la vez que pasa a denominar al órgano superior: "Sala Nacional de Terrorismo", cuya competencia exclusiva se circunscribe a los delitos de terrorismo; y, (4) la Resolución Administrativa N° 003-2003-CE-PJ, de 11 de enero de 2003, que redefine el funcionamiento del aludido circuito judicial encargado del conocimiento del delito de terrorismo, ampliando el número de órganos judiciales que lo integran y descentralizándolo en las demás Cortes Superiores del País, aunque facultando a la presidencia de la Sala Nacional de Terrorismo, con sede en Lima, a supervisar el funcionamiento general del subsistema judicial.

2. La fase preprocesal de investigación del delito de terrorismo

El art. 12°.1 del Decreto Legislativo N° 922 establece implícitamente que el conductor de la misma es, en todo caso, el Ministerio Público, que incluso puede realizarla directamente, o por intermedio de la Policía. A este dispositivo se integran, en lo pertinente, las disposiciones del art. 1° de la Ley N° 27934, que fija los ámbitos concretos de los actos de investigación policial y el papel directivo y de control jurídico del Ministerio Público. Por tanto, los incisos a) y b) del art. 12° del Decreto Ley N° 25476 han quedado formalmente abrogados. Una singularidad de la investigación preliminar por delito de terrorismo es la regla impuesta por la Ley N° 26447, que en su art. 2° *in fine* permite expresamente a la Policía tomar la manifestación del presunto implicado, lo que no es de recibo en los demás delitos, a tenor de lo dispuesto en el art. 1° de la Ley N° 27934, de 12 de febrero de 2003,

en cuyo listado de "acciones" no figura tomar la declaración del implicado, como sí lo hacía el modelo que asumió el art. 108° del Código Procesal Penal de 1991.

El inc. c) del art. 12° del Decreto Ley N° 25475 reconoce la posibilidad de detención policial de los presuntos implicados, dando cuenta al Fiscal y al Juez. A ello debe agregarse que la detención *ex officio* sólo procede mediando flagrancia delictiva (STC, Asunto "Gerardo Rodrigo Mamani", de 7 de abril de 2000)[110], cuya definición auténtica se encuentra en el art. 4° de la Ley N° 27934[111]. Por otro lado, conforme ha sido estipulado por el Tribunal Constitucional en el citado fallo, es posible la detención preliminar por orden judicial, lo que ahora está expresamente regulado, a nivel genérico, en el art. 2° de la Ley N° 27934 y, a nivel específico para determinados delitos, en la Ley N° 27379. Esta modalidad de detención, dictada durante la fase preprocesal, está sujeta a una expresa solicitud del Fiscal, cuya autorización exige el análisis de un concreto *fumus delicti* y *periculum libertatis*, unido a la circunstancia de la urgencia; esto es, en palabras de LLOBET, que el acto no puede esperar porque de lo contrario no se podría conseguir el resultado que se espera de él[112].

El art. 12°.1° del Decreto Legislativo N° 922, asimismo, autoriza dictar una serie de medidas limitativas (diez en total), para lo cual se remite a lo dispuesto en la Ley N° 27379, ya estudiada. La Séptima Disposición Final del Decreto Ley N° 25475 introduce una especialidad en los supuestos de incautación, que se extiende más allá de la fase preprocesal e ingresa directamente al proceso judicial, en cuya virtud los bienes ocupados serán puestos a disposición de la Dirección contra el Terrorismo de la Policía Nacional para su cuidado y administración.

Una medida adicional a la detención preliminar policial, con una clara función de aseguramiento de la actividad investigadora, es la incomunicación: la denominada "*detención incomunicada*", que el Tribunal Constitucional expresamente aprobó (STC, Asunto "Marcelino Tineo Silva y otros", de 3 de enero de 2003, párr. 173), pero la condicionó a la decisión motivada

---

(110) Exp. N° 121-2000-HC/TC (*El Peruano*, Lima, 20 de julio de 2000, pp. 3237-3238).

(111) Al respecto, existe una decisión del Tribunal Constitucional que cuestiona la figura de la "*cuasi flagrancia*", aunque sin mayores argumentos técnicos, fallo –felizmente no reproducido en otras sentencias– que se opone a lo unánime de la doctrina procesalista sobre la materia. *Vid.* STC Asunto "Cornelio Lino Flores", de 19 de enero de 2001 (*Normas Legales*, T. 299, abril, Trujillo, 2001, pp. A4-A6).

(112) LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: *Proceso penal comentado*, Editorial Jurídica Continental, San José [Costa Rica], 1998, p. 619.

de juez competente, que implica, no sólo su excepcionalidad (SCIDH, Caso Suárez Rosero, de 12 de noviembre de 1997, párr. 51), sino también la exigencia de base objetiva y razonable para decretarla (STC, Asunto "Tineo Silva y otros", párr. 172). Estas directivas expresamente desarrolladas, en el caso concreto, por el art. 12°.2 del Decreto Legislativo N° 922, norma que a su vez recoge la doctrina constitucional que estipula que la incomunicación –en tanto medida provisional penal– no debe ser irrazonable y, menos, puede buscar lesionar el derecho de defensa o de asistencia letrada del detenido. Por ello, la ley expresamente dispone que la medida no impide las conferencias en privado entre el abogado designado como defensor y el detenido, así como que la decisión judicial de incomunicación, una vez expedida, es apelable. En esta misma línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene establecido que no es compatible con el derecho de asistencia de un abogado someter los contactos entre el abogado y el acusado al control del Tribunal[113]; éstos, como es obvio, deben ser reservados y, esencialmente, no deben ser impedidos o entorpecidos.

El art. 12°.e) del Decreto Ley N° 25475 establece que la Policía puede disponer, si fuere necesario, el traslado del o de los detenidos para el mejor esclarecimiento de los hechos, o cuando, por razones de seguridad, el detenido evidencia peligrosidad. La STC recaída en el Asunto "Tineo Silva y otros" no se pronuncia al respecto, empero –como ya se anotó en otro capítulo–, si se toma en consideración los fundamentos jurídicos de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Asunto "Defensoría del Pueblo c. Legislación sobre terrorismo especial"[114] (en el sentido que "... *la Policía Nacional desarrolla una función meramente ejecutiva y, por ende, subordinada funcionalmente, en lo que a la investigación del delito se refiere, al Ministerio Público*"), el traslado debe ser ordenado por el Ministerio Público por decisión motivada, aunque debe quedar claro que el problema de la competencia o sede de radicación de la causa no puede ser alterado por un cambio de lugar de detención por razones de seguridad, para lo cual rigen los supuestos de "transferencia de competencia", que exigen un procedimiento específico y ya en sede procesal.

En cuanto al derecho de defensa, como ya se indicó, el Tribunal Constitucional expresamente consideró inconstitucional el inc. f) del art. 12° del Decreto Ley N° 25475, por limitar irrazonablemente el derecho de asistencia

---

[113] STEDH, Asunto "CAN vs. Austria", de 12 de julio de 1984; y STEDH, Asunto "S vs. Suiza", de 28 de noviembre de 1991.

[114] Exp. N° 005-2001-AI/TC, *Jurisprudencia Constitucional*, Tomo I, Normas Legales, Lima, 2002, pp. 238-246.

letrada (STC, Asunto "Tineo Silva y otros", párr. 121), pues el art. 139°.14 de la Constitución dispone que el derecho de defensa surge desde que se es imputado, de suerte que no puede impedirse en sede preliminar el acceso inmediato a la asistencia de un abogado defensor. Esa norma, como recuerda el Tribunal Constitucional, fue derogada por la Ley N° 26447, art. 2°, que estatuye no sólo que los implicados por delitos de terrorismo tienen derecho a designar un abogado defensor de su elección y a ser asesorados por éste desde el inicio de la intervención policial, sino además que la participación del abogado defensor en las investigaciones policiales y la entrevista con su patrocinado no podrá limitarse, aun cuando se hubiera dispuesto la incomunicación del detenido. Por lo demás, la Corte Interamericana ha declarado que todo impedimento a un imputado de comunicarse en forma libre y privada con su abogado defensor, o la generación de obstáculos a tal comunicación, viola flagrantemente el art. 8°.2.d) de la CADH (SSCIDH, Asuntos "Loayza Tamayo", "Suárez Rosero", y "Castillo Petruzzi y otros", de 17 de setiembre de 1997, párrs. 62, 83 y 147-148, respectivamente).

Asimismo, la prohibición de que los abogados defensores únicamente patrocinen a un solo encausado a nivel nacional, con excepción de los defensores de oficio, que estipulaba el art. 18° del Decreto Ley N° 25475, fue derogada por el art. 4° de la Ley N° 26248; empero, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (SCIDH Asunto "Castillo Petruzzi y otros", de 30 de mayo de 1999, párr. 147) estimó que tal limitación no significa, *per se*, una violación de la Convención, aunque a este respecto el Tribunal Constitucional en la citada sentencia matizó tal declaración sosteniendo que habrá de tener en consideración si en un concreto ámbito territorial existen otros abogados de modo que sustenten un efectivo ejercicio del derecho de elección razonable, que es el núcleo duro del derecho de asesoría y patrocinio de un letrado (párrs. 128 y 130).

Sobre esa base, es de insistir en un punto más exigente del derecho de asistencia letrada. Ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que para considerar satisfecho el derecho de defensa no basta con la mera designación de los correspondientes profesionales, pues es necesario que los así nombrados proporcionen una asistencia real y operativa[115]. Ello ha motivado a ARMENTA DEU a acotar que el órgano judicial debe ampliar su cometido a poner remedio a las situaciones de pasividad del letrado, singularmente en los casos en que actúa de oficio[116].

---

[115] STEDH, Asunto "Airey", 9 de octubre de 1979; y STEDH, Asunto "Pakelli", de 25 de abril de 1983.

[116] ARMENTA DEU: *Lecciones de Derecho procesal penal*, cit., p. 54.

Finalmente, es claro que la Policía Nacional, en funciones de Policía Judicial, depende funcionalmente del Ministerio Público. Sin embargo, es evidente que la Policía igualmente está obligada a cumplir los mandatos judiciales y, entre ellos, los que signifiquen una contribución efectiva al esclarecimiento del delito. En tal virtud, el art. 12°.3 del Decreto Legislativo N° 922, sin perjuicio de los poderes del Ministerio Público con relación a la Policía Judicial, permite que en el curso de una instrucción el Juez Penal pueda ordenar, a la Policía Especializada, la Dirección contra el Terrorismo, bajo la conducción del Ministerio Público, la realización de investigaciones complementarias sobre puntos específicos (ámbitos circunscritos a la investigación judicial en curso –aspecto material– y debidamente fijados en la resolución correspondiente –aspecto formal–), o para asegurar documentos y otras evidencias, como serían pericias ya realizadas que no aparezcan en la instrucción, u obtención de instrumentales que están en poder de un órgano público, etc. La norma destaca, al igual que lo ha hecho el art. 1° *in fine* de la Ley N° 27934, no sólo el derecho de intervención de las partes en esas pesquisas, sino el de acceso a las diligencias realizadas.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, resulta claro, aun cuando se asuma una noción restringida de proceso, limitándolo incluso al juicio oral, que –conforme ha precisado el TEDH en el citado Asunto "CAN vs. Austria", de 12 de julio de 1984– las disposiciones convencionales referidas a los derechos a disponer de tiempo y facilidades para la preparación de la defensa, a ser asistido gratuitamente de un intérprete, y a interrogar a los testigos de cargo y de descargo, pertenecen a un grupo de disposiciones que pueden ser aplicados tanto al proceso en sentido estricto como a una fase anterior al mismo; esto es, a la fase prejurisdiccional y a la etapa de instrucción[117].

3. EL PROCEDIMIENTO PENAL. ESPECIALIDADES

A. Regla general

La disposición central del procedimiento por delito de terrorismo es que se sigue con arreglo a los trámites del procedimiento ordinario común (art. 11°.1 D. Leg. N° 922). Por tanto, se eliminan los plazos diminutos y toda norma que tienda a afincar un modelo de procedimiento excepcional. Ello significa, en principio, la práctica abrogación del art. 13° del Decreto Ley N° 25475 y, en especial, la derogación de las normas declaradas expresamente inconstitucionales por el Tribunal Constitucional (STC, Asunto "Tineo Silva y otros", de 3 de enero de 2003).

---

(117) Cfr.: BACIGALUPO, Enrique: *Justicia penal y derechos humanos*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 138.

Un tema puntual es el referido a determinar la vigencia del inciso c) del citado art. 13°, que estipula que en "*la instrucción y en el Juicio no se podrán ofrecer como testigos a quienes intervinieron por razón de sus funciones en la elaboración del Atestado Policial*". Como ya se anotó, el Tribunal Constitucional en la aludida sentencia (párr. 159) declaró constitucional esa limitación al derecho probatorio. Desde luego, una posición en contra, dado el nivel que alcanza el derecho a la prueba, es la mantenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –STEDH, Asunto "Barberá, Messegué y Jabardo", de 6 de diciembre de 1988–, que concluyó que "*la circunstancia de que pruebas muy importantes no se practicaron y discutieron adecuadamente en el juicio* [el problema es, por cierto, determinar si en un caso concreto un testimonio policial es pertinente y de objetiva importancia para la defensa –STEDH, Asunto "Engel y otros", de 8 de junio de 1976– y, de ese modo, determinar si se ha cumplido el principio de igualdad de armas], *en presencia de los acusados y públicamente, lleva a la conclusión de que el procedimiento controvertido, considerado en su conjunto, no ha respondido a las exigencias de un proceso justo y público*". Es más, la Corte Interamericana, refiriéndose precisamente a la legislación nacional señaló que la prohibición de interrogatorio de agentes, tanto de la policía como del ejército, que participaron en las diligencias de investigación, impidió que el imputado pueda controvertir las pruebas recabas y asentadas en el atestado policial (SSCIDH, Asuntos "Castillo Petruzzi y otros", y "Cantoral Benavides", párrs. 153, 154 y 156, y 127-128, respectivamente). No obstante ello, y más allá de nuestra posición, en la medida en que el Tribunal Constitucional no declaró inconstitucional esa norma y la nueva Ley no la derogó, se encuentra formalmente vigente y, por consiguiente, plenamente aplicable a los procedimientos por delitos de terrorismo.

B. Competencia penal

Desde la *competencia objetiva-material*, según se anotó, el conocimiento de los delitos de terrorismo corresponde a los jueces especializados en delitos de terrorismo, entendiendo como tales: (1) los delitos establecidos en el Decreto Ley N° 25475, con las precisiones y derogaciones establecidas por la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 010-2002-AI/TC, de 3 de enero de 2003; (2) los delitos de apología terrorista (esta modalidad de apología fue objeto de un agravamiento con el agregado introducido en el art. 316° del Código Penal por el Decreto Legislativo N° 924); (3) los delitos de lavado de activos (Ley N° 27765), si el agente conoce o puede presumir que el dinero, bienes, efectos o ganancias proceden de la comisión de un delito de terrorismo, o si el agente comete el delito en calidad de integrante de una organización terrorista; y, (4) los demás delitos conexos, esto es,

aquellos delitos que guarden relaciones entre sí, sea por razones objetivas, subjetivas o mixtas (también denominadas 'causales'), conforme al art. 21° del CPP 1940. Expuesto con mayor precisión, tal vez, a tenor de la dicción del art. 11°.2.d) del D. Leg. N° 922, el tipo legal hace más referencia a los supuestos de *conexidad objetiva*, o sea a aquellos delitos cometidos para procurarse los medios de cometer los otros, o para facilitar o consumar su ejecución o para asegurar la impunidad (*vid.* 21°.4 CPP 1940), si bien no es de descartar como supuestos necesarios de tratamiento unitario la comisión de una pluralidad de delitos por el imputado en atención a las fórmulas materiales de concurso ideal de delitos o de concurso real. Es de resaltar que la conexión produce siempre el fenómeno de la acumulación y, como tal, se presenta un supuesto de alteración de la competencia, en tanto que los varios delitos a acumular fueran de la competencia de distintos órganos jurisdiccionales (competencia objetiva), de ahí que la regla instaurada es que el juez del delito de terrorismo atrae a los demás delitos conexos[118].

Tal como se precisó en el numeral uno de este rubro, el órgano de gobierno del Poder Judicial instituyó un circuito especializado para los delitos de terrorismo, hoy determinado objetivamente con las disposiciones del art. 11° del D. Leg. N° 922. En efecto, el circuito especializado tiene alcance nacional y está configurado, en lo esencial: a) por la Resolución Administrativa N° 097-2002-CE-PJ, de 20 de julio de 2002, que estableció que el proceso penal declarativo está a cargo de la Sala Nacional de Terrorismo y de los Juzgados Corporativos de Terrorismo, bajo la supervisión de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia; y, b) por la Resolución Administrativa N° 003-2003-CE-PJ, de 11 de enero de 2003, que (1) encarga a la Sala Nacional de Terrorismo la supervisión y dirección funcional de los demás órganos jurisdiccionales especializados, denomina a los Juzgados "Juzgados Especializados en delito de terrorismo"; (2) vuelve –aunque relativamente, dado el tenor de la Ley de la materia Decreto Ley N° 25475, ¡que no puede rebasar!– a la lógica de competencia territorial según el modelo ordinario, aunque impone el conocimiento de los delitos ocurridos en Lima, Callao y el Cono Norte de Lima a los Jueces Especializados de Lima; y, (4) autoriza a los Presidentes de las Cortes Superiores a designar, a dedicación exclusiva, Juzgados y Salas Especializadas en delitos de terrorismo.

Es de tener presente, sin embargo, que de conformidad con lo dispuesto en el art. 17° del Decreto Ley N° 25475, la competencia territorial es de carácter nacional, "sin observar el lugar de la comisión del hecho delic-

---

(118) Cfr.: CALDERÓN CEREZO / CHOCLÁN MONTALVO: *Derecho procesal penal*, cit., p. 62.

tuoso", de suerte que, en principio, será la Sala Nacional de Terrorismo la que, en aras de un adecuado servicio judicial, determinará el ámbito de funcionamiento de otros órganos jurisdiccionales en el resto del país, para lo cual inclusive debe tomar en consideración que, de conformidad con la Segunda Disposición Final del citado Decreto Ley N° 25475, ello sólo puede darse en los Distritos Judiciales que cuenten con no menos de Tres Salas Especializadas.

Por otro lado, según lo dispuesto en la Resolución Administrativa N° 596-CME-PJ, de 18 de marzo de 1998, el recurso de nulidad –*competencia funcional*– es de conocimiento, indistintamente, de las dos Salas Penales de la Corte Suprema: la Permanente y la Transitoria.

C. Especialidades procedimentales en la etapa de instrucción

1. En el *sumario judicial* por delito de terrorismo, el art. 12° del D. Leg. N° 922 ha establecido cinco especialidades. La primera, ya estudiada, tiene que ver con la facultad del Juez Penal de ordenar a la Policía Nacional, en concreto a la Dirección contra el Terrorismo, la realización de investigaciones policiales complementarias estando abierto el proceso penal (*vid.* inc. '3'), lo que constituye una medida saludable y muy recurrente en otros países. En estos casos, rigen las reglas de toda investigación preliminar (*vid.* art. 1° de la Ley N° 27934 e inc. 3° del art. 12° del D. Leg. N° 922), en el entendido que los policías tienen el carácter de *comisionados* de los jueces y en el curso de su actuación complementaria están sujetos a la dirección jurídico-funcional del Ministerio Público.

2. La segunda especialidad está en relación al plazo adicional de la instructiva. Dice el inc. 4) del art. 12° que, excepcionalmente, cuando el procesado se encuentre recluido en un establecimiento penal fuera del Distrito Judicial de Lima, la instructiva podrá ser iniciada después de las veinticuatro horas y hasta el décimo día más el término de la distancia; recuérdese que por imperio del art. 85° CPP 1940, la instructiva deberá ser cuando menos comenzada antes de que se cumplan veinticuatro horas de la detención, y, como tal, sólo rige tratándose de imputados que han sido puestos a disposición del Juzgado en calidad de detenidos. La regla de excepción se entiende, fundamentalmente, para el caso de los Juzgados Especializados de Terrorismo de Lima y en tanto el imputado se encuentre en un Establecimiento Penal fuera de su ámbito territorial, y está muy vinculada a la reiniciación de procesos luego de la anulación dispuesta por la Sentencia N° 010-2002-AI/TC. Obviamente, para los Juzgados en Provincias, no rige esta regla de excepción, a menos –como es lógico– que el reo se encuentre en un Establecimiento Penal fuera de su sede.

3. La tercera especialidad está referida a las reglas de la acumulación procesal, que busca superar las limitaciones formales actualmente vigentes a raíz de la Ley N° 24388, de 6 de diciembre de 1985, e introduce causales más flexibles para que opere. En efecto, la acumulación procederá de oficio o a petición de parte; el procedimiento incidental de acumulación siempre lo realiza el Juez de terrorismo (no puede hacerlo un juez distinto); la acumulación, de prosperar, la asume al Juez de terrorismo (regla de la *vis atractiva*); y, el auto que la acuerda es apelable. Otra regla, esta vez de carácter funcional, y que tiende a superar los criterios restrictivos de la Ley N° 10124, es la que establece que "...la acumulación se dispondrá cuando resulte necesaria para garantizar el conocimiento integral de los delitos objeto de instrucción, salvo que la acumulación ocasione grave y fundado retardo en la administración de justicia". El conocimiento integral de los delitos objeto de instrucción, puede determinar la necesidad de superar las causales de acumulación facultativas establecidas por la Ley N° 10124 y tornarlas, en el caso concreto, obligatorias. Un punto a tomar en cuenta es el relativo a la exigencia de que los procesos se encuentren en el mismo estado, norma que está conectada con el derecho fundamental al plazo razonable, aunque en el presente caso debe circunscribirse al supuesto de pluralidad de imputados, los que no pueden verse perjudicados con una acumulación que puede traer como efecto un retardo irrazonable de su juzgamiento inmediato.

4. La cuarta especialidad hace mención a una concreta *medida provisional penal* con función de prevención de la reiteración delictiva, cuyo propósito general es impedir que su destinatario incurra en ulteriores hechos punibles, pero en el caso concreto de las denominadas "*medidas de protección*" comprende un propósito más específico que, al decir de MÁLAGA DIÉGUEZ, es la protección personal de la víctima y sus allegados, pues en muchos casos esa reiteración puede tener como objetivo a la misma persona que ya sufriera el primer hecho punible, o bien a las personas que la rodean, protegen o frecuentan[119]. Siguiendo la Recomendación N° R (97) 13 del Consejo de Europa, el término *testigo*, comprende a las víctimas, a los testigos, a los peritos y a los colaboradores de la justicia, y las medidas deben apuntar a que estas personas declaren libremente y sin intimidación[120]. Se entiende que el sustento organizacional es la estructuración de un Programa eficaz de protección, descrito por el Decreto Supremo N° 020-2001-JUS, de 7 de julio de 2001.

---

(119) MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco: "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", en *Justicia*, N° 1-2, Barcelona, 2002, p. 136.

(120) LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Instituciones de Derecho procesal penal*, Akal/Iuri, Madrid, 1999, pp. 267-272.

Lo que ha hecho el D. Leg. N° 922 es hacer extensivas al procedimiento por delito de terrorismo las normas previstas en el Capítulo IV de la Ley N° 27378. A ello se agrega una posibilidad o medida de protección adicional: la video conferencia para que las personas protegidas declaren en el juicio oral que, como apunta DE LA MATA AMAYA, es un sistema de comunicación interactivo que transmite simultáneamente la imagen, el sonido y los datos, permitiendo una comunicación bidireccional plena, en tiempo real, de tal manera que se posibilita un mismo acto o reunión a la que asisten personas que se encuentran en lugares diferentes; medio muy utilizado en Italia, Francia, Estados Unidos y otros países caracterizados por sus dimensiones geográficas extraordinarias, y previsto inclusive en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y en el Convenio de la Unión Europea sobre asistencia judicial internacional en materia penal y en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal[121]; siendo de citar asimismo la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 14 de diciembre de 2000, art. 24°.2.'b'. Amén de que con ese medio no se vulneran los principios estructurales del procedimiento penal, una ventaja importante, entre otras muchas, es como dice VELASCO NÚÑEZ, "el *aumento de la colaboración ciudadana* con la justicia en condiciones de no heroicidad, al potenciar la tranquilidad y confianza en las declaraciones de signo acusatorio de determinadas víctimas delictivas por la separación, no sólo física sino geográfica, entre éstas y el autor, evitando situaciones violentas (v. gr: delitos contra la libertad sexual, violencia doméstica, delitos de banda organizada)"[122].

5. La quinta especialidad está consagrada a la facultad disciplinaria del Juez Penal, a cuyo efecto se han incorporado las disposiciones pertinentes del Código Procesal Penal de 1991. En tanto la lealtad y probidad o buena fe procesales son principios básicos del comportamiento de las partes en el proceso, la Ley prevé medidas disciplinarias con relación al imputado y al abogado defensor. Respecto del imputado, siguiendo las normas del CPP de 1991, se dispone que si altera el orden en un acto procesal, esto es, si se conduce inapropiadamente –insultando, amenazando a los sujetos procesales, desobedeciendo los llamamientos al orden y compostura, introduciendo temas manifiestamente impertinentes, etc.–, y consecuente-

---

(121) DE LA MATA AMAYA, José: "La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales", en: *Actualidad Penal*, N° 47-48, semana de 16 al 29 de diciembre, Madrid, 2002, pp. 1-3.

(122) VELASCO NÚÑEZ, Eloy: "Videoconferencia y administración de justicia", en: *Diario La Ley*, Año XXIII, N° 5630, Madrid, 10 de octubre de 2002, p. 3.

mente impide el correcto desarrollo de una diligencia procesal, el Juez está facultado para apercibirlo con la suspensión del acto y de continuarlo con la sola intervención de la defensa, si es que el acto es de índole personal, es decir, si la participación del imputado es condición de su desarrollo y debe intervenir forzosamente (v. gr.: confrontación, reconstrucción, etc.). En cambio, si el acto no es de índole personal, vale decir, si el acto tiene como órgano de investigación a persona distinta del imputado (v. gr.: inspección ocular, testifical, examen pericial), el Juez lo apercibirá con la exclusión de participar en la diligencia y continuar con su abogado. Se entiende que la separación del imputado se circunscribe a la diligencia donde incurrió en alteración irrazonable de su ejecución. La separación del imputado, explica D'ALBORA, no descalifica el acto celebrado en ese lapso con la sanción de nulidad absoluta, en tanto la presencia del defensor garantiza el derecho de defensa del imputado y su facultad para interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, así como porque siempre resultará posible la comunicación entre el letrado y el pupilo acerca del desarrollo del proceso[123].

El defensor también puede ser apartado de participar en una diligencia, si es que en solidaridad con su defendido abandona la misma. En este caso, la diligencia continuará con un abogado de oficio sustituido por el Juez. Por otro lado, si el abogado no concurre a la diligencia que es citado y ésta es inaplazable (porque el plazo está por vencerse o se trata de una diligencia improrrogable), se producirá un caso de reemplazo del defensor, por uno que designe el imputado en ese acto o por uno de oficio. La exclusión del defensor se producirá cuando no asiste injustificadamente a tres diligencias; la exclusión significa que el Juez –a diferencia de los supuestos anteriores, que se limitan al acto procesal concreto– aparta definitivamente al defensor del proceso, lo que obliga al imputado a nombrar otro en el plazo de cuarenta y ocho horas, bajo apercibimiento de designarse uno de oficio, a menos que luego nombre uno de confianza.

D. Especialidades procedimentales en etapa de enjuiciamiento

Tres son las especialidades procedimentales durante el enjuiciamiento: restricciones a la publicidad de la audiencia, facultades disciplinarias de la Sala Penal y examen especial de testigos (incs. 8, 9 y 10 del art. 12° del D. Leg. 922).

1. La regla matriz, en concordancia con lo dispuesto en el art. 139°.4 de la Constitución, es la publicidad de los juicios penales, bajo sanción de

---

(123) D'ALBORA, Francisco J.: *Código Procesal Penal de la Nación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 803.

nulidad. Como tal, se permite el acceso a la Sala de Audiencias del público y de los medios de comunicación social. La limitación que, a nivel general, introduce el inciso 8, literal a) del art. 12° del D. Leg. 922, es la prohibición de que se ingrese y utilice, por cualquier persona, "(...) cámaras de video, grabadoras de sonido, cámaras fotográficas u otros medios técnicos similares". Sin duda alguna, la limitación no se concreta al acceso de periodistas a la Sala de Audiencias ni a que informen al público sobre las incidencias de un juicio, menos a que un artista dibuje escenas de la Sala de Audiencias, del juicio o de los personajes que en él intervienen, sino a impedir que se utilicen medios técnicos tales que reproduzcan imágenes y voces para su difusión pública en esos momentos o en diferido.

Mucho se ha discutido si tal limitación es razonable. Es de recordar, por ejemplo, que en la justicia federal estadounidense tal acceso está prohibido, a cuyo efecto la *US Judicial Conference* de 1994 sustentó tal prohibición en el efecto intimidante de la cámara sobre testigos y jurados, lo que constituía una amenaza para una correcta administración de justicia; que el art. 41° de la *Criminal Justice Act*, de 1925, de Inglaterra y Gales, igualmente establece tal prohibición, al punto que autoriza a tomar medidas directas sobre toda información que divulgue datos no permitidos del proceso; que en Francia se mantiene la regla general de la no difusión, en tanto se estima que afectaría la espontaneidad y serenidad de los debates; y, que en Alemania, igualmente, con arreglo al art. 169° de la Ley Orgánica de los Tribunales, se prohíbe la filmación y grabación con fines de difusión al público del contenido de las incidencias del juicio oral, norma que cuenta con la firme aprobación de ROXIN[124]. Es de entender, por cierto, que se tome en cuenta la especial relevancia de derechos fundamentales como la dignidad y la intimidad de las partes, en especial del imputado, y la adecuada imparcialidad del tribunal, sin embargo, es de considerar que la publicidad es un principio institucional básico de una democracia, de un nivel superior, por lo que no considero viable una prohibición tal; en todo caso, la limitación debe estar regulada por el principio de proporcionalidad y, por ende, dejado al criterio judicial para apreciarlo caso por caso, aunque no es de olvidar el panorama legislativo ya reseñado[125].

---

[124] ANITUA, Gabriel Ignacio: "El principio de publicidad procesal penal: un análisis con base en la historia y el derecho comparado", en: HENDLER, Edmundo S. (Comp.): *Las garantías penales y procesales*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2001, pp. 91-94. Con relación a la denominada *"publicidad mediata"* se ha dicho que con su interdicción se busca "...evitar que el acusado sea degradado en desestimación de su dignidad personal siendo meramente un objeto de espectáculo" (SCHLÜCHTER, Ellen: *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 110).

[125] Señala GIMENO SENDRA (GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., pp. 101-102), que en cuanto a la intervención de los *"mass media"* y de los aparatos de

La norma, a continuación, siguiendo los modelos italiano y alemán, y tomando como referencia la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 24°.5 CADH), permite a la Sala, de oficio o a solicitud fundamentada de parte y mediante auto motivado, disponer determinadas medidas restrictivas de la publicidad del juicio, siempre que resulten estrictamente necesarias (esto es, que de otra forma se frustren los objetivos de determinadas diligencias procesales). En estricto cumplimiento del principio de proporcionalidad, tres son los motivos que autorizan la limitación: moralidad, afectación del orden público, afectación de la seguridad nacional; afectación del interés de menores, así como del honor, la seguridad o la vida íntima de las personas; afectación de los intereses de la justicia y del derecho de las partes, así como cuando ocurran manifestaciones intimidantes del público asistente. Como se ve se trata de causales taxativas, aunque intensamente valorativas, que dejan un margen muy amplio de apreciación al Tribunal; por ejemplo, cuando se hace mención a la moralidad, se refiere a las vivencias colectivas de pudor imperante en una comunidad que resultarían vulneradas con la publicidad; cuando se hace mención al orden público, se refiere al conjunto de ideas políticas, morales, económicas, religiosas a las cuales una sociedad estima ligada su existencia; cuando se hace mención a la seguridad nacional, un caso típico serán los secretos de Estado; cuando se hace mención a los intereses de la justicia, un supuesto relevante será que debido a la publicidad un declarante vaya a faltar a la verdad[126].

Las medidas que la Sala puede adoptar, siempre mediante resolución fundada, pueden ser: impedimento del acceso del público en general o de personas determinadas, y prohibición a las partes y a sus abogados que entreguen información o formulen declaraciones a los medios de comunicación social durante el desarrollo de la audiencia. Estas medidas cesarán si el motivo que determinó su imposición ha desaparecido.

2. Las facultades disciplinarias de la Sala, siguiendo al Código de 1991 y a la Ordenanza Procesal Penal alemana (§ 231-b StPO), se han incremen-

---

reproducción mecánica, ninguna dificultad existe en su admisión, habida cuenta de que, al menos la intervención de la prensa, se encuentra expresamente prevista por el art. 14°.1 del PIDCP y en la Convención Europea de Derechos Humanos, art. 6°.1. Agrega que así lo ha reconocido el TEDH en al Asunto "Weber" –STEDH de 22 de junio de 1990– y el Tribunal Constitucional español –STC 30/1982– al afirmar que este principio implica que sea reconocido más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección general, proyección que no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de los medios de comunicación social.

(126) D'ALBORA: *Código Procesal Penal de la Nación*, cit., pp. 794-795; LLOBET RODRÍGUEZ: *Proceso penal comentado*, cit., p. 672.

tado fuertemente. Estas facultades se expresan en tres ámbitos. El primero está referido al Poder de Policía propiamente dicho, en cuya virtud, ante hechos que pongan en riesgo la continuidad del enjuiciamiento, la Sala podrá disponer la expulsión de quien perturbe el desarrollo de la audiencia y mandarlo detener hasta por veinticuatro horas, siempre y cuando amenace o agreda a las partes, y a los demás intervinientes en el juicio (testigos, peritos, intérpretes, auxiliares de justicia, custodios). La expulsión es una medida radical que debe ser prudentemente ejercitada cuando no exista otra opción disciplinaria, y alcanza al propio imputado y a su defensor. En el caso del imputado, el juicio continuará en su ausencia, "sólo si no se considera indispensable su defensa", esto es, si no se le requiere para que sea examinado, confrontado o que reconozca personas, bienes u objetos, y siempre que "no sea de temer que su presencia perjudique gravemente el desarrollo de la audiencia". Superados los motivos de la expulsión debe autorizarse el ingreso del acusado a la Sala de Audiencias, a quien debe instruírsele de lo sucedido en su ausencia y darle la oportunidad de pronunciarse sobre esas actuaciones. Lo que siempre debe hacerse, más allá de la conducta del acusado, es darle la oportunidad –que puede utilizar o no, según su actitud ante el órgano jurisdiccional– de manifestarse sobre la acusación y las actuaciones del juicio oral. La expulsión del abogado, plenamente factible y con menores exigencias de trámites ulteriores, sólo exige su reemplazo por el que se designe en ese acto, lógicamente por el acusado, o en su caso de oficio.

El segundo ámbito disciplinario se encuentra en el literal b) del inciso nueve del art. 12° del D. Leg. 922. El defensor que no asista a dos sesiones consecutivas no frustrará el juicio oral, pues en la segunda sesión intervendrá indefectiblemente un abogado de oficio, que continuará en la defensa hasta que el acusado nombre otro defensor o ratifique al anterior. Empero, si la inasistencia del defensor es no consecutiva hasta en tres ocasiones, se le excluirá definitivamente del patrocinio del acusado, quien deberá nombrar otro en el término de cuarenta y ocho horas, bajo apercibimiento de nombrarse a uno de oficio, todo ello sin perjuicio de la sanción a que hubiere lugar para el defensor inasistente.

El tercer ámbito disciplinario está vinculado al derecho de autodefensa del imputado, a su derecho a la última palabra, tras la culminación del debate oral. Señala la norma (literal 'c', inc. 9, art. 12° D. Leg. 922) que su exposición estará limitada al tiempo concedido –que debe ser razonable en función a la entidad y complejidad de la causa–; que si no cumple con esas disposiciones, se le requerirá y, en caso de insistencia, se dará por terminada su exposición, al punto que si adopta una actitud agresiva o renuente a la

orden judicial, se le puede expulsar de la Sala de Audiencia y hasta leer la sentencia sin su presencia. Sin embargo, en este último caso, se deberá contar obligatoriamente con la asistencia de su defensor o el de oficio, sin perjuicio de que la sentencia se notifique con arreglo al art. 157° y ss. del CPC, esto es, bajo el sistema de notificación por cédula, siendo obvio por este mandato adicional, que busca dotar de mayor seguridad jurídica al conocimiento del fallo, que el plazo para recurrir corre luego de esa notificación (*vid.* art. 147°, primer párrafo, CPC) y no desde el momento de la lectura del fallo.

3. El examen especial de testigos, siguiendo el modelo germano (§ 247° StPO), es la última especialidad procedimental que puede llevarse a cabo en el curso del juicio oral, y que supone supuestos de *ausencia temporal del acusado*. La Sala puede disponer que el interrogatorio de un acusado o de un testigo se realice desalojando al acusado de la Sala de Audiencia, siempre que sea de prever que el examinado no dirá la verdad en su presencia o que exista peligro grave para su salud; o, cuando se trate de menores de edad, y se tema un perjuicio relevante para él, al declarar en presencia del acusado. En este caso, acordada la exclusión mediante decisión fundamentada con indicación expresa del motivo de exclusión, dado que se limita un derecho del imputado, luego de realizado el interrogatorio –que no permitirá la realización de otro tipo de diligencias ni requerimientos–, se instruirá al acusado sobre el contenido esencial de lo dicho y discutido en su ausencia.

E. La consulta obligatoria

El Decreto Legislativo N° 923, de fortalecimiento organizacional y funcional de la Procuraduría Pública Especializada para Delitos de Terrorismo, en su art. 6° instituye la consulta de toda resolución que ponga fin a la instancia (sentencia, sobreseimiento, auto que resuelva una excepción –salvo, como es obvio, la excepción de naturaleza de juicio–) y sea desfavorable al Estado (*vid.* arts. 4°.6 y 6°). Es de precisar que la consulta, tal como ha sido concebida, no reproduce lo que en su día estableció el art. 22° del Decreto Ley N° 17537, pues no es un "recurso de oficio", contradictorio en sus propios términos.

La consulta es un instituto procesal, considerado un medio de impugnación pero no un recurso, el cual –como ya se anotó– pertenece al ámbito dispositivo de las partes y delimita la competencia del Tribunal de alzada. La consulta, a diferencia del recurso, es un modo directo por el cual un órgano jurisdiccional eleva una causa ante un Tribunal Superior para recabar el examen y aprobación de su decisión[127], en cuya virtud el

---

(127) ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto y LEVENE, Ricardo (h): *Derecho procesal penal*, Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1945, T. III, pp. 313-315.

Tribunal de alzada, luego de los trámites de rigor, que son los mismos que los del procedimiento recursal, tiene potestad para revisar íntegramente la decisión en el extremo consultado.

El art. 409° del CPC establece: 1) que la consulta obliga al órgano judicial a elevar de oficio al Tribunal Superior; 2) que la elevación es de responsabilidad del secretario, quien debe hacerlo en el plazo de cinco días; 3) que durante la tramitación de la consulta los efectos de la resolución quedan suspendidos; 4) que la resolución definitiva se expedirá dentro de los cinco días siguientes a la vista de la causa, y no procede informe oral. Lo que dispone el D. Leg. 923 es que el Procurador Público debe expresar agravios dos días antes de la vista de la causa, y de no hacerlo la Sala declarará sin efecto la consulta y firme la resolución que la originó.

Ahora bien, la necesidad de una expresión de agravios, bajo apercibimiento de decaimiento de la consulta, determina que las potestades del Tribunal revisor se circunscriben al agravio hecho valer por el Procurador, lo que de por sí introduce una limitación a la consulta, pues por su configuración es amplia y entrega al Superior Tribunal poderes de revisión integrales. De otro lado, la negativa del trámite de informe oral, en abstracto, no necesariamente puede verse como una limitación irrazonable del derecho de defensa, toda vez que pueden hacerlo valer por escrito (de hecho el CPC incorpora límites a su ejercicio y, asimismo, la LOPJ), aunque si se tienen en consideración los intereses en juego y tratándose de decisiones definitivas que ponen fin a la instancia, podría entenderse que tal limitación es desproporcionada y, por tanto, que podría afectar ese derecho, más aún si se han establecido plazos muy estrechos para las alegaciones y un sistema de comunicaciones (notificaciones) harto cuestionable.

F. La participación procesal del Procurador Público

El Decreto Legislativo N° 923 no sólo configuró una Procuraduría Pública Especializada para delitos de Terrorismo y fortaleció su estructura interna y funcional, sino que en comparación con el papel que cumple la parte civil en un proceso penal ha visto incrementada sustancialmente sus facultades de participación procesal, con lo que progresivamente su intervención más se asemeja a la figura latinoamericana del *querellante adhesivo* y, por ende, se aleja de la concepción, muy restrictiva por cierto, del *actor o parte civil*, aunque formalmente se le sigue denominando "parte civil" (*vid.* art. 5°, D. Leg. 923). Se entiende que en los delitos de terrorismo[128] el sujeto

---

[128] Una Ejecutoria Suprema interesante en la materia es la de fecha 9 de julio de 1999, recaída en el Exp. N° 1954-99, Lima, que puede "simplificar" el procedimiento a los efectos de la debida tipificación de los hechos, no incorporando figuras concurrentes

pasivo es el Estado[129] y, por tanto, de conformidad con el Decreto Ley N° 17537, Ley del Consejo de Defensa Judicial del Estado, el Procurador tiene su representación plena y ejercita su defensa (*vid.* arts. 1° y 2°). Sobre esa base, se crea una obligación específica al Poder Judicial: los jueces deben notificar las resoluciones y actuaciones judiciales al Procurador Público (*vid.* Tercera Disposición Complementaria).

Las facultades que se han entregado a la Procuraduría permiten dotarla de unos poderes de intervención intensos y extensos. Así:

En *primer lugar*, tiene legitimación para participar en las investigaciones preliminares y complementarias realizadas por el Fiscal o la Policía Nacional, lo que importa ofrecer actos de investigación, intervenir en las diligencias pertinentes: testimoniales, enterarse de su contenido y, esencialmente, ser notificado de aquellas que van a realizarse.

En *segundo lugar*, independientemente que sea denunciante o no, ante una decisión de no promoción de la acción penal por el Ministerio Público, que debe notificársele, puede interponer recurso de queja y, a la vez, intervenir en el procedimiento recursal ante el Fiscal Superior.

En *tercer lugar*, puede recurrir de todas las resoluciones judiciales que la ley le faculta y, de modo amplísimo, puede solicitar se dicten toda clase de medidas coercitivas, recurrir de su denegatoria, así como impugnar las decisiones contracautelares, señaladamente las de excarcelación –con lo que expresamente se supera la discusión referente a si la parte civil puede promover incidentes o impugnaciones en los ámbitos de las coerciones que no afecten *directamente* la reparación civil–.

En *cuarto lugar*, está autorizado a denunciar la comisión del delito de terrorismo, sin necesidad de resolución autoritativa previa, con conocimiento del Ministro del Interior y de la Presidencia del Consejo de Defensa Judicial del Estado.

---

como homicidio, lesiones, robo, extorsión, daños, secuestro y otras. En efecto, dice el Tribunal Supremo que "*el delito de terrorismo es una figura típica pluriofensiva que se caracteriza por lesionar distintos bienes jurídicos tales como la vida, la integridad física, la libertad, el patrimonio y otros, lesiones en las que concurre una sola finalidad: la de alterar gravemente la tranquilidad pública; esto es, que no basta atentar contra los bienes jurídicos antes señalados, sino que* la lesión no configura delitos autónomos, *precisamente por la tendencia interna intensificada que caracteriza al delito de* terrorismo..." (CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner y VALLADOLID ZETA, Víctor, *Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima, 2002, pp. 242-247).

(129) Ej. Sup. de 18 de febrero de 1999, Exp. N° 4137-98, Lima (RABANAL PALACIOS, William y GONZÁLES GONZÁLEZ, Manuel: *Código de Procedimientos Penales*, Grijley, Lima, 2000, pp. 60-61).

En *quinto lugar*, desde una perspectiva de funcionamiento interno, el Procurador Público puede delegar, en todo o en parte, sus facultades a los denominados "abogados auxiliares".

En *sexto lugar*, en tanto autoridad pública, puede dirigirse a los demás órganos del Estado, solicitando información o documentación requerida para la defensa del Estado en delitos de terrorismo, los cuales están obligados a darle respuesta y remitirle la documentación solicitada.

En *séptimo lugar*, la constitución en parte civil no requiere de una petición expresa, basta la simple personación con su primer escrito ante el órgano jurisdiccional, lo que por cierto no inhibe al juez de dictar la resolución correspondiente, que es la que finalmente habilita al Procurador a intervenir procesalmente en la causa.

En *octavo lugar*, y ya fuera del ámbito del proceso penal, tiene legitimación para defender al Estado en las acciones de garantía interpuestas como consecuencia de las investigaciones preliminares policiales por delito de terrorismo. Se entiende, en este último punto, que en los procesos constitucionales cuyo objeto es el cuestionamiento de resoluciones judiciales, el Procurador que intervendrá será el encargado de los asuntos del Poder Judicial; y si se trata de una investigación preliminar directamente realizada por el Fiscal Provincial, el Procurador que intervendrá será el encargado de los asuntos del Ministerio Público.

VII. EL PROCEDIMIENTO CONTRA REOS AUSENTES

1. ASPECTOS GENERALES

La Constitución, como se sabe, en su art. 139°.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 N° 125, de 12 de junio de 1981, ratificado por la Ley N° 26441, 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[130].

Sin embargo, la legislación ordinaria y el derecho comparado incorporan una diferencia según sea el motivo de la incomparecencia. Si el imputado

---

[130] 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.

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 concurren 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[131], sin que ello signifique vulnerar la Constitución al reinterpretarse en un sentido técnico el 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[132]; 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 sólo se nombra un abogado defensor[133].

La Corte Suprema, en un conjunto 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[134]; así lo estipulan los arts. 210° y 321° del Código de 1940, modificados por el Decreto Legislativo N° 125 y la Ley N° 13695. 2. Que la ausencia del defensor del ausente o contumaz en el primer juicio acarrea la nulidad del fallo[135]. 3. Que en el primer juicio debe preguntarse

---

(131) DEL VALLE RANDICH, Luis: *Procedimientos especiales*, Editorial Jurídica, Lima, 1963, p. 253.

(132) Ejecutoria Suprema publicada en *El Peruano*, Lima, 5 de marzo de 1973.

(133) Ejecutoria Suprema de 14 de octubre de 1985, Exp. N° 2722-85, Junín (*Anales Judiciales*, T. LXXIII, Lima, 1985, pp. 286-288).

(134) Ejecutoria Suprema publicada en *El Peruano*, Lima, 22 de noviembre de 1975.

(135) Ejecutoria Suprema publicada en *Revista del Foro*, 1933, Lima, p. 119.

a los abogados de los acusados ausentes o contumaces si interponen o no recurso de nulidad[136], quienes asimismo están obligados a hacer la defensa correspondiente[137] y a presentar conclusiones escritas[138]. 4. Que la sentencia en que se hubiera omitido proponer y votar las cuestiones de hecho referentes a los acusados ausentes es nula[139].

Por otro lado, en dos decisiones ha fijado cuándo es del caso reservar la causa 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[140]. 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 [141].

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. 320° del Código de 1940 y corresponde a los procedimientos simples. La segunda modalidad, dedicada a los procedimientos complejos, está regulada en el numeral siguiente.

En el *primer supuesto,* está reservado a los procesos con un solo acusado, ausente o contumaz. El art. 320° 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. 241°) o de suspensión (arts. 268° y 270°) la ausencia o enfermedad de un testigo o perito.

---

(136) Ejecutoria Suprema publicada en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1976, Lima, p. 323.

(137) Ejecutoria Suprema de 12 de agosto de 1943 (*Revista de los Tribunales*, N° 553, Lima, 1953, p. 149).

(138) Ejecutoria Suprema de 6 de abril de 1963 (*Anales Judiciales*, T. LVIII, 1963, Lima, p. 261).

(139) Ejecutoria Suprema publicada en *Anales Judiciales*, 1922, Lima, p. 21.

(140) Ejecutoria Suprema de 26 de mayo de 1981, Exp. N° 1815-80, Cusco (*El Magistrado*, Año I, Lima, 1981, pp. 174-176).

(141) Ejecutoria Suprema de 17 de enero de 1997, Exp. N° 3981-95-B, Lima (GÓMEZ MENDOZA: *Jurisprudencia penal*, cit., T. III, pp. 163-164).

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[142], puesto que la instructiva 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 [143] 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[144]. 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. 321° 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.

---

(142) Exp. N° 243-92-B, Ayacucho (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 337-338).

(143) La Corte Suprema ha estipulado que los parientes del acusado ausente o contumaz están facultados para nombrar abogado defensor de dicho acusado, porque el derecho de defensa es irrestricto (*El Peruano*, 22 de octubre de 1975). De igual manera tiene determinado que si el acusado ausente ha designado a su defensor, no procede el nombramiento de defensor de oficio, porque el derecho de defensa se funda en la libertad del procesado para nombrar su defensor. De allí que sólo en defecto de esa designación se prevé la defensa de oficio (*El Peruano*, 22 de octubre de 1975).

(144) La Corte Suprema ha precisado sobre el particular que se afecta el derecho de defensa del ausente si se omite nombrarle abogado defensor, razón por la cual no se realizó el alegato oral en su favor ni se recabaron las conclusiones escritas (Exp. N° 437-99, Loreto, 5 de abril de 1999 [*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2001, p. 248]). Asimismo, se vulnera la defensa en juicio cuando pese a designarse un abogado defensor, para el ausente, éste no formuló los alegatos orales correspondientes ni presentó sus conclusiones escritas (Exp. N° 65-99, Huánuco, 10 de mayo de 1999, y N° 2105-95-B, Lima, 28 de noviembre de 1996 [*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., pp. 248-249]). Por otro lado, el Supremo Tribunal justificando la absolución de un ausente que obviamente no ha concurrido al acto oral, precisó que el art. 139°.10 de la Constitución establece que nadie puede ser condenado en ausencia, y que si de la actividad probatoria desplegada durante el proceso no se desprenden elementos de valoración suficientes que permitan revertir la inicial presunción de inocencia que ampara a todo procesado, inclusive el ausente, corresponde su absolución (Exp. N° 964-99, Piura, 15 de octubre de 1999 [*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 250]).

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(145). 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. 320°– 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 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"(146). 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.

Recientemente la Corte Suprema ha vuelto a insistir en la vigencia del art. 321° del Código de 1940, sosteniendo su naturaleza especial y censurando a los magistrados de la Sala Penal Superior que insistieron en examinar a quienes anteriormente fueron condenados en esa causa. Más relevante es, por cierto, el voto singular que introduce en su razonamiento la vigencia

(145) *Anales Judiciales*, T. LXIII, 1968, Lima, p. 154.

(146) Citado por GUZMÁN FERRER, Fernando: *Código de Procedimientos Penales*, Cultural Cuzco, Lima, 1982, p. 643.

del derecho fundamental de defensa y declara la contradicción del citado artículo con la Constitución, pues la vulnera "el hecho de no admitirse la actuación de algunas pruebas que se debe entender que es para el mejor esclarecimiento de los hechos y para que los señores magistrados lleguen a la verdad real cuyo fin sea expedir una sentencia justa con la debida apreciación de las pruebas (...)"[147].

El segundo párrafo del citado art. 321°, introducido por la Ley N° 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[148].

La Comisión Ejecutiva del Poder Judicial por Resolución Administrativa N° 587–97–CME–PJ, de 27 de noviembre de 1997, estableció que en los casos en que existan 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. 321° 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[149].

---

[147] Ejecutorias Supremas de 8 de enero de 2002, Exp. N° 4187-2001, Ica, y N° 4585-2001, Ucayali (*Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 13, Trujillo, marzo 2002, pp. 59-62; y *Normas Legales*, T. 312, mayo, Trujillo, 2002, pp. A35-A36, respectivamente).

[148] Ejecutoria Suprema de 17 de febrero de 1992, Exp. N° 949-91, Callao (*Normas Legales*, T. 218, julio, Trujillo, 1994, pp. J16-J17).

[149] Ejecutoria Suprema de 11 de agosto de 1983, Exp. N° 378-82, Junín (*El Magistrado*, Año III, N° 1, Lima, 1983, pp. 408-410).

El art. 321° 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. 322° 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.

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 comunes del procedimiento por colaboración eficaz. 3. El Decreto Legislativo Nº 815. 4. El Decreto Legislativo Nº 824. 5. El procedimiento transaccional de justicia penal negociada.

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*, radicada 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. 124°, primer párrafo; b) delitos de injuria, calumnia y difamación, art. 138°; y, c) delitos de violación de la intimidad, art. 158°.

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. 138° *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[150], tal como lo preceptúa el art. 209° 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[151].

---

[150] *Revista de los Tribunales*, 1941, Lima, p. 131.

[151] MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José: *El proceso por delito privado*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1996, pp. 41 y 43.

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. 78°.3 del Código Penal, modificado por la Ley N° 26770, de 15 de abril de 1997.

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"[152].

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 N° 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. 192°.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 N° 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[153].

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*[154]. Si el ofendido no tiene capacidad

---

[152] Ejecutorias Supremas publicadas en *Anales Judiciales*, 1908, Lima, pp. 5 y 155; y *Anales Judiciales*, 1935, Lima, p. 20.

[153] Ejecutoria Suprema de 26 de diciembre de 1997, Exp. N° 4018-97, Ancash.

[154] Almagro Nosete / Tomé Paule: *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, cit., p. 481. En igual sentido se pronuncia la Corte Suprema en la Ejecutoria de 8 de noviembre de 1999, cuando dice: "Constituye auténtico presupuesto procesal de perse-

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. 302° 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.

La Corte Suprema tiene establecido, correctamente, que en estos procedimientos no es necesario que el querellante se constituya en parte civil "...toda vez que su decisión de instaurar la acción penal constituye una demostración de su interés por las resultas del proceso y por ende del ejercicio de un derecho"[155]; asimismo, ha precisado que en estos delitos se confiere a la víctima la titularidad del ejercicio de la acción penal y las posibilidades que lo haga plenamente[156].

Interpuesta la querella, la jurisprudencia suprema ha establecido que el Juez Penal no puede aplicar el art. 77° del Código y, por ende, denegar la apertura de instrucción[157]. 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. Una posición distinta, mucho más coherente, tiene la citada Ejecutoria suprema de 8 de noviembre de 1999, pues anota que interpuesta la querella "...corresponde al juez advertir si la querella cumple con los presupuestos procesales y de tipicidad del hecho imputado, pues de no hacerlo se estaría admitiendo a trámite denuncias sin ninguna base razonable; que, para ello, dada la naturaleza privada de la acción penal (querrá decir del delito, pues la acción es de derecho público) debe observar de manera supletoria las disposiciones contenidas en el Código procesal civil..."[158].

---

guibilidad, que el proceso sólo pueda incoarse mediante querella del ofendido, a través de la cual el quellerante pone en conocimiento del juez la noticia de la comisión de un delito privado y además expresa su voluntad de perseguirlo" (Exp. N° 1647-9, Lima [*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 3, Lima, 2002, pp. 550-551]).

(155) Ejecutoria Suprema de 14 de setiembre de 1993, Exp. N° 2134-92, Arequipa (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal [1996-1998]*, cit., T. II, p. 605).

(156) Ejecutoria Suprema de 11 de noviembre de 1998, Exp. N° 1056-98 (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., pp. 247).

(157) Ejecutoria Suprema publicada en *El Peruano*, Lima, 18 de diciembre de 1944.

(158) Exp. N° 1647-99, Lima (*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 3, Lima, 2002, p. 551).

C. El comparendo

El art. 303° 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. 426° *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. 304°. El acto de notificación por el actuario –no por la Policía Judicial– está sujeto a formalidades muy exigentes, al punto de requerir de ser posible la recepción de la cédula por el propio emplazado (art. 305°).

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. 376° del Código Procesal Modelo para Iberoamérica y 425° 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. 112° del Proyecto de Código de 1995).

El *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. 307°). 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. 2° de la Ley N° 10794)[159]. Ello significa, además, que el juicio o comparendo no puede suspenderse por inasistencia de los testigos o peritos sólo cuando no asiste 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. 306°), 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[160]. Si se produce la conciliación, cesa el procedimiento al extinguirse la acción penal. El art. 1° de la Ley N° 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. 308° 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[161]; 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. 155° 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

---

(159) El Tribunal Constitucional tiene declarado que el apercibimiento de detención solo se ejecutará o se hará efectivo cuando notificado por segunda vez el querellado no concurre a la diligencia; hacerlo antes vulnera el derecho a la libertad individual (STC, Exp. N° 1643-2002-HC/TC, Asunto "Ángel Barrionuevo Abarca", de 6 de agosto de 2002 [PIZARRO GUERRERO, Miguel: *Jurisprudencia Constitucional de Hábeas Corpus*, Grijley, Lima, 2003, pp. 95-96]).

(160) Ejecutoria Suprema publicada en *Revista de los Tribunales*, Lima, 1937, p. 310.

(161) Ejecutoria Suprema de 25 de junio de 1942 (RONCALLA VALDIVIA, Lino: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, Sesator, Lima, 1984, pp. 123-124).

siendo legal que se programen actos de prueba al margen del mismo[162]. Además, como regla general, aunque no absoluta, de valoración probatoria, la Corte Suprema ha declarado que la prueba testimonial actuada, que fuera impugnada, por su cercano parentesco al querellante, no es suficiente para imponer una sentencia condenatoria[163].

De todo lo actuado en el comparendo, reza el art. 308°, 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. 291°: 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 comparendo y se resuelven con la sentencia. No se tramitan como incidentes en cuaderno aparte[164].

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 dicha Sala, no procede recurso de nulidad[165]. La Ley N° 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[166]. La Corte Suprema ha señalado que la citada Ley N° 26353 debe interpretarse en el sentido que en el procedimiento por delitos privados los jueces penales emiten sentencias y que con el pronunciamiento de la Sala Penal Superior culmina la causa, no correspondiendo conocer de ella a la Corte Suprema como si sucede con los procedimientos por delitos cometidos a través de la prensa[167].

---

(162) Ejecutoria Suprema de 3 de setiembre de 1997, Exp. N° 3857-97, Arequipa (*Normas Legales*, T. 258, noviembre, Trujillo, 1997, pp. A26-A28).

(163) Ejecutoria Suprema de 8 de julio de 1996, Exp. N° 90-96, Callao (*Normas Legales*, T. 257, octubre, Trujillo, 1997, p. A49).

(164) Ejecutorias Supremas publicadas en la *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1963, p. 377; 1945, p. 365; y 1973, p. 1380.

(165) Así lo ha establecido el Supremo Tribunal por Ejecutoria Suprema publicada en la *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1971, Lima, p. 1024.

(166) Ejecutoria Suprema de 18 de diciembre de 1996, Exp. N° 4639-95-B, Huánuco (GÓMEZ MENDOZA: *Jurisprudencia penal*, cit., T. III, p. 59).

(167) Ejecutoria Suprema de 18 de abril de 2002, Exp. N° 3035-2001, Ucayali (*Normas Legales*, T. 313, junio, Trujillo, 2003, p. A35).

El art. 3° de la Ley N° 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 N° 21773 redujo a seis meses el plazo para el abandono de la primera instancia y que el Código Procesal Civil vigente (art. 346°) 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. 139°.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 se refieren a derechos fundamentales. El art. 215° 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. 218° es expreso al imponer la privacidad tratándose de delitos sexuales.

Por ello, es del caso aplicar directamente el art. 14°.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. N° 1194–88. Lima[168]. 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 públicos, 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

---

[168] *Jurisprudencia Penal, 1984-1992*, cit., p. 106.

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. 314° del Código, modificado por el art. 2° del Decreto Ley N° 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. 303° y siguientes del Código de 1940, el procedimiento es nulo[169].

En este caso, en tanto se trata de un delito privado por imperio del art. 138° 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. El Acuerdo Plenario N° 6-99, de 20 de noviembre de 1999, en el segundo considerando establece que en los procedimientos de sumaria investigación es de aplicación el art. 185.1 de la LOPJ, que faculta a los jueces a promover la conciliación en las causas que conocen, por lo que pese a que son procedimientos sujetos a impulso oficial y vista la naturaleza de las pretensiones introducidas, es posible que pueda citarse a una audiencia de conciliación[170]. Durante el plazo de 8 días el juez 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)[171]. A su vencimiento, debe emitir sentencia en audiencia pública en el plazo de cinco días[172]. Una limitación a

---

[169] Ejecutorias supremas de 10 de octubre de 1997, Exp. N° 4485-96, San Martín; de 9 de febrero de 1989, Exp. N° 497-88, Lima (*Anales Judiciales*, T. LXXVII, Lima, 1989, pp. 272-273).

[170] *Plenos Jurisdiccionales*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2002, pp. 264-266.

[171] El citado Acuerdo Plenario N° 6-99, de 20 de noviembre de 1999, en el quinto considerando precisa que no es posible dictar en estos procedimientos la medida de prisión preventiva, y a lo más cabe dictar la medida de conducción compulsiva en caso de inconcurrencia. Asimismo, es procedente declarar al imputado reo ausente o contumaz y emitir, en consecuencia, una requisitoria cuya única finalidad será aseguratoria (*Plenos Jurisdiccionales*, cit., pp. 264-266).

[172] Ejecutoria Superior de Lima de 17 de marzo de 1988. Exp. N° 551-87 (Corte Superior de Justicia de Lima, *Jurisprudencia Penal. Procesos Sumarios*, Cultural Cuzco, Lima, 1990, T. III, p. 395-396).

la necesidad de audiencia pública es la recogida por la Corte Suprema en la Ejecutoria de 9 de febrero de 1989, en la que justificó que la sentencia, por enfermedad del encausado, se lea en su domicilio[173]; limitación censurable porque no se trata de un acto instructorio o de prueba, sino de una diligencia que requiere el acceso del público. 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[174] 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[175]. La Sala Penal, para absolver el grado, requiere de la previa vista al Fiscal Supremo (art. 83°.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. 315° 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. 315° (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. 314°, 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 Fiscal. 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 forzosa-

---

(173) Exp. N° 497-98, Lima (RETAMOZO, Alberto y PONCE, Ana María: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Idemsa, Lima, 1994, pp. 132-133).

(174) Según el Acuerdo Plenario N° 6-99, de 20 de noviembre de 1999, en el tercer considerando precisa que todas las sentencias sin importar su contenido absolutorio o condenatorio, por imperio del art. 139°.4 de la Constitución, deben leerse en audiencia pública (*Plenos Jurisdiccionales*, cit., pp. 264-266).

(175) Ejecutoria Suprema de 7 de diciembre de 1992, Exp. N° 1155-91-B, Arequipa (*Normas Legales*, T. 227, abril, Trujillo, 1995, p. J43).

mente 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. 317°, 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. 314°, lo que generó fundadas preocupaciones en orden a la libertad de expresión y principio de legalidad. Felizmente, la Ley N° 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. 314° 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. 303° 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. 376° 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 completa, 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. 382° *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. 78°.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. 380° *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 N° 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[176]. En el Perú, su incorporación ha tomado como fuente los arts. 444° al 448° del Código de Procedimiento Penal italiano de 1988 *"applicazione della pena su richiesta delle parti"* y, en segundo orden, el art. 37° del Código de Procedimiento Penal colombiano, respetándose su redacción original, que luego fue modificada por la Ley N° 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 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[177]. El

---

(176) BARONA VILAR, Silvia: *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 113.

(177) Citado por RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás: *La justicia penal negociada*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, p. 135.

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[178].

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[179], 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[180].

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[181].

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[182].

---

[178] BARONA VILAR: *La conformidad en el proceso penal*, cit., p. 131.

[179] BUTRÓN BALIÑA, Pedro: *La conformidad del acusado en el proceso penal*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998, p. 150.

[180] Citado por RODRÍGUEZ GARCÍA: *La justicia penal negociada*, cit., p. 133.

[181] Citado por RODRÍGUEZ GARCÍA: *La justicia penal negociada*, cit., p. 137.

[182] Citado por RODRÍGUEZ GARCÍA: *La justicia penal negociada*, cit., p. 138.

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 N° 313 de 2 de julio de 1990, N° 251 de 6 de junio de 1991 y N° 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.

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 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. 296°, 298°, 300°, 301° y 302° del Código Penal; y, b) la totalidad de los delitos aduaneros, regulados en la Ley N° 28008, de 19 de junio de 2003. La Fiscalía de la Nación reguló el comportamiento procesal de los fiscales en dicho procedimiento a través de la Circular N° 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 en 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 N° 26320 se precisa que el límite máximo para presentar la solicitud es la culminación de la etapa de instrucción. En cambio, en la Ley N° 28008 se señala como límite extremo al momento anterior a la formulación de la acusación fiscal (art. 20°.a), 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 pronunciamiento 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 deben tener presentes 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 N° 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, como 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 recogen los aspectos importantes de lo ocurrido en dicho acto. Los términos del acuerdo se transcriben textualmente. 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. 46° 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. 139°.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[183].

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. 93° 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

---

[183] BUTRÓN BALIÑA: *La conformidad del acusado en el proceso penal*, cit., pp. 151-152.

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.

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[184].

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[185]. 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.

---

[184] BARONA VILAR: *La conformidad en el proceso penal*, cit., pp. 137-138.

[185] 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[186]. 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[187], 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[188].

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 referidas.

D. Beneficios especiales

El reconocimiento de beneficios especiales tiene tratamiento diferente en las dos leyes que han incorporado este procedimiento.

D.1. Ley N° 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 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

---

(186) RODRÍGUEZ GARCÍA: *La justicia penal negociada*, cit., pp. 192-193.

(187) BUTRÓN BALIÑA: *La conformidad del acusado en el proceso penal*, cit., p. 153.

(188) BARONA VILAR: *La conformidad en el proceso penal*, cit., p. 139.

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 *ultra petita*.

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 28008

El beneficio es el de aplicación del mínimo legal de la pena del respectivo delito aduanero, sea ésta privativa de libertad o multa, como penas principales o conjuntas, sin perjuicio de considerar la accesoria de inhabilitación cuando corresponda. La Ley instituye llanamente un sistema de reducción tasado, sin interesar la magnitud o entidad del injusto ni la culpabilidad por el hecho. Por ello, no está permitido un ámbito de negociación acerca de la pena: es el mínimo previsto en la ley, lo que sin duda le resta atractivo ni induce estructuralmente a la aceptación de cargos.

Por otro lado, este procedimiento reconoce una exigencia adicional: se debe pagar una suma equivalente a dos veces el valor de las mercaderías objeto del delito, sin perjuicio del pago de los tributos dejados de pagar, y de los derechos *antidumping* o compensatorios cuando correspondan, y del decomiso de la mercadería e instrumentos materia del delito (obviamente, se incluyen las ganancias delictivas). En estos casos, la expedición de la sentencia, luego del acuerdo, dependerá de la oportunidad en que el imputado haga la consignación. No se permite otra alternativa a la consignación; las garantías, reales o personales, no son de recibo. El tesoro público debe recibir una suma líquida determinada, y no bienes o garantías que exigirían un procedimiento de ejecución forzosa y cobro.

El beneficio por confesión sincera (*vid.* art. 136° CPP), aun cuando la ley no lo mencione expresamente, es aplicable a este procedimiento porque se trata de una atenuación especial vinculada a la propia confesión y no al sometimiento a un mecanismo consensual.

E. Aspectos específicos de la Ley Nº 28008

La regulación del procedimiento de terminación anticipada en los delitos aduaneros presenta dos problemas puntuales: (1) en la audiencia especial y privada el imputado puede aceptar los cargos, en todo o en parte,

o rechazarlos; y, (2) no se incluye la regla de la unidad del proceso ni las excepciones incluidas en la Ley N° 26320.

En cuanto al primer punto, cabe enfatizar que la *sentencia consensuada*, por su propia naturaleza, implica que el imputado acepte íntegramente los cargos materia del auto de apertura de instrucción; no es posible que un hecho o extremos relevantes de un hecho que determinan o delimitan la tipicidad se excluyan o se aparten en el curso del procedimiento de terminación anticipada. La aceptación de los cargos es, pues, total, de lo contrario debe disponerse el archivo del procedimiento.

En lo atinente al segundo punto, la ley no autoriza expresamente la ruptura de la unidad del proceso. En tanto la continencia de la causa constituye una regla o principio general del proceso, que al decir de DE LA OLIVA, exige que sólo un complejo histórico determinado sea objeto de investigación y enjuiciamiento en un solo proceso: *quot causae, tod processus*[189], al no existir disposición en contrario, la terminación anticipada en procesos complejos debe comprender a todos los imputados, con las excepciones, aplicables por razones de supletoriedad, previstas en la Ley N° 26320.

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.

---

(189) DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *La conexión en el proceso penal*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1972, pp. 29-30. El modelo colombiano, como aclara Gilberto MARTÍNEZ RAVE (*Procedimiento penal colombiano*, Temis, Bogotá, 1994, p. 303), permite la ruptura de la unidad del proceso, autorizando expresamente al juez a proferir sentencia anticipada respecto de un imputado y ordenar continuar el trámite contradictorio respecto de los demás imputados o por delitos no incluidos en la aceptación, pero como se anotó inicialmente esa fórmula –que incluye una regulación específica de su configuración– no fue aceptada por el legislador nacional.

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 N° 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 personales, 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. 330° 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[190].

El inc. 6 del art. 2° de la Ley N° 26320 tiene como regla que los acuerdos deben comprender todos los cargos y delitos y a todos los imputados.

---

[190] RODRÍGUEZ GARCÍA: *La justicia penal negociada*, cit., p. 173.

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.

La Ley de los 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[191].

---

[191] Peña Cabrera, Raúl: *Terminación anticipada del proceso y colaboración eficaz*, Grijley, Lima, 1995, p. 163.

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, por otro lado, para ayudar a la autoridad a buscar pruebas, permitiendo en última instancia una eficaz prevención y adecuada represión del delito[192]. 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 información tiene una finalidad de identificación de personas o de secuestro de cosas; y, e) se favorecerá con una reducción o eximición de pena[193].

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[194].

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

---

[192] PEÑA CABRERA: *Terminación anticipada del proceso y colaboración eficaz*, cit., pp. 184-185.

[193] EDWARDS, Carlos Enrique: *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 31.

[194] SINTURA VARELA, Francisco José: *Reformas al Procedimiento penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1994, p. 36.

de la legislación surgida con las anteriores leyes antiterroristas– a partir del Decreto Ley N° 25499, de 16 de mayo de 1992, y de la Ley N° 26220, de 19 de agosto de 1993, así como del Decreto Supremo N° 015-93-JUS, de 8 de mayo de 1993, y de las Directivas N° 001-93-JUS-CE, de 8 de julio de 1993, y N° 002-93-JUS-CE, de 3 de agosto de 1993. La citada legislación fue cancelada a partir de 1° de noviembre de 1994, de acuerdo a la Ley N° 26345, de 30 de agosto de 1994.

Actualmente, están vigentes las siguientes normas que prevén procedimientos por colaboración eficaz: 1. Decreto Legislativo N° 815, de 20 de abril de 1996, para delitos tributarios. 2. Decreto Legislativo N° 824, de 24 de abril de 1996, para delitos de tráfico ilícito de drogas. 3. Ley N° 27378, de 21 de octubre de 2000, para: *a)* delitos perpetrados por una pluralidad de personas o por organizaciones criminales, siempre que en su realización se hayan utilizado recursos públicos o hayan intervenido funcionarios o servidores públicos; *b)* determinados delitos de peligro común y contra la administración pública; *c)* delitos agravados, siempre que se hayan perpetrado por una multiplicidad de personas o que el agente integre una organización criminal; y, *d)* finalmente para los delitos contra la Humanidad y contra el Estado y la Defensa Nacional. 4. Decreto Legislativo N° 925, de 20 de febrero de 2003, para delitos de terrorismo y conexos, de apología terrorista y de lavado de dinero en supuestos de terrorismo, que extiende el procedimiento establecido en la Ley N° 27378.

Es de aclarar que los Decretos Legislativos N° 901, de 31 de mayo de 1998, y N° 902, de 1 de junio de 1998, establecieron un modelo premial y un procedimiento por colaboración eficaz para los delitos de terrorismo agravado o especial y para los delitos agravados[195]. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 005-2001-AI/TC, de 17 de noviembre de 2001, declaró inconstitucional y, por ende, derogó el delito de terrorismo agravado o especial, instituido por el Decreto Legislativo N° 895, de 23 de mayo de 1998, y su norma modificatoria: la Ley N° 27235, de 20 de diciembre de 1999. Esa sentencia no comprendió a los denominados delitos agravados previstos en el Decreto Legislativo N° 896, de 24 de junio de 1998, luego modificado por la Ley N° 27472, de 5 de junio de 2001. Ha sido la Ley N° 27378, de 21 de octubre de 2000, la que abrogó ambos Decretos Legislativos, toda vez que comprendió dentro de sus disposiciones a los delitos agravados, siempre que en su comisión intervengan una pluralidad de personas o que

---

[195] SAN MARTÍN CASTRO, César: *Derecho procesal penal*, 1ª ed., Grijley, Lima, 1999, Vol. II, pp. 982-988.

el agente integre una organización criminal, precisamente el supuesto que subsistía en los Decretos Legislativos antes mencionados[196].

Es de acotar que el art. 1° del Decreto Legislativo N° 901 estableció que el beneficio premial procede contra los indicados delitos agravados a favor de las personas "...que brinden información oportuna y veraz que permita conocer detalles que conduzcan a la desarticulación y captura de una banda y asociación o agrupación criminal". Siendo así, como el art. 1°.2 de la Ley N° 27378 incluyó tales delitos, en tanto "...se cometan por una pluralidad de personas o que el agente integre una organización criminal", que incluso tiene más alcance que la ley anterior, es obvio que el modelo premial establecido por los Decretos Legislativos N° 901 y 902 ha sido abrogado por la nueva legislación.

El Proyecto de Código de 1995, inspirándose en el modelo colombiano de la Ley N° 81, de 2 de noviembre de 1993, optó por el mecanismo de *justicia penal negociada*, en el que el Ministerio Público tiene un papel fundamental y es el encargado de negociar con el imputado y su defensa –que tiene un papel activo–, y de celebrar en su caso el respectivo "Acuerdo de Colaboración", no sin antes realizar una investigación especial para comprobar la veracidad, eficacia y utilidad de la información proporcionada por el "colaborador"; acuerdo que luego es sometido al Juez para su aprobación, siempre bajo determinados requisitos y mediando una audiencia contradictoria. Este procedimiento es el que se ha impuesto en las dos últimas normas con rango de ley expedidas últimamente: Ley N° 27378 y Decreto Legislativo N° 925, y sin duda muy diferente al de las dos primeras normas antes citadas: Decretos Legislativos N° 815 y N° 824.

Es de tomar en cuenta, sin embargo, las serias advertencias que sobre este fenómeno de *"arrepentimiento procesal"* trazan Alessandro BARATTA y Michael SILBERNAGL[197]. 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 de-

---

[196] Parcialmente conforme: CARO CORIA, Carlos: *Código Penal. Legislación complementaria sistematizada*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, pp. 80-82, notas 38-41.

[197] BARATTA, Alessandro y SILBERNAGL, Michael: "La legislación de emergencia", en: *Doctrina Penal*, Año 8, N° 29 a 32, Buenos Aires, 1985, *passim*.

terminación 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 COMUNES DEL PROCEDIMIENTO POR COLABORACIÓN EFICAZ

Según SINTURA VARELA, son cinco los principios que deben informar este procedimiento especial: eficacia, proporcionalidad, condicionalidad, formalidad y oportunidad[198].

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 han 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 N° 114/1984, de 29 de noviembre, que la confesión obtenida mediante "ventajas materiales" (v. gr.: la reducción de la pena de

---

[198] SINTURA VARELA, Francisco José: *Concesión de beneficios por colaboración eficaz con la justicia*, Diké, Medellín, 1995, pp. 42-52.

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 [199].

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 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.

---

[199] 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. 440.

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 Legislativo N° 815

Esa norma, aunque más detallada, guarda muchas similitudes con el derogado Decreto Ley N° 25582[200]. Está circunscrita a los delitos tributarios sancionados por el Decreto Legislativo N° 813 (art. 1°). La oportunidad para "arrepentirse" será cuando se encuentra en trámite una investigación 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 derogado Decreto Ley N° 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 N° 815, *en primer lugar*, incorpora en la captura a los partícipes, que en una lectura técnica del derogado Decreto Ley N° 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

---

[200] *Vid.* San Martín Castro: *Derecho procesal penal*, cit., Vol. II, pp. 975-976.

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. 8°). 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. 10°), 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 por 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 semiplena.

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.

4. El Decreto Legislativo Nº 824

A. Aspectos generales

El Decreto Legislativo N° 824, denominado "Ley de lucha contra el tráfico ilícito de drogas", en su Título III denominado "Beneficios Procesales 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. N° 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. 296° del Código Penal), lavado de dinero (arts. 296°-A y 296°-B del Código Penal) y tráfico ilegal de armas (art. 279° 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. 19° *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 N° 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. 298°, 300°-302° del Código Penal, y que haya cumplido un tercio de pena privativa de libertad.

El art. 24° 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 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, semilibertad, 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 quién 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 órgano 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.

5. EL PROCEDIMIENTO TRANSACCIONAL DE JUSTICIA PENAL NEGOCIADA

A. Aspectos generales

La Ley N° 27378 y su disposición ampliatoria, el Decreto Ley N° 925, previó un cauce institucional para la aplicación de fórmulas transaccionales, en tanto estuviera de por medio una *delación*. No se trata, en verdad, de un modelo transaccional de aplicación general, tendente, cuando menos, a aliviar el crítico estado en que se encuentra la justicia penal peruana. A esa finalidad está orientada, bajo los ensayos que ha experimentado el Derecho procesal continental, en primer lugar, el principio de *oportunidad* –de inspiración germana– y, en segundo lugar, la *conformidad* –de influencia

española– del Código de 1991 y la *terminación anticipada del proceso* –de fuente italiana–[201].

El procedimiento en cuestión tendencialmente incardina el modelo transaccional en un ámbito muy concreto de la actividad delictiva, la *criminalidad organizada*, y sólo es utilizable en los casos de *delación*, es decir, cuando una persona responsable o sindicada de la comisión de delitos vinculados a esa organización decide voluntariamente ponerse a disposición de la autoridad penal y brindar información relevante a fin de que la justicia alcance su objetivo de desarticular la organización delictiva o golpearla severamente. El fin de la medida, por tanto, es la persecución eficaz de las organizaciones delictivas mediante la delación de sus miembros. Desde esa perspectiva es que el Fiscal, en tanto integrante de un órgano constitucionalmente autónomo del Estado encargado de la persecución penal, tiene a su cargo la consolidación de esa institución procesal, que la ley sujeta a un modulado control jurisdiccional, en el que el principio de legalidad y las exigencias continentales del derecho a la libertad de declaración y de presunción de inocencia juegan un papel singular[202]. Para el imputado, someterse a este procedimiento, previa admisión de cargos o su no contradicción expresa, constituye no sólo una vía para mejorar su situación procesal y evitar la imposición de sanciones penales por su conducta delictiva, sino también una vía o mecanismo alternativo al proceso penal contradictorio, al juicio oral propiamente dicho.

---

[201] AGUILERA MORALES, Marien: *El principio de consenso*, Cedecs, Barcelona, 1998, p. 24.

[202] El nivel e intensidad del control judicial sobre la actividad del Ministerio Público está en función de las exigencias que se considere derivan del denominado *"principio de legalidad procesal"*, aun cuando se reconozca que el Fiscal es el director de la investigación del delito desde su inicio. Una concepción muy fuerte de ese principio –muy propia del modelo italiano, en donde se entrega al Fiscal la investigación del delito– demandará, como enuncia José Antonio DÍAZ CABIALE (*Principio de aportación de parte y acusatorio: La imparcialidad del juez*, Comares, Granada, 1996, pp. 290-307), tanto una revisión integral de la actividad desplegada por el Ministerio Público, exigencia de exhaustividad de las diligencias de investigación del Fiscal y una revisión de todas sus decisiones en orden a la persecución penal, haciendo primar la decisión judicial, cuanto un papel activo del juez en la actividad probatoria, quien tiene conjuntamente con las partes la posibilidad de practicar actividad probatoria, esta vez de oficio, así como un sentido de la presunción de inocencia como carga material de la prueba, que es subsidiaria a la actuación probatoria de oficio del órgano jurisdiccional, con lo que su vigencia es mucho menor. Un modelo así, sin embargo, no es el que necesariamente recepta nuestra Constitución, que encarga al Fiscal –integrante de un órgano autónomo de Derecho Constitucional– la conducción de la investigación del delito, que no impone constitucionalmente –como el modelo italiano– el principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, y que acoge tendencialmente una concepción preventiva del Derecho Penal.

Es de precisar que el Derecho continental no es ajeno a la utilización de las vías premiales para el colaborador-arrepentido; es más, ha sido un instrumento frecuentemente utilizado en el marco de la legislación represora de la delincuencia asociativa o de naturaleza política. La exención o atenuación especial, dicen VALLE MUÑIZ y FERNÁNDEZ PALMA, (1) constituyen –si se quieren reconducir a categorías dogmáticas tradicionales– una figura intermedia entre el arrepentimiento y el desistimiento; (2) su fundamento se integra por dos consideraciones distintas: a la innegable orientación utilitarista de los preceptos, se adicionan motivaciones basadas en una "menor necesidad de pena, tanto desde la prevención general como especial"; y, (3) su utilización tiene en consideración la necesidad de vencer el mayor obstáculo en la lucha contra las modalidades delictivas organizadas, que dificultan su completa desarticulación, de ahí que se recurre a la *colaboración-delación* de quienes, precisamente por dedicarse a dichas actividades delictivas, pueden contribuir a su debilitamiento, aunque es de reconocer que tales mecanismos aún no han dado los frutos esperados[203]. Otro autor, como FARALDO CABANA, considera que se trata de una causa específica de atenuación (o de exención) de pena basada en el comportamiento posdelictivo del autor, cuyo fundamento es doble; por una parte, las evidentes razones de política criminal, que se resumen en facilitar la lucha contra las organizaciones criminales; por otra, la menor necesidad de prevención general y especial, al tratarse de un comportamiento positivo realizado voluntariamente por el sujeto[204].

La negociación entre la acusación y la defensa está en función exclusiva del beneficio premial. Descansa fundamentalmente en el nivel de importancia de la información que adelanta el colaborador y su defensor –lo que supone de parte de aquéllos el desarrollo de una actividad comisiva, de aportes y apoyo a la actividad del Fiscal–, la cual ulteriormente debe acreditarse (la información debe ser auténtica, completa y veraz) a partir de una investigación efectiva y adecuada conducida por el Ministerio Público[205]. De toda esa actividad preliminar depende, en consecuencia, que

---

[203] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; VALLE MUÑIZ, José Manuel; PRATS CANUT, Josep Miquel; TAMARIT SUMALLA, Josep María; y GARCÍA ALBERO, Ramón: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 1067.

[204] FARALDO CABANA, Patricia: *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 287-288.

[205] Exponen VALLE MUÑIZ y FERNÁNDEZ PALMA (en: QUINTERO OLIVARES *et al.*: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, ed. 1999, cit., p. 1071) que la colaboración del *arrepentido-colaborador* debe ser *objetivamente adecuada*, pero no

el Fiscal negocie la modalidad de alternativa premial que prevé la ley. Esta negociación –*plea bargaining* o *plea discussion*–, desde luego, tiene como presupuesto por parte del imputado el reconocimiento voluntario de los cargos (*guilty pleas*) o, por lo menos, su no cuestionamiento u oposición (*nolo contendere* o *I will not contest it*); admisión o no cuestionamiento que, para evitar autoinculpaciones forzadas, debe limitarse a los hechos que son objeto de imputación. Por todo ello es que la sentencia que el Juez debe emitir, en relación con el Acuerdo que se le presenta, está condicionada al estricto cumplimiento de la ley, pues se trata de beneficios regulados en función de aportes informativos acreditados realizados por el colaborador; se trata, en suma de una sentencia consensuada o convenida –*sentence bargaining*–, que incluye obligatoriamente dos compromisos fundamentales: el cumplimiento de la reparación civil y la colaboración sucesiva con la justicia –*bargain* reparatorio y *bargain* de información–[206].

Se cuestiona la voluntariedad de la aceptación de cargos por el imputado y de la propia negociación, pues se considera que aquél está en una posición de inferioridad frente al Fiscal, con las presiones que ejerce y las amenazas de solicitar una pena mayor si no se acepta la responsabilidad[207]. En principio, en el caso nacional del colaborador arrepentido, no se trata de forzarlo a admitir cargos, sino que él sobre la base de información relevante, que debe acreditarse, obtenga beneficios premiales; sólo se ofrece beneficios si es posible intercambiarlos por información valiosa. Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido (STEDH, Asunto "Deweer", de 27 de febrero de 1980) que las fórmulas de autocomposición de los conflictos pueden ser admisibles tanto en materia civil como penal, pero siempre que las mismas cumplan un requisito de naturaleza ineludible: la ausencia de amenaza por parte del actor. En consecuencia, no considera que intrínsecamente una negociación con el Fiscal importa una presión ilegítima que niegue su actuación libre y voluntaria. En ese caso, por lo demás, lo que se declaró contrario a la Convención fue el hecho

---

necesariamente supeditada al posterior resultado exitoso, que dependerá de factores externos e independientes al propio sujeto, tales como acierto policial en el desarrollo de la operación.

(206) Este *bargaining* de cooperación anota Óscar Julián GUERRERO PERALTA (*Procedimiento acusatorio y terminación anticipada del proceso penal*, Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1998, p. 179), es un instrumento de lucha contra la criminalidad organizada, por el que un procesado puede obtener una rebaja sustancial de pena, toda vez que las líneas básicas de la sentencia permiten un cálculo distinto con puntos de partida mínimos como contraprestación a la cooperación, siempre y cuando la petición esté reconocida por la Fiscalía.

(207) Cfr.: AGUILERA MORALES: *El principio de consenso*, cit., p. 153.

de condicionar a un ciudadano a convertir una sanción de clausura de un establecimiento comercial por el pago de una multa si es que no intentase una revisión judicial.

No se negocian los cargos o la imputación propiamente dicha, sino la exención, la disminución o la remisión de la pena, a fin de dar lugar al acuerdo transaccional (*agreement*). El Fiscal no está autorizado a excluirlos ni a darles una configuración típica que no corresponda, propio del *charge bargaining* estadounidense (en esto, y sólo en ese ámbito, se circunscribe la negociación o *negotiated plea*). Es más, los cargos que no son aceptados por el colaborador o que no se han descubierto pero surjan luego, son ajenos al Acuerdo. Sobre éstos se continuará, se seguirá o se incoará el correspondiente proceso contradictorio donde se debatirán cumplidamente, y sobre los que puede recaer una sentencia condenatoria, sin que ello afecte el Acuerdo en mención.

B. Ámbito y alcance material de las normas sobre colaboración eficaz

El art. 1° de la Ley N° 27378 circunscribe el ámbito de la ley a tres supuestos concretos:

1) Delitos perpetrados por una pluralidad de personas o por organizaciones criminales, siempre y cuando en su realización se hayan utilizado recursos públicos o hayan intervenido funcionarios o servidores públicos o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de éstos. El delito no está en juego: la especial gravedad del hecho está en la participación delictiva de funcionarios públicos o en la desviación de caudales públicos.

2) Delitos cometidos por una pluralidad de personas o en los que el agente integre una organización delictiva –obviamente un delito referido a la organización delictiva–, aunque circunscritos a los de peligro común (arts. 279°, 279°-A y 279°-B del CP), a los que vulneran la Administración Pública (previstos en el Capítulo II del Título XVIII del Libro Segundo del CP), y a los delitos agravados.

3) Delitos contra la Humanidad, previstos en los Capítulos I, II y III del Libro Segundo del CP, y contra el Estado y la Defensa Nacional, previstos en los Capítulos I y II del Título XV del Libro Segundo del Código Penal. Aquí no hace falta la nota de pluralidad de agentes o de organización delictiva, pero su comisión presupone en todos los casos por lo menos un concurso de personas[208].

---

[208] Las estadísticas presentadas con motivo de la aplicación de la Ley N° 27378, vinculada a la criminalidad organizada paraestatal revelan una utilización razonable de este

El Decreto Legislativo N° 925 adicionó un inciso 4) al art. 1° de la Ley analizada. Agregó, de un lado, el delito de terrorismo previsto en el Decreto Ley N° 25475 y sus modificatorias y conexas, el de apología terrorista previsto en el último párrafo del art. 316° del CP, introducido por el Decreto Legislativo N° 924, y el de lavado de activos sólo en caso de terrorismo de la Ley N° 27765; y, por otro lado, al autor de otro delito, distinto de los ya nombrados, que colabore prestando información eficaz referente a los delitos de terrorismo. Asimismo, la Segunda Disposición Final de la Ley N° 28008, de 19 de junio de 2003, incorporó un inciso 5) comprendiendo a los delitos aduaneros, con excepción del delito de financiamiento de delito aduanero, previsto y sancionado en el art. 7° de la Ley antes mencionada.

Es común a todo este modelo, en caso de concurso de delitos (aun cuando aquellos no estén comprendidos en la lista cerrada fijada en la Ley), la posibilidad de acceso a la negociación a fin de obtener alguno de los beneficios premiales no está clausurada. Ni siquiera se ha colocado una cláusula de cierre, como sería la de prohibir el beneficio si el delito en cuestión es más grave que el fijado en el listado respectivo. Ello se desprende del art. 10° de la Ley N° 27378.

Adicionalmente, excluye definitivamente de este procedimiento a los jefes, cabecillas o dirigentes principales de organizaciones criminales, así como a los altos funcionarios que tienen la prerrogativa de acusación constitucional, y –en el caso del delito de terrorismo– a los que ya han sido objeto de un beneficio premial (art. 7°, primer párrafo, de la Ley). Están parcialmente excluidos los autores de los delitos de homicidio y lesiones graves, previstos en los arts. 106° a 108° y 121° del CP, así como los funcionarios de la Alta Dirección de Organismos Públicos, desde que sólo podrán acceder a dos beneficios premiales: la disminución de la pena hasta un tercio por debajo del mínimo legal, y la liberación condicional en tanto se haya cumplido como mínimo la mitad de la pena impuesta.

La Ley, desde la perspectiva de Derecho penal material, determina: 1) Que están comprendidos, con las excepciones arriba enunciadas, todas las personas que se encuentren o no sometidas a proceso penal o investigación preliminar, incluyendo a los sentenciados, por los delitos y en las condiciones arriba enumeradas. 2) Que la información que debe proporcionarse, sujeta a una ulterior corroboración por el Ministerio Público, está en función a

---

procedimiento. La Fiscalía Superior Coordinadora dio cuenta que desde la vigencia de la ley, esto es, desde el 21 de diciembre del 2000 hasta julio del año 2003, se iniciaron negociaciones de colaboración en 141 casos en las seis Fiscalías Provinciales Anticorrupción, de los cuales sólo 17 han dado lugar a acuerdos de colaboración y 24 se encuentran en trámite (*El Comercio*, Lima, 22 de julio del 2003, p. A-9).

cinco objetivos básicos: evitar la continuidad, permanencia o consumación del delito; conocer las circunstancias en las que se planificó y ejecutó el delito, o en que se viene realizando; identificar a los autores y partícipes de un delito cometido o por cometerse, o a los integrantes de una organización criminal y su funcionamiento; averiguar el paradero o destino de los bienes delictivos, así como indicar las fuentes de financiamiento de la organización; y, entregar los instrumentos, las ganancias, los efectos o los bienes delictivos (art. 3°). 3) Que son cuatro los beneficios premiales a que se puede acceder, que procesalmente puede incluir la variación del mandato de detención por el de comparecencia restrictiva, sin perjuicio de tener presente las excepciones que la propia ley prevé, y las exigencias y modulaciones que cada medida exija (*vid.* arts. 5°, 6° y 7°). 4) Que el beneficio otorgado está sujeto a condiciones: la no comisión de un nuevo delito doloso dentro de 10 años de habérsele otorgado el beneficio, y que no incumpla reiterada e injustificadamente –dentro del mismo plazo– las obligaciones impuestas, fijadas en el art. 17° de la misma Ley (*vid.* art. 8°).

C. El procedimiento especial por colaboración eficaz

La Ley N° 27378 dedica el Capítulo III a disciplinar el procedimiento por colaboración eficaz, el mismo que ha sido objeto de un Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 035-2001-JUS, de 19 de octubre de 2001. Asimismo, la ley prevé medidas de protección en el Capítulo IV (arts. 21° al 24°), reglamentado por el Decreto Supremo N° 020-2001-JUS, de 7 de julio de 2001.

C.1. Intervención del Fiscal de la Nación

El art. 1° *in fine* de la Ley N° 27378 autoriza al Fiscal de la Nación, en su condición de máxima autoridad del Ministerio Público, a dictar –de conformidad con el artículo 1° de la LOMP– instrucciones específicas en orden a la labor de los Fiscales en este novísimo procedimiento. De igual modo, le encarga nombrar un Fiscal Superior Coordinador, a fin de que oriente y concierte estrategias y formas de actuación de los Fiscales en la aplicación de la presente ley.

Esta disposición ha sido desarrollada por dos normas: a) la Resolución de Fiscalía de la Nación N° 070-2001-MP-FN, de 23 de enero de 2001, que aprobó la Directiva N° 01-2001-MP-FN "Instrucciones necesarias de orientación sobre los delitos respecto de los cuales se establecen beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada"; y, b) la Resolución de Fiscalía de la Nación N° 071-2001-MP-FN, de 23 de enero de 2001, que aprobó la Directiva N° 02-2001-MP-FN "Reglamento de Funcio-

nes del Fiscal Superior Coordinador". Asimismo, en diversas resoluciones ha designado al "Equipo de Fiscales"[209], Provinciales y Adjuntos, así como al Superior Coordinador, para que se avoquen al conocimiento de las investigaciones preliminares y de los procedimientos por colaboración eficaz.

La primera Directiva regula el alcance y ámbito de la Ley N° 27378, ya desarrollados líneas arriba. La segunda Directiva reglamenta las funciones y mecanismos de coordinación del Fiscal Coordinador con los Fiscales que integran el Equipo de Fiscales dedicados a estos procedimientos (incluye la fase preprocesal y la imposición de medidas limitativas de derechos previstas en la Ley N° 27379), circunscribiéndolos al procedimiento por colaboración eficaz. Es de particular importancia destacar tres atribuciones que se entregan al Fiscal Superior Coordinador, el mismo que está estrechamente vinculado al Fiscal de la Nación y debe informarle periódicamente, verbalmente y por escrito, las incidencias de estos procedimientos. El Fiscal Superior (1) debe realizar reuniones constantes con los Fiscales para definir los alcances de los Acuerdos de Beneficios; asimismo, (2) debe informarse de las reuniones del Fiscal con los colaboradores y los abogados, y tomar conocimiento del Proyecto de Acuerdo, a fin de cursar las recomendaciones correspondientes; finalmente, (3) debe celebrar periódicamente reuniones con los Fiscales Provinciales o Superiores a fin de coordinar estrategias de negociación, de investigación y de las medidas de aseguramiento personal que resulten indispensables para los colaboradores.

C.2. Fases del procedimiento por colaboración eficaz

El procedimiento por colaboración eficaz, como se ha expuesto, es un procedimiento especial, sujeto a sus propias reglas y fundamentos; por consiguiente, no es un incidente de un procedimiento ordinario-común, es decir, de un procedimiento penal contradictorio, declaratorio de condena. Ello ha determinado que los artículos 4° y 5° del Decreto Supremo N° 035-2001-JUS (en adelante el "Reglamento") fijen trámites que denotan la autonomía del procedimiento por colaboración eficaz, siendo de destacar la necesidad de formación de un expediente propio, donde se anexarán todas las diligencias propias del mismo. Este expediente, formado por una serie de actas que acrediten las diligencias realizadas, expresa la transparencia del procedimiento e impide acuerdos bajo la mesa –*under the table*– o fuera del

---

[209] La Ley N° 27380, de 21 de diciembre de 2000, incorporó el art. 80°-A a la LOMP, facultando al Fiscal de la Nación a designar un Equipo de Fiscales Provinciales y Adjuntos para que se encarguen de casos específicos, así como a hacer lo propio con un Fiscal Superior que coordine las funciones de dichos Fiscales.

contexto de la ley. El art. 3° *in fine* del Reglamento, a su vez, precisa que las investigaciones preliminares o procesos judiciales que se sigan contra el colaborador continuarán con su tramitación correspondiente. Existe, como es obvio, un punto de contacto o relación entre un procedimiento contradictorio y un procedimiento por colaboración eficaz, pero no puede confundírselos, ni considerarse que uno es principal y otro accesorio o meramente incidental del primero.

El procedimiento por colaboración eficaz, cuya lógica –especialmente en sede fiscal– es de una estructuración señaladamente desformalizada, está integrado por cuatro fases: (1) la *iniciación*, (2) la *corroboración*, (3) la celebración del Acuerdo, y (4) la etapa de *control y decisión jurisdiccional*. Las tres primeras están a cargo del Ministerio Público y de las partes, que culmina con la celebración del Acuerdo o su desestimación (arts. 9°-13° de la ley, art. 1°-11° del Reglamento). La cuarta fase es la propiamente judicial, a cargo del Juez Penal (arts. 14°-16° de la Ley, arts. 12°-18° del Reglamento). Sin perjuicio de la contingente fase de *impugnación* (art. 14°, quinto párrafo, de la Ley, art. 19° del Reglamento), en vía de ejecución es posible abrir otra fase, la de *revocación del beneficio* (arts. 18°-20° de la Ley).

C.3. La fase de iniciación

El procedimiento se inicia, siempre, a solicitud de parte. Es el *imputado*, esto es, la persona que está procesada o sometida a investigaciones preliminares en su contra, o el *implicado* en la comisión de un delito aún no descubierto o contra quien no existen indagaciones preliminares: policiales o fiscales, que debe presentarse ante el Fiscal a fin de solicitarle la iniciación de un procedimiento por colaboración eficaz.

La solicitud del posible colaborador puede ser escrita o verbal, en cuyo último caso se levantará un acta circunstanciada. No se trata necesariamente en estos casos de que el pedido se realice en acto único, pues puede desenvolverse a través de varias *"reuniones preliminares"* (art. 1°, primer párrafo, Reglamento). Estas reuniones –cuya realización es posible que ocurran a lo largo de todo el procedimiento– se llevarán a cabo con el colaborador y su abogado, siempre que no exista impedimento o mandato de detención contra el primero, o sólo con su abogado y el Procurador Público –si el agraviado es el Estado– en caso contrario.

Es evidente, igualmente, que la información que justifica el pedido del solicitante debe ser circunstanciada, es decir, precisa en lo que pide y con una mención razonable a los hechos delictivos en que se ha involucrado (*guilty pleas*), o que en todo caso no los contradiga (*nolo contendere*). Esta

información debe cumplir además con los objetivos fijados en el art. 3° de la Ley N° 27378: evitar la continuidad del delito, conocer las circunstancias en las que se planificó y ejecutó el delito, etc.

El Fiscal, en función de lo que el solicitante informa y propone, cuya provisionalidad y relatividad es obvia, decidirá mediante decisión motivada si acepta preliminarmente la solicitud y si abre la fase de corroboración. Esta decisión –que no causa estado y puede revisarse si cambian las bases que la determinaron– no es impugnable (se cuenta que el Fiscal Provincial ha coordinado con el Fiscal Coordinador el alcance de esta primera decisión), y básicamente debe estar en función de la inexistencia de exclusión legal al beneficio premial y, en su caso, de la eficacia y utilidad, *prima facie*, de la información que ofrece proporcionar.

No se opone a la iniciación del procedimiento el hecho que el imputado no acepte determinados cargos, en cuyo caso se estará a lo que surja del procedimiento penal contradictorio. Es claro, vista la naturaleza transaccional de este procedimiento, que el imputado debe aceptar o, por lo menos, no contradecir alguno de los cargos que pesan en su contra, cargos que deben estar comprendidos en lo dispuesto por el art. 1° de la Ley y en el art. 2° del Decreto Legislativo N° 925.

El Fiscal Provincial competente, en principio, es aquel que tiene a su cargo la investigación preliminar o el proceso penal contra el solicitante. Si se siguen varias instrucciones contra el colaborador, conocerá el que tiene a su cargo la investigación preliminar o instrucción por el delito más grave y, si fueran de igual gravedad, el que conoce de la causa más antigua (esta disposición –art. 3°, tercer párrafo, Reglamento– está necesariamente informada por lo dispuesto en el art. 20° del Código de 1940). Asimismo, como la colaboración es un modelo transaccional referido a un solicitante en particular –sin interesar el número de procesos o investigaciones que tiene abiertas y que, por tanto, deben acumularse ante un Fiscal, que seguirá las mismas reglas ya descritas–, no es posible acumular su solicitud con la de otro colaborador en ese mismo proceso. Cualquier discrepancia al respecto será resuelta por el Fiscal Superior Coordinador. El conocimiento de este procedimiento por un Fiscal Provincial determina la competencia material del Juez Penal y la funcional de la Sala Penal Superior.

Por otro lado, si el proceso penal se encuentra en la fase intermedia, conocerá del mismo el Fiscal Superior, sin perjuicio de que la causa sea objeto de ampliaciones sumariales. Esta adscripción también determina la competencia objetiva de la Sala Penal Superior.

C.4. La fase de corroboración fiscal

1. Una vez que el Fiscal ha dictado la decisión motivada admitiendo a trámite la solicitud de colaboración, sin perjuicio de las sucesivas reuniones que pueda seguir manteniendo con las partes –dejando constancia en autos (art. 6°, segundo párrafo, Reglamento)–, dispondrá la realización de los actos de investigación destinados a corroborar la información proporcionada por el colaborador. La Ley y el Reglamento no fijan límites a los actos de investigación que deben realizarse durante la etapa de corroboración, ni circunscriben su actuación a determinados actos de investigación.

El Reglamento fija el plazo de duración de la fase de corroboración. Es de 90 días prorrogables por 60 días, cuando está a cargo del Fiscal Provincial (art. 2°, segundo párrafo, Reglamento), salvo que la causa contradictoria se haya elevado definitivamente al Superior Tribunal, en cuyo caso el plazo se reduce a 45 días (art. 4°, segundo párrafo, Reglamento). Si la corroboración está a cargo del Fiscal Superior, una vez que la causa contradictoria está con acusación fiscal (recuérdese que el procedimiento por colaboración no paraliza el procedimiento contradictorio), el plazo (incluyendo la celebración del Acta de Acuerdo de Colaboración y Beneficios) es de 45 días de emitido el dictamen acusatorio. La Sala Penal, en este caso, esperará su vencimiento para dictar el auto de citación a juicio.

2. El primer acto de investigación que fija el Reglamento es la declaración del colaborador o, en su caso, un informe escrito incluyendo las precisiones y evidencias que tenga en su poder. Ese acto está destinado a que: (1) se precisen los hechos delictivos en los que admita intervención o participación delictiva; (2) se informe de la existencia de procedimientos de investigación preliminar e instrucciones en su contra; y (3) se detalle puntualmente la información eficaz con que cuenta y se precisen los aportes probatorios correspondientes.

3. La diligencia anterior determinará el itinerario de la investigación corroboratoria propiamente dicha. Ésta puede realizarse por el propio Fiscal Provincial o encargarse a la Policía, para que bajo su conducción la lleve a cabo. El Reglamento (art. 5°) precisa que el Fiscal debe requerir a los órganos fiscales y jurisdiccionales informe acerca de las investigaciones y proceso que se sigue al imputado, así como copia certificada de las actuaciones correspondientes. Esta información debe remitirse en el más breve plazo y siempre con el carácter de reservado. El carácter reservado de la instrucción no es óbice para el cumplimiento de esta disposición, dado que no se afecta su objetivo y busca, precisamente, determinar los marcos de imputación del colaborador, así como también las evidencias que aparecen en dichas actuaciones a fin de tenerlas en consideración.

4. Las actuaciones que se lleven a cabo son reservadas, esto es, no asequibles a terceros, pero sí a las partes (art. 2° *in fine* Reglamento). El Fiscal, cuando considere que el conocimiento de algún acto de investigación o pieza del expediente pueda perjudicar el éxito de las averiguaciones de investigación, puede declarar el secreto de las mismas, obviamente mediante decisión fundada y con indicación precisa de las piezas implicadas (concordancia con el art. 73° CPP 1940). Por razones de proporcionalidad, no es posible declarar el secreto de todo el expediente, pues ello limitaría irrazonablemente el acceso de las partes al mismo.

La reserva implica que sólo tendrán acceso al expediente de colaboración el colaborador y su abogado defensor. El agraviado debe ser citado en el curso de la fase de corroboración, quien tiene derecho a que se le informe de los aspectos del procedimiento por el delito en su agravio, a intervenir en el mismo y, en su caso, a firmar el Acuerdo de Beneficios y Colaboración; aspectos últimos que determinan su intervención potestativa. La declaración del agraviado, o su exposición escrita –la Ley no obliga a un testimonio oral– está centrada en el monto de la reparación civil que considere adecuado a sus intereses. El agraviado puede ofrecer pruebas, siempre circunscritas al ámbito de la reparación civil.

Si el agraviado es el Estado, intervendrá el Procurador Público. El Reglamento (art. 7°) lo autoriza a presentar la información obtenida de los órganos públicos y a proponer las fórmulas reparatorias que correspondan. Es de precisar, por su propio carácter de parte contingente, no necesaria, que la inasistencia del agraviado a las diligencias y su discrepancia con el monto de la reparación civil no impiden la celebración del Acuerdo. Toda discrepancia sobre la reparación civil puede ser dilucidada ante el orden jurisdiccional civil.

5. El Reglamento (art. 8°) autoriza expresamente al Fiscal a suscribir un "*convenio preparatorio*", donde consten los beneficios preacordados, las obligaciones a imponerse en su día y el mecanismo de aporte de información y de su corroboración. El convenio preparatorio se suscribirá durante la fase de corroboración siempre que ambas partes –Fiscal, colaborador y su abogado– estén de acuerdo. Es indudable que el alcance del convenio está en función a la calidad de la información ofrecida y a la naturaleza de los cargos o hechos delictuosos reconocidos por el colaborador. Este convenio, además, determinará el curso de la fase de corroboración, pues permite fijar los mecanismos de la corroboración y la forma y oportunidad en que se proporcionará la información ofrecida.

Siendo un *convenio preparatorio*, la suscripción final del Acuerdo de Beneficios y Colaboración está condicionada a que se cumplan estricta-

mente todos los puntos ofrecidos por el colaborador, que su información sea corroborada en sus aspectos sustanciales. El Reglamento dice que se corrobore extremos esenciales de la información ofrecida por el colaborador, esto es, que lo establecido no niegue lo afirmado por el colaborador y que, igualmente, no imposibilite alguno de los beneficios establecidos por la ley. La decisión que adopte el Fiscal en este punto no es impugnable, lo que es evidente en tanto si se trata de arribar a un acuerdo por ambas partes, la no aceptación ulterior de una de ellas –basada en una línea de conducta razonable y no fraudulenta– impide su consolidación.

6. Es posible que en el curso de la fase de corroboración se descubran nuevos hechos delictivos imputados al colaborador o surjan otros datos que permitan ampliar el círculo de hechos o de personas involucradas o sometidas a averiguación. En ese caso, dice el art. 9° del Reglamento, el Fiscal debe requerir al colaborador para que se pronuncie al respecto y dé las explicaciones que correspondan. Sobre esa base, el Fiscal decidirá si continúa con el procedimiento o lo da por concluido, descartando la posibilidad de un Acuerdo.

7. Durante la fase de corroboración se pueden adoptar dos clases de medidas en salvaguarda del procedimiento y de las personas involucradas en él. En *primer lugar*, el art. 11° *in fine* de la Ley estipula que el colaborador, mientras dure el procedimiento, será sometido –lógicamente con pleno cumplimiento del principio de proporcionalidad– a una *medida de aseguramiento personal*, necesaria para garantizar el éxito de las investigaciones de corroboración, la conclusión exitosa del procedimiento especial y la seguridad personal del colaborador (pueden ser, por ejemplo, internamiento en un Centro de Protección Especial sujeto a un Programa Oficial de Protección, o un traslado de domicilio o de localidad donde reside o labora). En puridad, no se trata de una *medida provisional penal*, destinada como se sabe a prevenir la fuga del imputado, a asegurar las fuentes de prueba o a evitar la reiteración delictiva; es, más bien, una *medida de seguridad procesal*, porque se dicta a favor de una persona si es de temer que puede verse comprometida su vida o su integridad corporal, la cual es equivalente –por ejemplo– al *internamiento provisional* de un anormal psíquico grave cuando se orienta a protegerlo o tutelarlo y tratarlo médicamente.

En *segundo lugar*, los arts. 21° y ss. de la Ley, en concordancia con el art. 10° del Reglamento, prevén la imposición de *medidas de protección* a favor del colaborador y su familia, cuando sea de temer un peligro grave para ellos, su libertad o sus bienes. Estas medidas de protección, al igual que la de aseguramiento personal, buscan evitar atentados a los derechos del colaborador y su familia, y son igualmente medidas de seguridad pro-

cesal a favor –nunca en contra, que es lo típico de una medida provisional penal– de quien las necesite.

8. Una vez finalizadas las diligencias de averiguación, o vencido el plazo ordinario y su ampliatorio en su caso, el Fiscal debe resolver si se decide a suscribir el Acuerdo de Beneficios y Corroboración, o si no lo hace.

El art. 13° de la Ley fija los ámbitos de la decisión del Fiscal. Se entiende que el Acuerdo no se suscribirá si el resultado de la investigación de corroboración no permite arribar a los objetivos previstos en al art. 3° de la Ley. Cabe, eso sí, fijar algunas pautas al respecto: en *primer lugar*, la decisión debe estar condicionada a la realización de reuniones de trabajo y discusión con las partes, en especial con el colaborador y su abogado, lo que es una exigencia propia de un procedimiento basado en el consenso; en *segundo lugar*, no se requiere, por cierto, que el resultado de las averiguaciones sea exactamente coincidente con el tenor de las informaciones del colaborador, se exige –eso sí– que se hayan corroborado datos informativos de tal nivel que permitan cumplir los objetivos de la Ley, lo que matizará en su caso el nivel o magnitud de los beneficios materia de acuerdo; y, en *tercer lugar*, es posible que algunas informaciones se descarten, pero ello no enerva el resto de los aportes del colaborador, salvo claro está que se descubra mala fe o una actitud fraudulenta o torticera del colaborador tendente a incriminar cargos gratuitos a inocentes.

9. Los dos párrafos finales del art. 13° de la Ley, fijan tanto la orientación de la investigación corroboratoria como lo que debe hacerse ante cargos gratuitos acabadamente descartados. En *primer lugar*, si la investigación efectivamente arroja cargos fundados –indicios razonables, dice la Ley– contra personas sindicadas por el colaborador o contra otros que surjan de la misma, ello determinará la iniciación o continuación de una investigación preliminar contra ellas para su debido procesamiento penal. Lo esencial en la apreciación fiscal –y, posteriormente, del juez– es que como consecuencia de la investigación corroboratoria considere acreditados los extremos del art. 3° y siguientes de la Ley; su decisión no está condicionada a que, en efecto, se condene al sindicado por el colaborador, aunque es obvio que la prognosis que se realizará apuntará a ese resultado.

En *segundo lugar*, si se acredita que el investigado como consecuencia de las sindicaciones del colaborador es inocente, esto es, que positivamente se descartó su presunta participación en hechos delictivos y que, por ende, la imputación fue gratuita, de mala fe o torticera, el Fiscal está obligado a comunicar al afectado el nombre del colaborador, que hizo la imputación falsa, para que lo denuncie penalmente o lo demande en sede civil, ello sin perjuicio de la medida que pueda adoptar el propio

fiscal en orden a su procesamiento penal, si estima que la imputación fue conscientemente falsa.

10. El *Acuerdo de Beneficios y Colaboración*, previsto en el art. 12° de la Ley, está sujeto a una detallada regulación en el art. 11° del Reglamento. El acta en cuestión, que contiene el Acuerdo (*agreement*), consta de cinco cláusulas y deben ser firmadas por todos los intervinientes. Para estos efectos es necesario un acto específico y formal, pues como toda acta debe precisar el día y hora de celebración, e identificar a los participantes.

La *primera cláusula* es la de identificación del colaborador y de su defensor, que es especialmente cuidadosa cuando el colaborador ha sido objeto de una medida de protección de reserva de su identidad.

La *segunda cláusula* es de precisión de los cargos que pesan contra el colaborador. Debe indicarse los hechos imputados, precisarse las investigaciones preliminares y procesos judiciales que se sigan en su contra, con indicación del número del expediente y su estado, así como la tipificación que corresponde a cada hecho incriminado.

La *tercera cláusula* es la de reconocimiento, admisión o aceptación, total o parcial de los cargos detallados en la cláusula anterior. Allí debe constar expresamente la voluntad del imputado de someterse al procedimiento por colaboración eficaz y de conocer los alcances de su decisión. Asimismo, indicará qué hechos o cargos no reconoce, pues en ese caso se estará a lo que la justicia decida sobre el particular en el correspondiente proceso penal contradictorio.

La *cuarta cláusula* es la de descripción de la información proporcionada por el colaborador y de delimitación de su utilidad para la persecución penal. En esta cláusula debe indicarse qué información ha sido corroborada y para qué sirve indicando los supuestos de los arts. 3° o 5° que se consideren cumplidos. Aquí se tendrá en consideración –lo que debe consignarse puntualmente– si alguna información no guarda relación con la verdad de lo ocurrido o si el colaborador ocultó información o brindó una dolosamente falsa.

La *quinta cláusula* es la de descripción del beneficio acordado y de las normas jurídicas aplicables, no sólo del beneficio aplicado, también las de la ley penal que correspondan si el beneficio no importa la exención. Aun cuando se acuerde la exención de la pena, necesariamente se fijará el monto de la reparación civil en favor del agraviado. Por otro lado, si el beneficio importa una sanción, deben incluirse las consecuencias accesorias correspondientes: decomisos y medidas contra las personas jurídicas de ser el caso. En este último supuesto, como es obvio, debe haber sido

citado y participado en el procedimiento el representante legal de la persona jurídica afectada.

La *cláusula final* es la de sometimiento del colaborador a las obligaciones a las que se somete. Las reglas específicas son aquellas establecidas en el art. 17° de la Ley. Es de destacar el inciso 5) de esa norma, pues obliga al colaborador a presentarse cuando el Juez o el Fiscal lo soliciten. Sobre esa base, el Reglamento estipula que en esta cláusula se consigne el "...expreso compromiso de colaborar con la justicia en todo cuanto fue objeto de la información que proporcionó y de proceder con apego a la verdad en las causas abiertas contra las personas que resultaron imputadas como consecuencia de la información que proporcionó". Todas las obligaciones fijadas en esta cláusula se garantizarán con una caución o fianza personal, si las posibilidades económicas del beneficiario lo permiten.

C.5. La fase de control y decisión jurisdiccional

1. *De la competencia objetiva.* El órgano jurisdiccional debe recibir el acta de Acuerdo de Beneficios y Colaboración conjuntamente con el expediente formado al efecto por el Fiscal (art. 12°, párrafo I, Reglamento). La competencia material la tiene el Juez que conoce del proceso contradictorio contra el colaborador; si no existe proceso abierto, conoce el Juez al que le corresponde conocer del delito objeto de imputación. En caso de una pluralidad de causas contra el colaborador, aplicando la regla del art. 20° del CPP, el proceso por colaboración se seguirá ante el juez que conoce del delito más grave y si los delitos están conminados con pena similar, conoce el Juez que tiene a su cargo el proceso contradictorio más antiguo (*vid.* art. 12°, segundo y cuarto párrafos, Reglamento).

2. *Del control inicial del Acuerdo.* El Juez, en el plazo de cinco días de recibido el expediente, debe dictar una resolución en virtud de la cual determinará si el Acta de Acuerdo contiene los requisitos establecidos en el art. 12° de la Ley y 11° del Reglamento. Se trata de un control meramente formal, a efectos de determinar si en el *agreement* se han incluido todos los términos fijados por la Ley y su Reglamento, esto es, las seis cláusulas obligatorias: de precisión de los cargos o hechos incriminados, de reconocimiento o no cuestionamiento de los mismos, de descripción de la información eficaz, de indicación del beneficio premial y de sometimiento a obligaciones. Además, el Juez puede advertir si existe algún cargo no comprendido o expresamente excluido en el Acuerdo, o si en el Acta se advierten oscuridades, errores o inconsistencias subsanables (v. gr.: contradicciones, omisiones legales, incoherencias entre el beneficio acordado y lo establecido por la ley, etc.). Es un control previo y formal porque el

juez no ingresa a valorar la legalidad de la negociación, la razonabilidad del acuerdo o la proporcionalidad entre beneficio y aporte informativo del colaborador; por ello, es que la resolución es inimpugnable, tal como expresamente se determina en el art. 14° de la Ley.

El Juez, si detecta oscuridades, errores u omisiones formales, en función de lo anterior, devolverá sin más trámite e inmediatamente el expediente al Fiscal. Ello significa que si bien necesariamente debe notificarse a las partes la indicada resolución, en cambio, no caben trámites procesales como los de traslados previos, informes escritos u orales de aquellas, objeciones o aclaraciones. El Fiscal reabrirá las negociaciones con el colaborador y procederá –de existir consenso– a establecer las enmiendas que fueran menester, elaborando un Acta de Acuerdo aclaratoria o complementaria, que a su vez volverá a remitir al Juez.

3. *De la audiencia especial y privada.* El Juez, una vez que reciba el expediente con el Acta de Acuerdo o la complementaria de ser el caso, expedirá una resolución de citación para la celebración de una audiencia privada especial, con asistencia de quienes celebraron el acuerdo, la cual debe celebrarse dentro del décimo día (art. 14°, primer párrafo, de la Ley). Si el agraviado firmó el acuerdo debe ser citado, pero su inasistencia no impide la realización de la Audiencia.

La Audiencia, que no es pública, pues se limita a los firmantes del Acta de Acuerdo, consta de tres pasos fundamentales. El *primer paso*, es de precisión del contenido del Acta, para lo cual se le dará lectura y se preguntará a las partes si están de acuerdo con su contenido. El *segundo paso* es de interrogatorio del colaborador por el Juez, el Fiscal y la Defensa, acerca de tres ámbitos: de los delitos que acepta o no cuestiona, de la voluntariedad de su sometimiento al procedimiento de colaboración, y del conocimiento del alcance de la información proporcionada, de la renuncia a un procedimiento contradictorio, de los beneficios acordados y de las obligaciones a las que queda sujeto. El *tercer paso* es el de los alegatos del Fiscal, y de la defensa (incluirá al abogado del agraviado si está presente), así como la última palabra del colaborador, a partir de la cual la causa estará expedita para sentencia. Es obvio que de las incidencias de la Audiencia se levantará un acta, siendo aplicable supletoriamente lo dispuesto en el art. 291° del CPP de 1940.

4. *Del ámbito del control del acuerdo.* El Juez se pronunciará acerca del Acuerdo mediante una resolución que tiene forma de sentencia. El art. 17° del Reglamento dispone que dicha sentencia será motivada, conteniendo una parte expositiva, una parte considerativa y una parte resolutiva. Esta norma está concordada con el art. 121° *in fine* del Código Procesal Civil, en tanto que tal resolución pone fin al proceso en definitiva. Sin perjuicio

de contener las exigencias del art. 122° del Código Procesal Civil, las tres partes de la sentencia importan una redacción separada entre sí.

Ahora bien, el control de legalidad sobre el *agreement* comprende cinco ámbitos. El *primero* es si el colaborador actuó voluntariamente y con conocimiento de los alcances del procedimiento. La voluntariedad significa que la aceptación de cargos y la información eficaz que proporcionó el imputado no ha sido inducida mediante coacción, amenaza, promesa de cesar hostigamientos indebidos, para lo cual más allá de los criterios de oportunidad que el colaborador tenga en cuenta para proponer la negociación y someterse a ella, lo esencial es cuidar que se trate de una elección libre y racional; lo que será factible en mayor medida cuando haya sido asesorado por un abogado sobre si tal conducta le resultaba ventajosa (Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, Asunto "North Carolina v. Alford", de 1970)[210]. Asimismo, en el juicio del conocimiento de los alcances del procedimiento, el Juez debe analizar si el imputado fue engañado o no, y que comprende la naturaleza de los cargos que aceptó, así como las consecuencias de su admisión o no cuestionamiento y de las defensas a las que puede haber renunciado[211].

Por otro lado, cuando el último párrafo del art. 16° del Reglamento menciona un análisis de proporcionalidad acerca de la entidad de los cargos y la responsabilidad por el hecho, no sólo se concreta a una medición a los efectos de la individualización de la respuesta penal en relación con el beneficio premial concedido en contraprestación, también apunta a que el juez haga un análisis razonable acerca de la existencia de base en la realidad para una admisión de cargos, esto es, que existan fundamentos para estimar que el colaborador cometió los delitos que admite o no cuestiona, esto es, como en su día anotó el American Law Institute, que el grado de convicción exigible es la existencia o no de "*probable cause*" en la comisión del delito[212].

---

[210] DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo: *Justicia criminal consensuada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 68.

[211] Precisa GUERRERO PERALTA (*Procedimiento acusatorio y terminación anticipada del proceso penal*, cit., p. 165) que "la decisión del procesado de declarar su culpabilidad, encierra en el procedimiento norteamericano la suspensión de los derechos y garantías procesales que se le reconocen constitucionalmente [...]. Para que dicha suspensión sea totalmente válida se exige que el procesado actúe con conocimiento, inteligencia y voluntad. El sistema primario de garantías que se designa para el cumplimiento de los requisitos de inteligencia y conocimiento recaen en el consejo de la defensa, por esa razón es imperativo que el procesado esté representado por un defensor, quien debe estar presente al momento de hacerse la solicitud [...]".

[212] CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás: *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos*, Comares, Granada, 1996, p. 164.

El *segundo ámbito* exige que el juez establezca que los hechos objeto del Acuerdo y, en su caso, la persona del colaborador, permitan la negociación y la obtención de beneficios premiales. Debe tratarse de delitos incluidos en la lista fijada por la Ley y de personas a las que la Ley expresamente no excluye de los beneficios premiales.

El *tercer ámbito* está referido a los beneficios acordados. La Ley debe haberlos previsto expresamente en función de la situación de hecho y de la calificación de la eficacia de la colaboración realizada por el Fiscal e incorporada en el Acuerdo.

El *cuarto ámbito* está en función a las obligaciones impuestas por el art. 17° de la Ley. Existe un listado de obligaciones que se impondrán "(...) *según la naturaleza y modalidades del hecho punible, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió, la naturaleza del beneficio y la magnitud de la colaboración proporcionada, así como de acuerdo a las condiciones personales del beneficiado*" (art. 17° *in fine* de la Ley). El Juez debe advertir que las obligaciones acordadas estén contempladas en la ley y que no exista una ostensible imposición de obligaciones irrazonables, o una falta notoria de ellas, en función de los criterios ya enunciados.

El *último ámbito* se circunscribe al análisis de proporcionalidad en función de la entidad de la información corroborada, la dimensión de los cargos consignados en el Acuerdo y la responsabilidad por el hecho. El beneficio premial está en función a dos ejes: delitos cometidos y utilidad o eficacia de la información proporcionada; asimismo, el beneficio requiere una constatación de la eficacia de la información. El Juez rechazará el acuerdo si de autos fluye con suma claridad que la información no fue eficaz o que existe una notoria desproporción entre información eficaz y beneficio concedido.

Según lo dispuesto en el art. 17° del Reglamento referido a la sentencia, el Juez deberá detallar, en la parte expositiva, los alcances del Acuerdo y los resultados de la Audiencia, para lo cual apreciará el acta levantada al efecto. En la parte considerativa expresará las razones vinculadas a los cinco ámbitos de control impuestos por el Reglamento. Y en la parte resolutiva estipulará si aprueba o desaprueba el Acuerdo. El poder de control del juez tiene dos límites: no puede modificar los términos del acuerdo, ni excederse en los términos del mismo.

Si la sentencia es aprobatoria, el juez declarará la responsabilidad penal del colaborador sujetándose a los términos del Acuerdo. Si el beneficio acordado consiste en la disminución de la pena, se le impondrá la citada pena, con indicación de sus alcances, modalidad y monto. Si el beneficio es la remisión de la pena, el Juez se limitará a dar por concluida la sanción.

La declaración de culpabilidad también tiene lugar cuando el beneficio es la exención de la pena. En todos los casos de declaración de culpabilidad, se impondrán las consecuencias accesorias y la reparación civil acordadas, así como las obligaciones y el monto de la caución, precisando la forma y tiempo en que se cumplirá la reparación civil.

5. *Efectos de la sentencia.* Si la sentencia es desaprobatoria el Acuerdo se tendrá por no realizado, así como la admisión de cargos del imputado, en tanto que la renuncia a la cláusula constitucional de no incriminación se condicionó al Acuerdo. El colaborador será sometido a proceso contradictorio por los hechos que integraron el Acuerdo o, en todo caso, se estará a lo que fluya de las causas que ya tenía. Ello, no obstante, no elimina las evidencias objetivas que han podido obtenerse durante la fase de corroboración, pues aun cuando éstas se originaron en la información o en los aportes del colaborador, la independencia jurídica de dichas evidencias es manifiesta. No es que la declaración o los aportes probatorios del colaborador sean en sí mismos ilícitos –de hecho, no lo son, salvo un análisis pormenorizado de los mismos, pero en mérito de otra base causal–, sino que simplemente han sido descartados en función de la improcedencia de un beneficio premial fijado por la ley, lo que no guarda relación con una fuente concreta de ilicitud de la propia versión o de las evidencias aportadas.

Si la sentencia es aprobatoria, debe archivarse la investigación preliminar iniciada contra el beneficiado, en caso su expediente se encuentre en esa fase preprocesal. De igual manera, si se trata de una instrucción judicial, ésta debe archivarse definitivamente, en lo que se circunscribe a los hechos y cargos incorporados en el Acuerdo; si la instrucción es compleja, el archivo sólo comprenderá al colaborador. El Juez del proceso por colaboración debe poner la sentencia en conocimiento de los Fiscales y Jueces concernidos a fin de que éstos procedan a dictar el archivo correspondiente.

6. *Del recurso impugnatorio.* La sentencia, cualquiera que fuera su sentido, aprobatoria o desaprobatoria, puede ser impugnada por la parte a quien le perjudica. El recurso será de apelación si el fallo lo dictó el Juez Penal y de nulidad si el fallo lo dictó la Sala Penal Superior. Es de aclarar que un agravio por una sentencia aprobatoria puede provenir de los propios términos de la sentencia al vulnerar, por ejemplo, las limitaciones referidas a los términos del Acuerdo. Es obvio que si la sentencia aprobatoria cumple rigurosamente el Acuerdo, no existiendo agravio, no es procedente una impugnación.

El plazo de la impugnación es de tres días, si es recurso de apelación; y, de un día, si es recurso de nulidad (las diferencias obedecen a que el Có-

digo y las leyes complementarias imponen un doble régimen al respecto). Por otro lado, siguiendo lo dispuesto en el art. 300° CPP 1940, modificado por la Ley N° 27454, de 23 de junio de 2001, el recurrente debe formalizar su recurso, motivándolo, en el plazo de diez días de requerido por el juez. El órgano revisor resolverá la alzada, con el solo mérito del expediente y previa vista fiscal.

Capítulo XLIII
LOS PROCEDIMIENTOS AUXILIARES

SUMARIO: I. El procedimiento de homonimia: 1. Introducción. 2. Características del procedimiento de homonimia. **II.** El procedimiento de audiencias públicas extraordinarias: 1. Aspectos generales. 2. El procedimiento de audiencias públicas extraordinarias. **III.** El procedimiento de cooperación judicial internacional: 1. Introducción. 2. La extradición. 3. Las demás modalidades de cooperación judicial internacional. 4. La cooperación judicial internacional y la Corte Penal Internacional.

I. EL PROCEDIMIENTO DE HOMONIMIA

1. Introducción

Como se anotó oportunamente el procesamiento penal, conforme está indicado en el art. 77° CPP 1940, tiene como presupuesto material que se haya individualizado al presunto autor del delito objeto de imputación. La individualización de una persona consiste en que se encuentre debidamente identificada con sus nombres y apellidos completos. Desde esta perspectiva, el art. 136° del Código Procesal Penal exige que cuando se dicta mandato de detención contra una persona, para su ejecución se deberá cursar una comunicación a la autoridad policial, a fin de que capture al imputado y lo ponga a disposición del Juez de la causa. Ante el mandato judicial, la autoridad policial lo registra y emite los boletines correspondientes a sus Unidades –ese registro es la requisitoria–, la misma que, según el segundo párrafo de la citada norma, modificada por el Decreto Ley N° 25660, de 13 de agosto de 1992, tiene un plazo de vigencia de seis meses, a menos que fuesen renovadas, salvo el caso de los delitos de tráfico de drogas y terrorismo, en los que la requisitoria no está sujeta a plazo alguno. Es evidente, como ha declarado el Tribunal Constitucional, que toda requisitoria caduca automáticamente cuando se produce la detención o juzgamiento del imputado[213], de suerte

---

[213] STC Asunto "Carlos Moreno García", 17 de abril de 2002 (http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/0585-2002-HC.html).

que es obligación de la policía anularla una vez que se produce la detención y se pone al imputado a disposición judicial.

Inicialmente, el referido art. 136° CPP fue reglamentado por el Decreto Supremo N° 035-93-JUS, de 31 de agosto de 1993, que no sólo precisó los requisitos de las órdenes de detención, sino diseñó un procedimiento en caso de homonimia, esto es, cuando "(...) *una persona, detenida o no, tiene los mismos o similares nombres y apellidos de quien se encuentra requisitoriado por autoridad competente*" (art. 3°).

Este Decreto Supremo, a su vez, fue sustituido por la Ley N° 27411, de 27 de enero de 2001, que constitucionalmente cumple con la exigencia de contar con un instrumento normativo con el rango necesario para regular un procedimiento ante el Poder Judicial y que incide en el derecho fundamental a la libertad personal y deambulatoria. Este procedimiento, muy célere, ha permitido al Tribunal Constitucional rechazar demandas de Hábeas Corpus cuando el actor alegaba que no era la persona requerida por la justicia, en tanto la ley de la materia "(...) contempla un procedimiento expeditivo, que no implica en su tramitación un *periculum in mora* para el derecho a la libertad individual del actor (...)"[214]; y, porque "(...) contra las perturbaciones que en alguna forma originan estas situaciones de homonimia, existen los mecanismos procesales específicos para superar dicha situación (...)"[215]. En rigor, no es porque sea expeditivo, sino porque el procedimiento de homonimia es *efectivo* para establecer con celeridad la realidad de una homónima.

El concepto legal de homonimia ha sido descrito en el art. 2° de la Ley. Existe homonimia cuando una persona, detenida o no, tiene los mismos nombres y apellidos de quien se encuentra requisitoriado por la autoridad competente. Esta definición es estricta: *la identidad de nombres y apellidos es absoluta*, consecuentemente, si una persona tiene, por lo menos, un nombre o apellido distinto o tiene un nombre más (es posible que una persona sólo tenga un nombre, y otras tres o más). De ahí que el art. 3° de la Ley exija como datos para el mandato de detención los nombres y apellidos completos (literal 'a'). Lo expuesto significa que si, en principio, se detiene a una persona pese a que no es completa la coincidencia de nombres y apellidos con el registro policial, tal detención será arbitraria.

(214) STC Asunto "Jorge Gómez Ipérez", de 10 de enero de 2002 (http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/0754-2001-HC.html).

(215) STC Asunto "Francisco Miguel García Zavaleta", de 9 de noviembre de 1998 (http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1998/0433-1997-HC.html).

La Ley contempla dos procedimientos: uno judicial –al que nos referiremos– y otro administrativo, en los casos de homonimia. Según el art. 1°, se seguirá un procedimiento judicial cuando la persona se encuentra privada de libertad en mérito de una orden judicial; y si no está detenida, el trámite que puede iniciar será uno administrativo, ante el Registro Nacional de Requisitorias del Poder Judicial (art. 14°), organismo creado por la Resolución Administrativa N° 134-CME-PJ, de 26 de junio de 1996, dependiente de la Gerencia General del Poder Judicial, el cual está destinado a "(...) *inscribir a través de un sistema automatizado de información las órdenes de captura y mandatos de detención y/o impedimentos de salida de quienes se encuentran sometidos a proceso penal. El Registro* (...) *contará con una sede central, ubicada en la ciudad de Lima, y con Oficinas de Requisitorias Distritales interconectadas en las ciudades sede de los Distritos Judiciales...*", al que los órganos jurisdiccionales deben informar cumplidamente los mandatos que emitan.

Lo expuesto no obsta a lo establecido en el art. 8°.3 de la Ley N° 27238, de 22 de diciembre de 1999, Ley Orgánica de la Policía Nacional, y en el art. 10°.3 de su Reglamento (Decreto Supremo N° 008-2000-IN, de 6 de octubre de 2000), que establecen que es atribución de la Policía Nacional registrar y centralizar las requisitorias judiciales, procediendo a la anulación o suspensión de las mismas sólo por mandato escrito de la autoridad competente o cuando hayan prescrito de acuerdo a ley, dado que ese registro es interno y es el instrumento que utiliza la Policía para ejecutar debidamente los mandatos de detención, al cual por cierto no se refiere la Ley N° 27411.

2. CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO DE HOMONIMIA

A. Aspectos previos

El procedimiento de homonimia es un procedimiento auxiliar, pues no está destinado a discutir una concreta pretensión punitiva. Está orientado a establecer si la persona detenida es, efectivamente, aquella contra quien el órgano jurisdiccional dictó mandato de detención o de prisión preventiva. Su nota más destacada es la máxima sumariedad, no sólo en el ámbito de la cognición judicial, sino especialmente en los plazos para decidir si el detenido es o no la persona buscada por la justicia penal, que es precisamente a lo que –como se anotó– se refirió el Tribunal Constitucional al calificarlo de "procedimiento expeditivo".

El registro policial de la orden de detención está condicionado a la incorporación del oficio judicial de catorce datos del requerido. De esos datos son indispensables tanto para el registro cuanto para la efectiva detención

cuatro: a) nombres y apellidos completos; b) edad; c) sexo; y, d) fecha y lugar de nacimiento. Por consiguiente, es evidente que no podrá considerarse debidamente individualizada a una persona, lo que condiciona el procesamiento penal, si el Juez no cuenta con esos cuatro datos. A este respecto, el Tribunal Constitucional decidió que el art. 2°.1) de la Constitución, que reconoce a toda persona el derecho a su identidad, debe interpretarse concordantemente con el art. 77° CPP 1940, en el extremo que exige la individualización del presunto autor del delito, por lo que el juez debe percatarse debidamente de la identidad de una persona para procesarla, más aún en los casos en que se la identifica con más de un posible nombre(216).

La intervención policial a una persona requisitoriada exige, de un lado, identificarla fehacientemente y verificar los datos materia de la orden de detención que tiene registrados, los mismos que debe registrar en el Parte o Atestado –incluyendo, de ser posible, una fotografía del intervenido–; y, por otro lado, tomar la identificación dactiloscópica del requisitoriado. Con esta finalidad de identificación debida, es imprescindible que la Policía cuente con el Informe de RENIEC sobre la existencia de posibles homónimos.

B. Competencia objetiva

Si el detenido alega ser homónimo, o la Fiscalía consideran que ello puede ocurrir, debe ser puesto a disposición judicial en el plazo de 24 horas de materializada la medida (art. 6°), el cual será de quince días cuando se trata de delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, salvo que el juez haya asumido jurisdicción antes de que venza el plazo de dicha medida de detención imputativa (*vid.*: art. 2°.24.'f' Const. y art. 13° de la Ley, aunque es de aclarar que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales y expulsó del ordenamiento jurídico los tipos penales de traición a la patria y de terrorismo agravado o especial). La competencia del juez está en función del lugar de detención. Es claro, entonces, que se trata de un procedimiento que está informado por el principio de rogación: o lo hace el detenido, que es el caso ordinario, o lo hace el Fiscal, en su condición de conductor de la investigación o director jurídico-funcional de la Policía, si así lo estima conveniente.

Efectuada la detención, puede ser posible que se haya verificado en el ámbito territorial del juez que efectivamente dictó el mandato de detención o prisión preventiva, en cuyo caso dicho Juez decidirá con carácter de previo y especial pronunciamiento la condición de homonimia: él será el competente.

---

(216) STC Asunto "Javier Oropeza Palacios", de 23 de agosto de 2000 (http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/ 2000/0519-2000-HC.html).

En cambio, si la detención se verifica en lugar distinto del ámbito territorial del juez que emitió el mandato de detención, será competente el Juez Penal de Turno Permanente del lugar en que se produjo la detención, en cuyo caso como primer paso deberá solicitar a la autoridad correspondiente que se le proporcione copia del oficio de detención (por razones de facilidad, éste deberá ser proporcionado por la policía en función de su registro; no es de recibo pedir al Juez que emitió la orden, vistos los plazos para la decisión).

C. El procedimiento de homonimia

El Juez competente no sólo debe solicitar, si no la tuviera, copia del mandato de detención, sino también las piezas pertinentes al juez de la detención si considera que el oficio es insuficiente. Igualmente, debe solicitar la información necesaria a la RENIEC, si no consta en el Informe o Parte Policial, la que debe proporcionar en el día. Por su parte, el detenido deberá presentar las pruebas necesarias para acreditar su verdadera identidad, a fin de efectuar las confrontaciones respectivas. La prueba de cotejo de las impresiones dactiloscópicas del detenido y del requisitoriado es básica en este procedimiento.

El Juez, con ese material probatorio u otras diligencias que su criterio aconseje (pueden ser actos de investigación personales o periciales), deberá resolver la solicitud de homonimia en el plazo de veinticuatro horas, bajo responsabilidad. Se trata de un término perentorio, de suerte que su decisión estará en función exclusiva del material remitido por la Policía en el Parte o Informe Policial, a las instrumentales acompañadas por el detenido, y a las constancias recabadas por su Despacho. Según la Cuarta Disposición Complementaria de la Ley todo organismo público o privado deberá proporcionar y suministrar, en el día, la información necesaria al juez para el cumplimiento de los fines de este procedimiento.

Durante el procedimiento de homonimia el detenido deberá permanecer en los ambientes de la División de Requisitorias de la Policía Nacional, tal como lo establece la Segunda Disposición Complementaria de la Ley.

D. La decisión judicial

El Juez, obviamente mediante auto debidamente fundamentado, sustentado en las diligencias e instrumentales del expediente formado para tal efecto, decidirá si el detenido es homónimo o no. Si declara fundada la solicitud de homónima, dispondrá la inmediata libertad del detenido (art. 9°); en caso se trate de Juez distinto al que dictó el mandato de detención, remitirá el incidente –en realidad, el cuaderno formado al efecto–, al Juez de la causa para que se acumule –en rigor, para que se agregue al principal–.

En todos estos casos, la fundabilidad de la solicitud de homonimia, como es evidente, no trae consigo la suspensión del proceso penal, ni afecta la orden de detención dictada por el juez de la causa. Esta decisión deberá comunicarse a la Oficina del Registro Nacional de Requisitorias a fin de que expida el correspondiente Certificado de Homonimia en forma gratuita a favor del interesado.

Por el contrario, si el Juez declara infundada la solicitud de homonimia, dispondrá la prosecución del proceso penal y la remisión del detenido, en caso el Juez que decide sea uno distinto del originario, al Juez de la causa (art. 10°).

En ambos casos la decisión es apelable en el plazo máximo de tres días de notificada. La resolución de vista emitida por el Superior Tribunal, sin necesidad de vista fiscal –no lo dice la ley ni está consignado por obvias razones en la Ley Orgánica del Ministerio Público–, debe expedirse, sin trámite alguno, en el plazo de 24 horas. Es discutible si es posible un trámite previo de vista de la causa y de informe oral, no sólo por la literalidad de la norma y, en este caso, por la propia sumariedad del procedimiento, sino porque, en el caso del informe oral, la Ley Orgánica del Poder Judicial condiciona la vista de la causa a las decisiones que ponen fin al proceso (art. 132°), que no es del caso en un procedimiento auxiliar de las características del presente.

Un supuesto excepcional de decisión es el previsto en el art. 12° de la Ley. Se trata en rigor de un supuesto para resolver en lo inmediato la situación jurídica del detenido, dado el derecho fundamental en juego, evitando de esta manera un *non liquet*, constitucionalmente prohibido por vulnerar el derecho a la presunción de inocencia. En efecto, si el Juez considera que no está en condiciones de resolver la homonimia (faltan evidencias, o las que solicitó no han llegado), debe dar libertad al detenido precisando las circunstancias que lo han llevado a dar esta medida. Esta libertad no es incondicional, sino que está sujeta a reglas de conducta, que pueden ser las mismas que las previstas en los supuestos del art. 183° del CPP de 1991 –supuestos de libertad provisional– y del art. 64° del Código Penal –supuestos de reserva del fallo condenatorio–.

Conjuntamente con la excarcelación, el Juez debe realizar una investigación complementaria o suplementaria en el plazo de cinco días naturales adicionales, computados a partir de la fecha de la excarcelación efectiva, a fin de practicar las diligencias que considere convenientes o recabar las faltantes.

La excarcelación, como paso previo a la prórroga de las diligencias de comprobación, empero, no está autorizada en los casos de los delitos exceptuados: terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas (rige la misma

aclaración en lo referente a los delitos de traición a la patria y terrorismo especial, derogados por disposición del Tribunal Constitucional).

Es claro que al vencimiento de los cinco días, el Juez debe resolver irremediablemente si declara fundada o infundada la solicitud de homonimia, en cuyo caso rige el trámite ya explicado, previsto en los arts. 9º a 11º de la Ley.

II. EL PROCEDIMIENTO DE AUDIENCIAS PÚBLICAS EXTRAORDINARIAS

1. ASPECTOS GENERALES

El procedimiento de Audiencias Públicas Extraordinarias, que no tiene referentes en el Derecho comparado, no está circunscrito a un proceso penal en particular, sino tiene un carácter general radicado en la totalidad de las causas que tiene un órgano jurisdiccional bajo su conocimiento. Tiene una función de control del desempeño funcional del Tribunal y de las causas de los órganos jurisdiccionales cuyo conocimiento le corresponde, pero desde la perspectiva esencialmente jurisdiccional un efecto de este procedimiento es conceder libertad vigilada a los acusados, que es una modalidad de excarcelación ya estudiada, sustentada en el principio de estricta proporcionalidad y justificada en el reconocimiento del derecho fundamental a un juzgamiento en un plazo razonable o, en su defecto, del derecho a la excarcelación de quien está legalmente preso por un tiempo excesivo.

Señala al respecto Víctor Modesto VILLAVICENCIO que "si los órganos de justicia existieran en número normal, si los procesos marcharan ajustándose a las normas y términos que prevé la ley procesal penal no existiría el problema de las audiencias públicas extraordinarias. Desgraciadamente las causas se acumulan y los detenidos se hallan en condición de obtener su libertad"(217).

Este procedimiento estaba regulado en el Título XI "Disposiciones Finales", arts. 366º al 368º del Código de 1940, pero fue sustituido por el Decreto Ley Nº 25476, de 6 de mayo de 1992.

2. EL PROCEDIMIENTO DE AUDIENCIAS PÚBLICAS EXTRAORDINARIAS

La competencia objetiva para adelantar este procedimiento corresponde a las Salas Penales Superiores de las Cortes Superiores de la República. El

(217) VILLAVICENCIO, Víctor Modesto: *Derecho procesal penal*, Imprenta Rozas, Lima, 1965, pp. 303-304.

calendario de realización trimestral de dicho procedimiento debe aprobarlo el Presidente de la respectiva Corte Superior de Justicia (arts. 2° y 3°); son, pues, cuatro Audiencias Públicas anuales que las Salas Superiores deben realizar.

Este procedimiento, a tenor de lo dispuesto en los arts. 1°, 3°, 4° y 5° de la Ley, consta de tres fases: de preparación, de la audiencia pública propiamente dicha (ambas bajo responsabilidad del Presidente de la Sala Superior), y de control (a cargo del Presidente de la Corte Superior y de la Corte Suprema).

En la fase de preparación, una vez que el calendario de audiencias públicas ha sido aprobado por el Presidente de la Corte Superior, el Presidente de la Sala Penal Superior debe disponer que los Secretarios del propio Tribunal y de los Juzgados Penales correspondientes eleven una relación pormenorizada de los expedientes en giro ante los órganos jurisdiccionales a los que están adscritos, a los que se agregarán los informes concurrentes de las Fiscalías y del Instituto Nacional Penitenciario. Asimismo, debe cumplir con comunicar la fecha de la audiencia pública para la concurrencia de los Abogados de los procesados ante el Tribunal, y citar expresamente al Fiscal Superior. El secretario, a su vez, debe informar puntualmente en relación con cada detenido el tiempo de carcelería que viene sufriendo y la pena pedida por el Fiscal Superior, sin perjuicio de dar cuenta –analizando la documentación remitida a la Sala– de las causas que giran ante la Sala y ante los Juzgados y Fiscalías, con mención de las fechas relevantes en cada caso.

La fase de audiencia se lleva a cabo con pleno cumplimiento de la garantía de publicidad, y con la asistencia obligatoria del Fiscal y de los abogados que consideren necesario presentarse. Cuatro pasos fundamentales tiene la audiencia: en primer lugar, con arreglo a la información analítica del Secretario, examinar las razones elevadas por los Secretarios y las Fiscalías; en segundo lugar, dar cuenta al Ministerio Público y escuchar las quejas que formulen los abogados respecto a las demoras en la investigación o en el juzgamiento (lo que implica un análisis no sólo de los expedientes que giran ante la Sala con acusación formulada, sino del conjunto de procesos en giro y de competencia de la Sala, estén o no en la etapa intermedia o de enjuiciamiento); y, en tercer lugar, decidir si corresponde otorgar libertad inmediata o libertad bajo vigilancia a un acusado en cárcel. Todo ello debe constar en un acta.

Dos aclaraciones son de formularse en orden a la excarcelación. En primer lugar, la única modalidad de libertad que puede dictarse en

la Audiencia Pública Extraordinaria es la *inmediata* o la de *vigilancia*, expresamente consignadas en los incisos 3° y 4° del art. 1° de la Ley. En segundo lugar, como quiera que se asume un criterio objetivo vinculado al subprincipio de estricta proporcionalidad, y asumido desde una perspectiva del derecho a no sufrir dilaciones indebidas, el criterio de apreciación para medirla es la pena pedida por el Fiscal en su acusación escrita, luego, no cabe otorgar libertad si el Fiscal no ha formulado acusación o si la calidad y cantidad de pena es inferior a los márgenes previstos por la ley; tampoco podrá impedirse una libertad si se cumplen los parámetros fijados en la acusación, pese a que el Tribunal eventualmente discrepa de la cantidad o calidad de pena solicitada. No es que el *petitum* del Fiscal vincule al Tribunal e integre el objeto del proceso, pues en este ámbito el Tribunal en la sentencia puede separarse sin ningún problema, sino que un análisis del Tribunal en este punto, cuando es del caso iniciar el juzgamiento, vulneraría la imparcialidad judicial.

Existen dos clases de libertades: 1) La *libertad inmediata*, que se produce cuando los acusados han sufrido un tiempo de detención igual o superior a la pena solicitada por el Fiscal en la acusación; y, 2) la *libertad bajo vigilancia*, que se dicta cuando los acusados están sufriendo un tiempo de detención superior a las dos terceras partes de la pena solicitada por el Fiscal en su acusación, sin perjuicio de su inmediato juzgamiento. Estas libertades no son incondicionales ni importan un sobreseimiento de la causa, y visto que el Tribunal no está vinculado a la pena pedida por el Fiscal, al ser simplemente contramedidas provisionales, están sujetas –por su calidad de provisionales– a las reglas de conducta o alternativas que fije el Tribunal, a cuyo efecto puede tomar como referencia el art. 143° del Código Procesal Penal, con exclusión, claro está, de la detención domiciliaria, que siempre importa una grave privación de la libertad personal.

La fase de control importa la intervención, en primer lugar, del Presidente de la Corte Superior, a quien el Presidente de la Sala debe remitir el expediente formado al efecto. El Presidente debe emitir un informe solicitando, de ser el caso, la aplicación de las medidas disciplinarias correspondientes a los magistrados, funcionarios y trabajadores responsables del atraso de los procesos. En segundo lugar, el informe se eleva al Presidente de la Corte Suprema, quien a su vez da cuenta del mismo y de los actuados, a la Sala Plena de la Corte Suprema, que aplicará las medidas disciplinarias pertinentes, de ser el caso.

III. EL PROCEDIMIENTO DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

1. INTRODUCCIÓN

A. Aspectos generales

La lucha contra el delito es un objetivo vital de la comunidad de naciones y constituye un importante elemento de la política exterior de los Estados. En la actualidad, el Derecho Internacional Penal exige perseguir o extradir –siendo los casos más notorios los de piratería aérea y control de drogas–, así como procesar efectivamente o entregar en los casos de crímenes internacionales. No sólo se ha mejorado sensiblemente la institución de la extradición, superando una serie de obstáculos a su viabilidad, sino que se ha creado otro conjunto amplísimo de instituciones tendientes a dotar de mayor eficacia a la cooperación judicial internacional.

Hoy en día, la cooperación internacional no sólo se entiende desde el solitario ámbito de la entrega de delincuentes refugiados en un país determinado –propio de la *extradición*–, sino que, por un lado –en el plano Ejecutivo o gubernamental– abarca una política activa de intercambio de información en materia penal y la realización de tareas de investigación conjuntas, coordinadas, entre dos o más Estados. Por otro lado, en el plano judicial, la cooperación comprende una serie de actos judiciales propiamente dichos, tales como: a) la prestación de asistencia judicial internacional (exhortos, citaciones, incautaciones, embargos, levantamiento del secreto bancario, declaraciones, etc.); b) el traslado de personas condenadas; c) la transmisión de la ejecución de sentencias penales; d) la transmisión de procesos penales y denuncias para la instrucción de un proceso; e) la vigilancia de personas condenadas o en libertad condicional; y, f) la entrega vigilada. Ello explica porque la fuente principal de la cooperación jurídica internacional en materia penal son los tratados.

Por todo ello, nos dicen CALDERÓN y CHOCLÁN, el auxilio judicial ha dejado de ser una cuestión de colaboración de órganos judiciales de un mismo Estado, resultando necesaria cada vez en mayor medida la articulación de instrumentos de cooperación internacional en materia de justicia, que permitan la eficacia de la justicia de cada país, y combatir adecuadamente la torticera utilización de las fronteras jurídicas nacionales como instrumento para eludir la acción de la justicia[218].

---

[218] CALDERÓN CEREZO / CHOCLÁN MONTALVO: *Derecho procesal penal*, cit., p. 672.

Un paso superior se ha dado con la creación de la Corte Penal Internacional, cuyo Estatuto se aprobó en Roma en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas llevada a cabo de 15 de junio al 17 de julio de 1998. Esta Corte, integrante del sistema de Naciones Unidas, de naturaleza permanente, facultada a ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional y con personalidad jurídica internacional, puede utilizar en relación con los Estados, sean o no Parte, tres modalidades de cooperación: la entrega o la extradición, el auxilio o asistencia judicial internacional y la ejecución de sentencias penales impuestas por la Corte.

Sin duda alguna, estas formas de cooperación jurídica internacional están circunscritas a delitos de determinada entidad y de características singulares. Su evolución se inició con la extradición, concebida, primero, para los delitos políticos, y, luego, para los delitos graves que no pueden considerarse político-sociales. Posteriormente, las perspectivas de globalización mundial trajeron como consecuencia que un conjunto de conductas delictivas constituyan un ataque contra la comunidad mundial o afecten los intereses de más de un Estado. Ello determinó la configuración de convenios de Derecho Internacional Penal, en los que los Estados signatarios se obligaron a aplicar y ejecutar sus disposiciones a través de su propio Derecho Penal interno y a cooperar en la persecución y castigo de los delincuentes[219].

El Estatuto de la Corte Penal Internacional corona el desarrollo del Derecho Internacional Penal al instaurar definitivamente el sistema de aplicación directa en el campo penal internacional: la Corte no sólo es permanente y se inserta en el sistema de Naciones Unidas, sino que –aun cuando, de conformidad con el art. 1° de su Estatuto, asume un carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales– tiene una competencia propia, radicada en los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión.

B. La cooperación judicial internacional

El Perú es signatario de un conjunto de Tratados de Cooperación Jurídica Internacional en materia penal. Priman entre ellos, como es obvio, los referidos a la Extradición, tanto multilaterales, propios del ámbito americano, cuanto bilaterales con un conjunto muy amplio de países. Asimismo, siguen

(219) BASSIOUNI, Cherif M.: "Características generales del Derecho Internacional convencional", en: BERISTAIN, Antonio (Editor): *Reformas penales en el mundo de hoy*, Edersa, Madrid, 1984, pp. 159-161.

en importancia los Tratados de Asistencia Judicial en Materia Penal, tanto el multilateral celebrado al amparo de la Organización de Estados Americanos (OEA), como numerosos bilaterales celebrados con países americanos y europeos. Finalmente, existen tratados de traslado de condenados, siendo los de "primera generación" los celebrados con Estados Unidos y Canadá y, los de "última generación", los celebrados con los países europeos y otros americanos, siguiendo al respecto el modelo europeo del Convenio sobre traslado de personas condenadas de 20 de abril de 1959.

La Cooperación Judicial Internacional puede definirse como *"el conjunto de actos de naturaleza jurisdiccional, diplomática o administrativa* ['gubernamental o política' sería el término más adecuado, dado que un dato esencial de la Cooperación es que es un acto de soberanía], *que involucra a dos o más Estados, y que tiene por finalidad favorecer la criminalización secundaria de un hecho delictivo ocurrido en territorio, cuando menos, de uno de tales Estados"*[220]. Desde el punto de vista procesal, el conjunto de actos jurisdiccionales llevados a cabo en los marcos de la Cooperación Judicial Internacional constituyen –como ya se expuso en expresión de CLARIÁ OLMEDO– *procedimientos auxiliares*, aunque con el sello distintivo de la incorporación de un elemento internacional.

Esta institución se compone, en consecuencia, de una serie de trámites para resolver o ejecutar situaciones específicas que se presentan durante la marcha del proceso; está regulada exclusivamente en consideración al interés público de la justicia penal, aunque su nota singular estriba en que las cuestiones que abarca son diversas del objeto procesal que integra la cuestión de fondo[221].

El origen de un procedimiento de cooperación judicial está en el proceso penal abierto en el país requirente, cuya existencia está condicionada a la previa instauración de dicho proceso principal, y es al que sirve, posibilita o complementa[222]; en rigor, añaden HINOJOSA y MUERZA, el procedimiento de cooperación judicial internacional se produce cuando un órgano jurisdiccional de un Estado se dirige al de otro Estado con el fin de practicar determinadas diligencias[223]. De lo que se trata en este caso es que un Estado,

---

(220) PRADO SALDARRIAGA, Víctor: "La cooperación judicial internacional en materia penal", en: *Ius et Veritas*, N° 8, Lima, 1994, p. 81.

(221) CLARIÁ OLMEDO, Jorge: *Tratado de Derecho procesal penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1968, T. VII, pp. 87-88.

(222) FIERRO, Guillermo J.: *La ley penal y el derecho internacional*, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 315.

(223) En: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 2002, cit., p. 271.

parte o no de un Tratado, frente a una requisición de otro Estado u órgano jurisdiccional internacional, articule un procedimiento jurisdiccional a fin de decidir si debe acceder a la solicitud del órgano requirente y, en su caso, prestar una específica asistencia jurídica vinculada al ejercicio del poder punitivo de ese Estado u órgano internacional.

2. LA EXTRADICIÓN

A. Concepto y fundamento

La extradición –institución nacida con nítidos perfiles jurídicos recién a fines del siglo XIV– puede ser definida, al decir de HURTADO POZO, como un acto de ayuda interestatal en asuntos penales, que tiene por objeto transferir a una persona, individualmente perseguida o condenada, de la soberanía de un Estado a la de otro[224]. Sus elementos, anota BRAMONT- ARIAS, son cuatro: 1) La presencia imprescindible de una relación de dos Estados, uno que solicita la extradición o requirente, y otro que recibe la solicitud de extradición o requerido; 2) Debe producirse un pedido formal del Estado competente, mediante una solicitud que reúna ciertas formalidades reconocidas por la praxis internacional; 3) El individuo cuya extradición se solicita debe haber sido necesariamente procesado o condenado por el delito que se le imputa, dentro de los límites de la jurisdicción del Estado; y, 4) El delito imputado debe pertenecer a la categoría de los delitos comunes[225].

La extradición implica una triple relación jurídica que tiene como sujetos: al Estado requirente y al requerido; al Estado requirente y al *extradicto*; y al Estado requerido y al *extradicto*, respectivamente. Se exige, como plantea BUENO Y ARUS, una obligación estatal dimanante de un Tratado, de la ley y del principio de reciprocidad, la que se actualiza por medio de una solicitud formal de extradición. El *extraditurus* debe estar afecto a un procedimiento penal en el Estado requirente, a título de procesado o condenado; y, el Estado requerido lleva a cabo una doble actividad: a) la detención preventiva del *extraditurus*, como medida de aseguramiento de la eventual entrega del mismo al Estado requirente; y, b) el desarrollo de un procedimiento formal encaminado a comprobar judicialmente la existencia de las condiciones para la extradición y dar parte activa al reclamado con todas las garantías de un proceso ordinario[226].

---

[224] HURTADO POZO: *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 260.

[225] BRAMONT-ARIAS, Luis: *Derecho penal. Parte general*, Vilock, Lima, 1972, T. I, pp. 195-196.

[226] BUENO Y ARUS, Francisco: *Convenios de extradición. Notas básicas*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1980, pp. 29-37.

Enseña MANZINI que la extradición –que en su aspecto más general tiene carácter de Derecho internacional– en cuanto reconoce y limita el interés del Estado requirente y correlativamente reconoce y disciplina derechos e intereses individuales, pertenece al *Derecho penal sustancial* (llamado *Derecho Penal Internacional*), puesto que se refiere a la pretensión punitiva del Estado requirente y a las potestades y los límites jurídicos del Estado requerido. Asimismo, pertenece al Derecho Procesal Penal aquella parte del instituto que se refiere a los medios y a las garantías procesales con que se propone, discute y valúa jurisdiccionalmente la cuestión concreta de la extradibilidad(227).

Contemporáneamente, la extradición es considerada como una institución de naturaleza jurídica y como un acto político. Señala QUINTERO OLIVARES que la razón esencial de su naturaleza jurídica es su estricto sometimiento al principio de legalidad y a la garantía de seguridad jurídica, que se manifiesta en una serie de requisitos para su concesión, aunque también para su petición, que son de cariz estrictamente normativo (doble incriminación, especialidad, pena imponible, delitos exceptuados, etc.), a lo que se añade la competencia fundamental para su concesión, que corresponde a los tribunales ordinarios. La naturaleza política de la extradición se vincula con el interés político; como tal, corresponde al Estado requerido valorar si la extradición es, además de jurídicamente posible, políticamente conveniente(228).

Esta institución, en cuanto a su fundamento, se orienta en el sentido que la sanción del delito debe ser realizada en el lugar donde fue ejecutado (que traduce el principio del juez legal), es decir, en el lugar donde ocurrió la afectación del orden jurídico y donde existen los suficientes elementos probatorios necesarios para la investigación(229). Procura evitar la impunidad de ciertos delitos, esto es, que el refugio de un delincuente en otro Estado soberano, intentando eludir la acción de la Justicia, suponga impunidad, pese a que los dos Estados (requirente y requerido) desean evitarlo(230). Garantiza, pues, la ubicuidad de la represión de las relaciones internacionales(231).

(227) MANZINI, Vincenzo: *Tratado de Derecho procesal penal*, EJEA, Buenos Aires, 1951, T. I, pp. 182-183.

(228) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; y PRATS CANUT, Josep Miquel: *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 189-190.

(229) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Cultural Cuzco, Lima, 1990, p. 87.

(230) FERRÉ OLIVE, Juan Carlos: *Crimen internacional y jurisdicción internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 188.

(231) COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 165.

En consecuencia, la extradición es finalmente una institución mixta (jurídica y política), que, a su vez, en el plano estrictamente jurídico es híbrida, por cuanto pertenece y está influida por tres disciplinas jurídicas distintas: el Derecho Internacional, el Derecho Penal y el Derecho Procesal. Desde el punto de vista internacional, es un acto de relación entre dos Estados que generan derechos y obligaciones mutuas. Procesalmente es un acto de asistencia judicial. Penalmente no es más que el reconocimiento de la extraterritorialidad de la Ley de un país en el ejercicio legítimo de *ius puniendi*[232].

En concordancia con lo expuesto, la Corte Suprema, en la Ejecutoria de 4 de marzo de 1998, ha señalado que la extradición, en efecto, tiene por finalidad poner a disposición de la autoridad judicial correspondiente al justiciable, cuya presencia se requiere para el enjuiciamiento o para cumplir la pena que se le haya impuesto como reo presente, al haberse agotado las medidas coercitivas pertinentes en el Estado requirente[233]. Este concepto, propio de la doctrina jurisprudencial, y compatible con el art. 1° de la Ley N° 24710, permite entender, a su vez, que la extradición desde el punto de vista de sus fines, puede ser: a) *extradición procesal o cognitiva*, destinada a hacer que el extraditable sea procesado; y, b) *extradición ejecutiva*, fijada para que el extraditable pueda cumplir con una pena ya impuesta, para cuyo efecto nuestra legislación exige que la sanción se haya dictado en presencia del reo[234].

B. Normas de derecho interno en materia de extradición

B.1. La Ley de extradición de 23 de octubre de 1888

La primera ley de extradición nacional, de 23 de octubre de 1888, que nuestro CPP de 1940 respetó íntegramente en sus arts. 345° y 346°, consagró el *principio de reciprocidad* en materia de extradición, la que era otorgada por el Poder Ejecutivo. Por otro lado –como acota HURTADO POZO–, esta norma reconocía tácitamente y de manera limitada el *principio de la especialidad*, en virtud del cual la extradición se concede por una infracción determinada, por la que debe ser juzgado el delincuente. Sin embargo, según el art. 5° de la Ley, si se descubría que el reo lo es de otro delito distinto y más grave, el Gobierno requirente podrá hacerlo

---

(232) GIMENO SENDRA, Vicente; GARBERÍ LLOBREGAT, José; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido: *Los procesos penales*, Bosch, Barcelona, 2000, T. 6, p. 834.

(233) ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal (1996-1998)*, cit., T. II, pp. 613-614.

(234) HUAPAYA OLIVARES, Alberto: *La extradición*, Gráfica Horizonte, Lima, 2000, p. 31.

juzgar por este último, participándolo al Gobierno del Perú; en consecuencia, bastaba la comunicación del Gobierno peruano, no era necesario su consentimiento[235].

Desde la perspectiva de Derecho penal material, es de resaltar que: 1) Los delitos objeto de extradición eran todos aquellos que tenían previstas en el país (con lo que adicionalmente se recogía el principio de doble incriminación) las penas de muerte, penitenciaría, presidio, trabajos forzados o prisión, superiores a dos años. 2) La extradición no procedía tratándose de nacionales, de delitos políticos, de delitos prescritos según nuestro ordenamiento y en los casos de delitos ya juzgados y sentenciados en el país. 3) Si no se concedía la extradición, el Perú podía juzgarlos y castigarlos conforme a la ley nacional.

Desde el Derecho procesal, es de anotar que: 1) La demanda de extradición debía estar aparejada, en primer lugar, con la sentencia condenatoria o principio de prueba que, según las leyes del Estado en que se hubiera cometido el delito, fuera bastante para justificar la captura y enjuiciamiento del reo; en segundo lugar, con todos los datos necesarios para acreditar la identidad de la persona requerida; y, en tercer lugar, con copia de las disposiciones legales de la nación requirente aplicables al caso. 2) La demanda, presentada por conducto diplomático, era cursada a la Corte Suprema, la que, previa audiencia del Fiscal, emitía informe sobre la legalidad o ilegalidad de la reclamación y remitía los actuados al Presidente de la República, quien resolvía con acuerdo del Consejo de Ministros. 3) En casos urgentes podía decretarse la detención provisional del inculpado si el gobierno reclamante lo solicitaba, que cesaba si no se formalizaba la demanda de extradición en el término de tres meses desde el arresto.

B.2. La Constitución de 1993

La Constitución de 1993, en su art. 37°, sanciona tres principios referidos a la extradición: *Primero*, consagra el sistema mixto judicial-ejecutivo, por el que decide el Poder Ejecutivo con la preceptiva intervención técnico-jurídica de la Corte Suprema de Justicia. Ello significa, en palabras de LEONE, que pertenece al Gobierno la decisión de la extradición, pero se exige como presupuesto esencial la decisión de un órgano jurisdiccional acerca de la existencia de las condiciones para su procedencia[236].

---

[235] HURTADO POZO: *Manual de Derecho penal. Parte general*, cit., p. 263.

[236] LEONE, Giovanni: *Tratado de Derecho procesal penal*, EJEA, Buenos Aires, 1963, T. II, p. 526.

Segundo, la extradición –como institución jurídica– se sujeta a lo que disponen los tratados y la ley interna, así como –y a nuestro juicio de modo concurrente, adicional, complementario, pero limitador– al principio de reciprocidad, sujeto a evaluación del Poder Ejecutivo.

El citado principio de reciprocidad exige: 1) indagar si en los archivos hay expedientes de extradición en una u otra dirección con los países que lo soliciten o a los que se solicita la extradición; 2) constatar si en la documentación remitida por el país requirente se hace la solicitud "...en condiciones de reciprocidad..." y "reitera su disposición a prestar una ayuda jurídica análoga a las autoridades nacionales"[237], aunque también –como postula PASTOR BORGOÑÓN– puede entenderse como la actitud que debe adoptar el Gobierno de exigir que el Estado requirente mantenga en general una actitud de cooperación en materia de extradición o, en su caso, que suela conceder la extradición en supuestos similares, pero sin buscar una estricta correspondencia caso por caso[238].

No creemos válido, a estas alturas de la evolución jurídica, entender tal principio como una fuente supletoria al tratado mismo, que es por cierto el criterio mantenido en nuestro país. GARCÍA RADA, invocando inclusive jurisprudencia de principios del siglo pasado, puntualiza que "Los tratados implican correspondencia de tratamiento en materia extradicional entre los Estados. No habiéndolo, los países exigen la reciprocidad como fundamento para acceder a la extradición"[239].

Tercero, prohíbe la extradición cuando ha sido solicitada con el fin de perseguir o castigar por motivo de religión, nacionalidad, opinión o raza; así, como cuando se trata de delitos políticos o por hechos conexos con ellos, excluyendo expresamente de tal calificación el genocidio, el magnicidio y el terrorismo.

B.3. La Ley N° 24710 y el Decreto Supremo N° 044-93-JUS

B.3.1. Notas explicativas de la extradición

La Ley N° 24710, de 27 de junio de 1987, derogó la anterior Ley de extradición y los arts. 345° y 346° CPP, disciplinando –bajo la inspiración

---

(237) ALARCÓN BRAVO, Jesús: "La práctica extradicional: Cuestiones", en: *Boletín de Información*, Año LIII, N° 1848, Madrid, Ministerio de Justicia, p. 2049.

(238) PASTOR BORGOÑÓN, Blanca: "Comentarios a la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva", en: *Poder Judicial*, N° 15, junio, Madrid, 1985, p. 97.

(239) GARCÍA RADA: *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 393, citando fallos publicados en *Anales Judiciales*, 1911, Lima, p. 469; y en *Anales Judiciales*, 1907, Lima, pp. 581 y 587).

de la legislación española (Ley N° 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva)– tanto la extradición pasiva como la activa, desarrollada después en el Decreto Supremo N° 044-93-JUS, de 10 de diciembre de 1993.

La Ley en referencia, como se anotó, reconoce: (1) la *extradición activa*, que es la petición formal que el Estado requirente dirige al Estado requerido, solicitándole la entrega de un delincuente refugiado en el territorio de éste, con el objeto de aplicar el ordenamiento vigente en aquél a la conducta delictiva del sujeto evadido, específicamente consignada en la solicitud de extradición (*vid.* art. 4°). (2) la *extradición pasiva*, que es la entrega de un delincuente real o presunto refugiado en el Estado solicitado de otro Estado reclamante (*vid.* art. 5°: esa persona puede estar en el Perú, por ejemplo, como residente, turista o de paso). Y, (3) la *reextradición o extradición doble*, que es la segunda entrega del delincuente, realizada por el inicial Estado requeriente, una vez que ya la obtuvo en virtud de extradición del Estado de refugio, que a su vez lo reclama de aquél (*vid.* art. 15°: El Perú impone dos condiciones: una, que el Estado primeramente solicitado haya dado su consentimiento; y, dos, que el extraditado ya se encontrase en libertad en el Estado primitivamente solicitante, transcurridos dos meses después de su absolución o del cumplimiento de la pena impuesta)[240].

Es de destacar, a modo general, tres directivas legales sobre el particular:

1) Las condiciones, los efectos y el procedimiento de extradición se rigen, primero, por los tratados; y, segundo, por la ley de manera supletoria (art. 2°).

2) La reciprocidad (art. 3°) es entendida, sin embargo, no como un principio limitador de la concesión de la extradición, sino como fuente supletoria en su sentido tradicional, es decir, que actúa en defecto de tratado. En todo caso, los límites para que opere están fijados en los arts. 6° y 7° de la ley de extradición.

Empero, tal forma de entender el principio no es aceptable dado que permite una cooperación fuera de marcos preestablecidos y *ad hoc* para casos concretos[241]. Al respecto, COUSIÑO MC IVER, apunta que la extradición así entendida no puede justificar –por sí sola– el otorgamiento de

---

[240] PEÑA CABRERA, Raúl: *Tratado de Derecho penal. Estudio Programático de la Parte General*, 3ª ed., Grijley, Lima, 1999, pp. 224-225.

[241] En igual sentido se pronuncia Javier VALLE RIESTRA (*La extradición*, AFA, Lima, 1989, p. 28), autor de la Ley de Extradición nacional, quien señala que esa disposición fue incorporada por el Senado, a instancias del Ministerio de Relaciones Exteriores, en cuyo informe destaca que la reciprocidad sirve, entre otros supuestos, para efectivizar la extradición con países con los que el Perú no esté vinculado por Tratado.

una extradición, al menos sin violar el principio del *nulla traditio*, ya que la ley que le serviría de fuente no estaría constituida por requisitos de carácter sustantivo, sino simplemente formales[242].

La Corte Suprema, en primer lugar, ha señalado que si en el Tratado no se encuentra comprendido el delito objeto de la demanda de extradición, ésta resulta improcedente[243]; empero, en otro caso ha sostenido que si bien no existe tratado, la extradición procederá si en el país requerido su ley interna permite la extradición bajo el principio de reciprocidad o cortesía[244]; finalmente, con una posición amplísima, sostiene que si no existe tratado, debe observarse el principio de reciprocidad a que hace referencia el art. 37° de la Constitución y las normas contenidas en la ley peruana de extradición (exige además que se haya dictado un auto firme de prisión y que el pedido lo realice el Presidente de la Corte Suprema vía el Ministerio de Relaciones Exteriores)[245]. En segundo lugar, ha invocado el principio de reciprocidad para solicitar la extradición a países con los que no existe tratado, tales como Italia (1907), Alemania (1924), Cuba (1907) y México (1911)[246]. En tercer lugar, ha extendido los alcances del aludido principio al sostener, en la Ejecutoria de 30 de abril de 1998, que es de recurrir excepcionalmente a dicho principio en caso que no existiera tratado o, pese a la existencia de tratado aplicable, éste contemple un listado enunciativo y no taxativo de los delitos que ameritan extradición[247], lo que es censurable, toda vez que precisamente la configuración de un tratado, sea que siga el sistema de listas o el de duración de la pena, es –entre otros requisitos– para determinar con exactitud el ámbito de su aplicación: las listas son taxativas, nunca enunciativas. En cuarto lugar, ha considerado que, además del tratado, debe sustentarse en el principio de reciprocidad, aunque no ha explicado el motivo de ese doble fundamento[248].

---

[242] COUSIÑO MAC IVER, Luis: *Derecho penal chileno. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975, T. I, p. 207.

[243] Ejecutoria Suprema de 3 de setiembre de 1962 (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1963, Lima, p. 93).

[244] Ejecutoria Suprema de 21 de junio de 1982 (*El Peruano*, Lima, 5 de julio de 1982, p. 679).

[245] Ejecutoria Suprema de 26 de diciembre de 1997, Exp. N° 05-97 (CHOCANO RODRÍGUEZ / VALLADOLID ZETA: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 285-287).

[246] GUZMÁN FERRER: *Código de Procedimientos Penales*, cit., pp. 683-684.

[247] ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal (1996-1998)*, cit., T. II, pp. 622-623.

[248] Ejecutorias Supremas de 18 de noviembre de 1994, 23 de noviembre de 1994 y 10 de noviembre de 1994 (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 454-461). Reitera esa posición en la Ejecutoria Suprema de 18 de marzo de 1998,

En nuestro país, por ejemplo MAZUELOS COELLO, sostiene que es posible acudir al principio de reciprocidad –entendiéndolo como el acuerdo entre las partes y el compromiso por el Estado solicitante de acceder a la extradición cuando se presente un caso análogo– no sólo ante la inexistencia de tratado, sino cuando éste no contemple expresamente un delito, en atención a los principios que actualmente orientan la asistencia judicial internacional y a la evolución del Derecho Penal moderno, que en los últimos años ha tipificado conductas específicas (delitos económicos, tráfico ilícito de drogas, lavado de dinero, medio ambiente, etc., crímenes que no han sido incorporados en los tratados y que una concepción restringida implicaría su impunidad)[249]. Sin embargo, no puede confundirse las exigencias político-criminales y de política internacional que impelen a los Estados a intensificar y formalizar sus vínculos en materia de control de la delincuencia, con las garantías y requisitos del Derecho internacional. La extradición debe tener como fuente un tratado y en él las altas partes contratantes configuran el ámbito y características de la institución, que constituyen límites de sus obligaciones y las correspondientes garantías para los ciudadanos. Si un delito no se consignó en el tratado, ello significa que se estimó como no extraditable, y, si el delito fue tipificado con posterioridad al Tratado, en tanto no exista una expresa obligación internacional de su punición derivada de un Tratado y siempre que no constituya un crimen internacional que obligue a los Estados a su persecución (v. gr.: genocidio, tortura, tráfico de drogas, etc.), resulta imperativo desestimar la extradición.

3) La vigencia del denominado "principio de especialidad", en cuya virtud la persona entregada al Estado requirente sólo podrá ser enjuiciada o condenada por los mismos hechos por los que se solicitó y concedió la extradición, sin que el enjuiciamiento o condena pueda extenderse a hechos anteriores y distintos. Este principio sirve para la defensa de la persona entregada y para proteger la soberanía cedida por el Estado requerido.

Dos temas trae consigo este principio, según BELLIDO PENADÉS. En *primer lugar*, determinar si es posible un cambio de calificación de los hechos que fueron materia de extradición. Algunos tratados resuelven el tema, como es el caso del Tratado Europeo de Extradición (art. 14°.3), permitiéndolo siempre que la nueva calificación importe un tipo penal que hubiera permitido la extradición. En verdad, de *lege ferenda* tal modificación no tiene

---

Exp. N° 09-97 (CHOCANO RODRÍGUEZ / VALLADOLID ZETA: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 289-290).

[249] MAZUELOS COELLO, Julio: *Control social y dogmática penal*, Editorial San Marcos, Lima, 1995, p. 152.

porque estar prohibida dado que lo que el principio prohíbe es enjuiciar y condenar por *hechos distintos* no por tipos penales distintos.

En *segundo lugar*, la aceptación, legal y doctrinaria, de que el principio de especialidad no tiene un carácter absoluto. Se autorizan dos excepciones referidas al enjuiciamiento y condena por hechos anteriores y distintos de los motivadores de la solicitud de extradición: a) cuando lo consienta o autorice el Estado requerido, a cuyo efecto deben darse curso a los trámites de ampliación correspondientes, que son los mismos que el de la propia extradición; y, b) cuando determinadas circunstancias revelen el consentimiento de la persona extraditada. En este último caso existen ejemplos de algunos Convenios internacionales celebrados en los marcos Schengen y Comunitario Europeo, exigiéndose en todo caso una renuncia expresa y con obligatoria asistencia letrada. El consentimiento tácito es aceptado en casos muy puntuales, como la permanencia del extraditado en territorio del Estado requirente por más de 45 días o en su regreso voluntario al mismo (*vid.* art. 14°.1.'b' Convenio Europeo de Extradición)[250], pero ello no obsta para considerar válidos otros supuestos, como sería aquel en que el imputado, luego de plantear un medio de defensa cuestionando una vulneración del principio de especialidad, se desista en un acto posterior del mismo y se someta a todas las incidencias del proceso penal.

B.3.2. La extradición pasiva

En materia de extradición pasiva, aquella que se pide al Estado Peruano, la Ley fija las siguientes directivas:

1) No es admisible la extradición: a) si el Estado solicitante no tuviera jurisdicción o competencia para juzgar el delito; b) si el extraditado ya hubiera sido absuelto, condenado, indultado o amnistiado; c) si el delito hubiera prescrito; d) si la pena conminada fuere inferior a un año de prisión; e) si el delito fuera militar, contra la religión, político, de prensa o de opinión, privado (con excepción de estupro y violación), monetario y fiscal, o si se tratare de faltas; f) si el hecho fuera considerado una infracción política o fuera conexo a ella, o si se tratare de una persecución por móviles políticos, de raza, religión y nacionalidad (*vid.* arts. 6° y 7°).

Por otro lado, concedida la extradición, la entrega no se realizará si el Estado solicitante no se compromete a respetar el principio de especialidad, con las excepciones ya indicadas; a no incluir como factor de agravación de

---

[250] BELLIDO PENADÉS, Rafael: *La extradición en derecho español*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 91-100.

la pena un fin o motivo político, militar o religioso; a computar a favor del extraditado el tiempo de carcelería sufrida en el país; a no ser entregado a un tercer país; y, a no aplicar la pena de muerte (*vid.* art. 23°).

2) Incorpora en su art. 8° el principio *aud dedere aud punire* (aunque con mayor propiedad debe decirse *aud dedere aud judiciare*), concordante con lo dispuesto en el art. 3° del Código Penal. Asimismo, la Ley permite aplazar la entrega del extraditado cuando estuviera procesado o cumpliendo pena, en cuyo caso la entrega se producirá concluido el proceso o extinguida la pena (*vid.* art. 9°). También estatuye la caducidad de la extradición cuando transcurran treinta días luego de ordenada ésta y el Estado requirente no recoge al reclamado (la formalización debe producirse acompañando copias autenticadas de la documentación correspondiente y en el plazo antes indicado, siempre que se conozca el paradero del reclamado)[251] (*vid.* art. 20°). Autoriza a revocar la extradición cuando medie error, el que se circunscribe, según VALLE RIESTRA, al *error in persona*, esto es, a la confusión respecto a la identidad real de la persona reclamada[252] (esta solicitud debe formularse antes que la extradición se haya efectuado, es decir, que haya sido entregada a la autoridad extranjera[253]) (*vid.* art. 10°.1). Sanciona la *cosa juzgada extradicional*, salvo cuando la denegación se debe a falta de requisitos formales o extrínsecos (*vid.* art. 11°).

3) El pedido de extradición del Estado requirente al Perú deberá basarse sobre la invocación de sentencia condenatoria o decisión de prisión clara y cierta; el lugar y la fecha en que fue cometido el hecho punible, con los necesarios esclarecimientos; las informaciones sobre la filiación del extraditado y las señales o circunstancias que sirvan para su identificación. Se debe acompañar, en versión española y por vía diplomática, tanto copia de la sentencia condenatoria o de decisión de prisión expedida por juez competente, con la indicación del delito, la declaración de la citación del incriminado o de su contumacia, y el lugar y la fecha en que fue cometido, cuanto copia de los textos de la ley aplicable. También se debe adjuntar prueba del hecho y prueba de la participación del reclamado; requisito que, sin embargo, debe correlacionarse con las exigencias del Tratado, que prima sobre la ley, pues como ya se verá existen tratados que no exigen el principio de prueba para decidir la extradición de un refugiado en su país. De faltar estos requisitos

---

[251] Ejecutoria Suprema de 16 de abril de 1993 (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., pp. 459-460).

[252] VALLE RIESTRA: *La extradición*, cit., p. 85.

[253] Ejecutoria Suprema de 27 de abril de 1993 (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., p. 459).

se pedirá al Estado solicitante que la solicitud sea corregida o completada. Si esto no se produce y, más aún, el Estado requirente expresa que no piensa insistir en la extradición, ésta deviene inadmisible[254].

La exigencia de prueba permite ubicar la ley dentro del *sistema anglosajón* o *de "revisión"*, en cuya virtud corresponde al Estado requerido examinar si existe prueba suficiente que justifique la retención del extraditado para esperar el juicio, esto es, examinar si el extraditado debe soportar un juicio (se cuestiona la perseguibilidad, no la punibilidad), al punto que el extraditado puede acompañar prueba de inocencia y eximentes[255] (es impropio que el art. 32° de la Ley permita al extraditado acompañar prueba de atenuantes, dado que el juicio que debe realizarse en esta sede no es de culpabilidad, sino de legitimidad del procesamiento). Este sistema es distinto al sistema eurocontinental de "control de regularidad de las formas o control limitado", circunscrito a verificar las condiciones extrínsecas de la solicitud de extradición, aunque atemperado, primero, por la noción de 'verosimilitud' de los hechos narrados y de error evidente" y, segundo, por la revisión de hechos, en tanto la comprobación del hecho o del derecho no implique ninguna dificultad y pueda revelar sin ninguna dificultad la falta de base fáctica de la extradición (así se aprobó en la Cuestión IV del X° Congreso de Derecho Penal de Friburgo y en el Congreso de Roma, de 1971)[256].

Es de destacar que la fuente de nuestra Ley de Extradición opta, sin duda alguna, por un sistema restringido en orden a los medios de prueba. Al respecto, señalan MOHEDANO y LILLO que "...en el procedimiento de extradición no se puede enjuiciar sobre el delito del que se acusa al reclamado, ni realizar el control jurisdiccional sobre la consistencia de las pruebas en que se apoya la acusación. Los únicos medios probatorios que se pueden traer al procedimiento extraditorio son los relativos a la constatación de la identidad del reclamado, los referidos a los hechos y fundamentos de derecho que sirvan de base a la demanda y los relacionados con las condiciones exigidas por el Tratado o por la Ley. Estas pruebas tienen como finalidad aclarar y completar los documentos y los datos que figuran en el expediente (...)" [257].

---

[254] Ejecutoria Suprema de 23 de marzo de 1992 (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., p. 458).

[255] PASTOR BORGOÑÓN, Blanca: *Aspectos procesales de la extradición en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 231.

[256] PASTOR BORGOÑÓN: *Aspectos procesales de la extradición en el derecho español*, cit., p. 234.

[257] MOHEDANO, José María y LILLO, Diego: *El procedimiento de extradición*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 15.

4) El Estado requirente, en caso de urgencia, podrá solicitar la prisión preventiva del extraditado, mediante simple requisición con fundamento en una decisión de prisión, sentencia o fuga del extraditado, con la indicación del delito cometido (que es lo que se denomina *"pre-extradición"*). En este caso, dicho Estado se compromete a presentar el pedido formal de extradición dentro de treinta días de la fecha del recibo de la requisición, de lo contrario se concederá libertad incondicional al extraditado. La Corte Suprema ha establecido en la Ejecutoria de 25 de setiembre de 1998 que luego de la detención el pedido formal de extradición debe producirse en el plazo fijado en el art. 20° de la Ley, y si transcurre el mismo, es necesario que el mandato se renueve y, además, se cumpla con la audiencia pública prevista en el art. 35°[258]. Obviamente en cuanto al plazo debe estarse primeramente a lo dispuesto en el Tratado.

5) Producida la detención del extraditado (se entiende, una vez formalizada la demanda de extradición) y puesto a disposición del Juzgado Penal, se le tomará declaración con la asistencia de un abogado defensor (*vid.* art. 32°). Acto seguido, dentro de los quince días de la indagatoria, se citará a una audiencia pública a la que concurrirán el extraditado, su defensor, el Ministerio Público y el abogado acreditado por la Embajada del país reclamante. Las partes están autorizadas a presentar pruebas, alegatos e informar por medio de su Letrado (*vid.* art. 33°).

6) Realizada la audiencia, el Juez Penal dentro del tercer día emitirá informe opinando sobre la procedencia o improcedencia de la extradición y, fecho, lo elevará a la Corte Suprema (*vid.* art. 35°). Según lo dispuesto en el art. 34°.5 de la LOPJ, las extradiciones –tanto activas como pasivas– son de conocimiento de las Salas Penales, ya no de la Sala Plena como disponía el art. 36° de la Ley. Previa a la resolución consultiva de la Sala Penal del Supremo Tribunal, dictamina el Fiscal Supremo en lo Penal (art. 82°.4, LOMP). Dictada la Resolución Judicial, se remitirá todo lo actuado al Gobierno por conducto del Ministerio de Justicia para que el Consejo de Ministros decida (*vid.* art. 36°). Es de destacar que si la resolución consultiva es por la improcedencia de la extradición, el Gobierno queda vinculado (*vid.* art. 36° *in fine*); lo cual nos afilia al denominado *"sistema de garantía judicial"*, dado que para otorgar una mayor protección jurisdiccional a los derechos de los reclamados en extradición, "...establece un procedimiento judicial en el que los tribunales deciden si la solicitud reúne todos los requisitos contenidos en el Tratado para su concesión o no. Si el tribunal no acoge la petición recibida y niega la extradición, la

---

[258] ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal (1996-1998)*, cit., T. II, p. 621.

decisión es definitiva y vincula al poder ejecutivo. Si, por el contrario, el tribunal emite una decisión favorable, el ejecutivo decide en última instancia si se efectúa o no la entrega del fugitivo al Estado requirente"[259]. Tal opción, como enfatiza QUINTERO OLIVARES, expresa el respeto al carácter jurídico de la extradición[260].

7) El Gobierno decide acerca de la extradición mediando Acuerdo del Consejo de Ministros, en cuya virtud expedirá la correspondiente Resolución Suprema a cargo del Sector Justicia. Si la Resolución Suprema es denegatoria, ésta debe ser comunicada a la INTERPOL (*vid.* art. 42°).

B.3.3. La extradición activa

Esta extradición (aquella que la contempla desde el punto de vista del Estado que solicita la entrega[261], esto es, cuando el Estado Peruano es el requirente), se encuentra regulada en los arts. 37° y 38° de la Ley N° 24710. Procede contra reo ausente o contumaz, en cuya virtud el órgano jurisdiccional de instancia formará cuaderno con la denuncia, sus recaudos, las pruebas de cargo y descargo, el tratado y otros documentos solicitados por las partes, que elevará al Supremo Tribunal, cuya Sala Penal (según la modificación incorporada por el art. 34°.5 de la vigente LOJP), previa vista fiscal, de considerarla pertinente se dirigirá al Consejo de Ministros para que por la vía diplomática solicite la extradición (*vid.* art. 37°). El Gobierno puede acceder o no al pedido de extradición activa de la Corte Suprema (*vid.* art. 38°).

Estas normas han sido reglamentadas por el Decreto Supremo N° 044-93-JUS, de 14 de diciembre de 1993. Es de destacar en este Reglamento, seis directivas precisas:

1) Las partes pueden solicitar la extradición del imputado.

2) Con tal finalidad se requiere no sólo auto de detención o sentencia condenatoria, sino informe de Interpol que señale que el imputado ha sido ubicado en un país determinado (no hace falta la detención efectiva).

3) El cuaderno que se formó, que contiene copias de las normas sustantivas del tipo penal materia de instrucción, de las referidas a la extinción de la acción penal y de la pena, del tratado de extradición suscrito por el Perú

---

[259] SEBASTIÁN MONTESINOS, María Ángeles: *La extradición pasiva*, Comares, Granada, 1997, p. 104.

[260] QUINTERO OLIVARES *et al.*: *Manual de Derecho Penal. Parte general*, cit., p. 190.

[261] CURY URZÚA, Enrique: *Derecho penal. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, T. I, p. 177.

con el gobierno extranjero y de las pruebas incriminatorias [262] debe estar legalizado, el mismo que requiere dictamen fiscal y decisión de la Corte Suprema, previa vista de la causa, con lo que culmina la denominada "*fase judicial*".

4) Si la decisión es favorable a la extradición, será remitido el cuaderno judicial al Poder Ejecutivo por intermedio del Ministerio de Justicia, con lo que se inicia la denominada "*fase gubernativa*".

5) El cuaderno de extradición activa será estudiada por una Comisión formada por dos representantes del Ministerio de Justicia y dos del Ministerio de Relaciones Exteriores.

6) En casos urgentes, y especialmente cuando haya peligro de fuga, el Juez o Tribunal podrá solicitar al Estado donde se encuentre el reclamado, dicte mandato de detención provisional con fines de ulterior e inmediata extradición. En este supuesto, como recuerda el Tribunal Constitucional, debe formularse la orden de *detención preventiva internacional* por el Juez de la causa y, luego, efectivizada que fuera, debe solicitarse la extradición en el plazo debido con la conformación de los recaudos correspondientes (STC, Asunto "Boris Foguel y Suengas", de 18 de enero de 2001)[263].

El citado Decreto Supremo fue complementado por el Decreto Supremo N° 031-2001-JUS, de 28 de septiembre de 2001, que agregó tres Disposiciones Complementarias a la primera norma. En *primer lugar*, precisa que el trámite de extradición activa debe tomar en cuenta el plazo máximo que tiene el Estado Peruano según lo dispuesto en el Tratado correspondiente, el principio de reciprocidad, las normas internas de los Estados requeridos y los usos internacionales. En *segundo lugar*, de esto último debe dar cumplida información el Ministerio de Relaciones Exteriores, dentro del que debe considerarse la traducción del cuaderno respectivo. En *tercer lugar*, la INTERPOL comunicará a las autoridades nacionales los resultados de todas las acciones que se les requiera, y tanto los magistrados como los demás funcionarios de los poderes y órganos del Estado involucrados pueden realizar las coordinaciones necesarias para concretar el objetivo de extradición propuesto.

---

[262] Ejecutoria Suprema de 4 de mayo de 1993 (ROJJASI PELLA: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, cit., p. 453).

[263] Exp. N° 567-2000-HC/TC (*Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 9, Trujillo, 2001, pp. 158-160).

C. Tratados multilaterales en materia de extradición

En este ámbito el Perú ha suscrito: a) el Tratado de Derecho Penal Internacional, celebrado en Montevideo el 23 de enero de 1889 y aprobado por Resolución Legislativa de 25 de octubre de 1889. b) Acuerdo sobre Extradición, celebrado en Caracas el 18 de julio de 1911, aprobado por Resolución Legislativa N° 2154, de 22 de octubre de 1915. c) Convención sobre Derecho Internacional Privado, celebrada en La Habana el 20 de febrero de 1928, aprobada por Resolución Legislativa N° 6442, de 31 de diciembre de 1928. Por otro lado, nuestro país no ha ratificado la Convención de Extradición de Montevideo, que está integrada por 13 países americanos, ni la Convención Interamericana sobre Extradición, celebrada en Caracas el 25 de febrero de 1981.

Existen tratados específicos de ámbito multilateral en que el Perú es parte, cuyas normas autorizan a servir de base para solicitudes de extradición por los hechos, en rigor, crímenes internacionales, allí establecidos. Tres de los tratados son de ámbito mundial y los dos restantes, americanos. Son los siguientes: a) Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 (aprobada por Resolución Legislativa N° 15013, de 16 de abril de 1964), art. 36°.2.b), modificada por el Protocolo de Enmienda a la Convención Única sobre Estupefacientes de 1972 (aprobado por Decreto Ley N° 21881, de 12 de julio de 1997), art. 14°. b) Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, firmado en Viena el 20 de diciembre de 1988 (aprobado por Resolución Legislativa N° 25352 de 26 de noviembre de 1991), art. 6°. c) Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (aprobada por Resolución Legislativa N° 24815, de 12 de mayo de 1988), art. 8°. d) Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996 (aprobado por Resolución Legislativa N° 26757, de 13 de marzo de 1997), art. 13°. e) Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando éstos tengan trascendencia internacional (aprobada por Resolución Legislativa N° 24811, de 25 de mayo de 1988), art. 7°. Este último Tratado tiene una fórmula peculiar, dice: "Los Estados contratantes que no supediten la extradición al hecho de que exista un tratado con el Estado solicitante, consideran los delitos comprendidos en el art. 2° de esta Convención como delitos que dan lugar a extradición, de conformidad con las condiciones que establezcan las leyes del Estado requerido".

1) Del primer Tratado ("*Tratado de Derecho Penal Internacional*") son partes: Perú (aprobado por Resolución Legislativa de 25 de octubre

de 1889), Argentina, Bolivia, Paraguay y Uruguay. Es de destacar, desde la perspectiva sustancial, que: a) en materia de jurisdicción rige el principio territorial, sin que la nacionalidad del delincuente impida la extradición; b) la prescripción se rige exclusivamente por la ley del país reclamante; c) los delitos extraditables son los sancionados con pena privativa de libertad no menor de dos años (si se trata de reo sentenciado, la pena impuesta no debe ser menor a un año de privación de libertad); d) no dan mérito a extradición: los delitos de duelo, adulterio, injuria, calumnia, contra el culto, políticos, y contra la seguridad interna o externa y los conexos a ellos; e) los extraditados no pueden ser juzgados por delitos políticos anteriores a la extradición, ni por actos conexos con ellos, pero podrán ser juzgados y penados, previo consentimiento del Estado requerido, los delitos extraditables que no hubiesen dado causa a la ya concedida (incorporación expresa del principio de especialidad); f) el Estado que otorga la extradición puede exigir que si el delito está sancionado con la pena de muerte, se sustituya por la pena inferior inmediata.

En cuanto al procedimiento de extradición, es de precisar que: a) el pedido de extradición debe ser introducido por los Agentes Diplomáticos o Consulares o, en su defecto, de gobierno a gobierno, acompañando copia de la ley aplicable, del auto de detención, de documentos que según su legislación autoricen la prisión y el enjuiciamiento del reo y de la sentencia si se trata de condenado, lo cual importa la exigencia de prueba justificatoria del procesamiento penal, tal como ha sido interpretado por la Corte Suprema en Ejecutoria de octubre de 1927[264]. b) Si el pedido presenta defectos de forma será devuelto al Gobierno que lo formuló, el cual puede reiterar la solicitud previa subsanación; de no ser así, el Gobierno del Estado requirente enviará las actuaciones al órgano judicial competente, el cual, si considera *prima facie* procedente el pedido, ordenará la prisión del extraditado y el secuestro de los objetos relacionados con el delito. c) El Juez debe notificar el admisorio al extraditado en el término de veinticuatro horas y que puede oponerse a la extradición, alegando: *i.* Que no es la persona reclamada; *ii.* Que el pedido presenta defectos de forma; y, *iii.* Que el pedido es improcedente, en cuyo caso se abrirá el incidente a prueba según la ley interna. d) Culminada la eventual etapa probatoria, debe ser fallado en el término de diez días (en el Tratado se hace mención a una apelación, lo que implica la constitución de un procedimiento de extradición en dos instancias). e) Si la sentencia fuese favorable al pedido, se hará saber al Poder Ejecutivo; si es contraria, previamente, dispondrá la inmediata libertad del reo. f)

---

[264] *Revista de Foro*, Año XIV, octubre-diciembre, Lima, 1927, pp. 426-427.

En caso de urgencia, se podrá solicitar proceder administrativamente al arresto provisorio del extraditado y asegurar los objetos relacionados con el delito, accediéndose al pedido siempre que se invoque una sentencia u orden de prisión y se determine con claridad la naturaleza del delito castigado o perseguido; el plazo para presentar la solicitud de extradición es de 10 días desde la llegada del primer correo despachado después del pedido de arresto provisorio.

2) Del segundo tratado (*Acuerdo sobre Extradición*) son partes: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú (aprobado por Resolución Legislativa N° 2154, de 22 de octubre de 1915) y Venezuela. Desde el punto de vista material o sustantivo, es de enfatizar: a) Que la extradición está condicionada a que se cometa el delito dentro de la jurisdicción del Estado requirente y que sea punible en el Estado requerido. b) Que se opta por un sistema de enumeración expresa de delitos extraditables (*numerus clausus*), aunque se limita su procedencia en supuestos tales como cuando la penalidad del delito, en uno u otro Estado, no exceda, en su extremo máximo, de seis meses de privación de libertad; si la acción penal, según las leyes del Estado requerido ha prescrito; si ha operado el *ne bis in idem*; y, si el delito es considerado político o conexo con él, pero se excluye expresamente de esta prohibición el atentado contra la vida de la persona de un Jefe de Estado. c) Que sólo se ejecutará la pena de muerte cuando esté prevista en la legislación de ambos países.

Procesalmente es de resaltar: a) Que para que se efectúe la extradición es preciso que las pruebas de la infracción sean tales, que las leyes del lugar en donde se encuentre el prófugo o enjuiciado, justificarían su detención o sometimiento a juicio, si la comisión del delito se hubiese verificado en él[265]. b) Que a la solicitud de extradición, que debe hacerse por la vía diplomática, se acompañe la sentencia condenatoria o el auto de detención, con la designación exacta del delito, así como las declaraciones u otras pruebas en virtud de las cuales se hubiere dictado dicho auto. c) Que el extraditado no puede ser juzgado por un delito distinto del mencionado en la solicitud de extradición. d) Que es posible efectuar la detención provisional del prófugo por razones de urgencia, la cual cesará si dentro del término de la distancia no se formaliza la solicitud de extradición. Es de precisar que en el Acuerdo entre Perú y Colombia de 24 de febrero de 1998, ratificado por

---

(265) La Corte Suprema, en la Ejecutoria de 26 de diciembre de 1997, ha establecido que, en efecto, la extradición es improcedente si no se acompaña a la demanda de extradición los actuados sustentatorios del hecho incriminado ni las pruebas de la participación del reclamado (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal (1996-1998)*, cit., T. II, pp. 618-619). En una Ejecutoria anterior, hizo lo propio: *Revista de Foro*, Año XIV, octubre-diciembre, Lima, 1927, p. 426.

Decreto Supremo N° 027-98-RE, de 4 de octubre de 1998, se establece que el término de la distancia del citado Acuerdo Bolivariano de 1911 será como máximo 90 días calendarios; el mismo que sólo rige para ambos países, no para los demás integrantes del Tratado, ante cuya ausencia debe aplicarse el art. 20° de la Ley N° 24710, que fija el plazo en 30 días desde la fecha de recibo de la requisición.

3) Del tercer tratado ("*Código de Bustamante*") son partes Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú (aprobado por Resolución Legislativa N° 6462 de 31 de diciembre de 1928), República Dominicana y Venezuela. Sus características más importantes son:

a) No permite la extradición de nacionales, aunque incorpora el principio *aud dedere aud punire*. b) El delito debe haberse cometido en el territorio del Estado requirente o deben aplicársele sus leyes penales de acuerdo al propio Tratado. c) Es necesario que el hecho que motive la extradición sea delito en el Estado requirente y en el Estado requerido. d) La pena asignada al delito no debe ser menor de un año de privación de libertad, y la prisión o detención preventiva del procesado debe estar autorizada o acordada. e) El delito no debe ser político o conexo con él, según la calificación del Estado requerido, calificación de la que está excluido el homicidio o asesinato del Jefe de un Estado o cualquier persona que en él ejerza autoridad. f) La acción penal o la pena no debe estar prescrita conforme a las leyes del Estado requerido o del Estado requeriente. g) No procede la extradición cuando ha operado la cosa juzgada por el mismo delito objeto de la solicitud. h) La solicitud de extradición deben hacerla funcionarios autorizados del Estado requirente, y debe contener sentencia condenatoria o auto de prisión acompañado de las actuaciones del proceso que suministren prueba, o al menos indicios racionales de la culpabilidad de la persona de que se trata, la filiación del reclamado y copia de las disposiciones legales vinculadas al caso. i) Efectuado el arresto provisional, el detenido será puesto en libertad si no se presenta solicitud formal en un plazo razonable. j) El extraditado no podrá ser juzgado por delito distinto del reclamado

D. Tratados bilaterales en materia de extradición

El Perú tiene celebrados 10 tratados bilaterales de extradición. Se trata de las siguientes: a) Convención sobre Extradición y Declaración con el Reino Unido de Bélgica de 23 de noviembre de 1888, y de 18 de enero de 1889 y 21 de enero de 1889, y su Protocolo Adicional de 24 de agosto de 1890, aprobados por Resolución Legislativa de 25 de octubre de 1890; ampliado por Cambio de Notas de 7 de mayo de 1958 y 2 de julio de 1958,

aprobado por Resolución Legislativa N° 13465, de 19 de noviembre de 1960. b) Tratado de Extradición de Criminales con Brasil de 13 de febrero de 1919, aprobado por Resolución Legislativa N° 4462, de 7 de enero de 1922. c) Tratado de Extradición con Chile de 5 de noviembre de 1932, aprobado por Resolución Legislativa N° 8374, de 16 de junio de 1936. d) Tratado de Extradición con España de 28 de junio de 1989, aprobado por Resolución Legislativa N° 25347, de 2 de noviembre de 1991. e) Tratado de Extradición con los Estados Unidos de América de 28 de noviembre de 1889, aprobado por Resolución Legislativa de 11 de diciembre de 1899, y Acuerdo sobre extradición con los Estados Unidos de América por Cambio de Notas de 15 de febrero de 1990, ratificado por Decreto Supremo N° 012-96-RE, de 19 de abril de 1996. f) Tratado de Extradición con Francia de 30 de setiembre de 1874, aprobado por Resolución Legislativa de 8 de junio de 1885. g) Tratado de extradición con el Reino Unido de la Gran Bretaña de 26 de enero de 1904, aprobado por Resolución Legislativa N° 226, de 29 de setiembre de 1906 (extendido por diversas notas diplomáticas a 'Diversos territorios bajo mandato británico, 1904', Kenya, Malawi, Fiji, Las Bahamas, Zanzíbar, Islas Británicas de Salomón); este Tratado se extiende a Canadá, según Nota N° JLA-1724, de 20 de octubre de 1993, enviada por ese País al Perú. h) Tratado de extradición con Italia de 24 de noviembre de 1994, aprobado por Resolución Legislativa N° 26759, de 14 de marzo de 1997 (está en curso la aprobación del Protocolo Modificatorio del art. 6° del mencionado Tratado, remitido por Resolución Suprema N° 513-99-RE, de 19 de noviembre de 1999). i) Tratado de extradición con los Estados Unidos Mexicanos de 2 de mayo de 2000, aprobado por Resolución Legislativa N° 27428, de 23 de febrero de 2001. j) Tratado de extradición con el Ecuador de 4 de abril de 2001, aprobado por Resolución Legislativa N° 27582, de 6 de diciembre de 2001.

En lo que se refiere al procedimiento de extradición es de resaltar algunos puntos especialmente importantes. En el Tratado con el Reino Unido se señala expresamente, primero, que a la demanda de extradición se acompañarán las pruebas que, según las leyes del país donde se encuentre el acusado, justifican su aprehensión, si el crimen hubiera sido cometido allí; y, segundo, que la aprehensión del extraditado sólo procederá si la demanda está de acuerdo con las previsiones arriba indicadas, aunque procede –en casos de urgencia– pedir la detención provisional del delincuente y el embargo de sus bienes (arts. 7° y 10°). Similares disposiciones contiene el Tratado con Estados Unidos (arts. 1° y 7°). Asimismo, con ambos países emblemáticos del sistema anglosajón, se sigue el sistema del *numerus clausus* para señalar los delitos extraditables (art. 2° de ambos Tratados, aunque en el caso de Gran Bretaña se asume un sistema mixto, pues el inc. 21 indica

que también "se concederá la extradición por otros crímenes o delitos contra personas o cosas y que, según las leyes de las altas partes contratantes, son considerados entre los delitos que merecen extradición y acreedores al castigo de un año de prisión, cuando menos"). En el caso de los Estados Unidos de América se sanciona expresamente que si el individuo reclamado está procesado o sufriendo prisión en el Estado requerido, su extradición podrá ser retardada hasta que culmine el procedimiento o se ejecute la pena (art. VI), situación que ha sostenido nuestra Corte Suprema en Ejecutoria de 15 de agosto de 1996 invocando al efecto el art. 9° de la Ley N° 24710[266].

En cambio, el Tratado con el Brasil sólo exige que la República requirente presente documentos que, según sus leyes, prueben la prisión preventiva ordenada por juez competente antes o después de la formación de causa y el enjuiciamiento del reo, o documentos que acrediten la sentencia condenatoria pronunciada por tribunal competente (la norma, art. 1°.2, se refiere al documento o resolución respectiva, no a las evidencias que sirvieron de base para esa resolución). Éste es el mismo modelo seguido en el Tratado con Francia, cuyo art. 3° sólo exige que la demanda esté acompañada de sentencia condenatoria u orden de arresto expedida de conformidad con la legislación del país requirente en que se indique la naturaleza y la gravedad de los hechos imputados.

El Tratado con Brasil sigue un sistema amplio de delitos extraditables: que según la ley del país requerido el delito esté penado con un año o más de prisión (art. 2°); no así el de Francia, que opta por el modelo de *numerus clausus* (art. 2°), aunque limitándolo a que el hecho imputado sea penado, al menos, con un año de prisión.

El Tratado con Bélgica sigue el modelo francés: listado estricto de delitos, sin el límite de la pena de un año de prisión, con inclusión de la regla de la doble incriminación y no exigencia de prueba justificatoria del procesamiento condena.

El Tratado con Chile adopta una posición genérica, en cuya virtud, el esencial tema de la prueba queda librado a lo indicado en la legislación interna. El art. XII estatuye: "La demanda de extradición, en cuanto a sus trámites, a la apreciación de la legitimidad de su procedencia y a la admisión y calificación de las excepciones con que pudiese ser impugnada por parte del reo o prófugo reclamado, quedará sujeta, en cuanto no se oponga a lo prescrito en este Tratado, a las leyes respectivas del país de refugio". El sistema de delitos extraditables es el genérico y está en función a que la pena, según el país requerido, sea de un año o más de prisión (art. 2°).

---

[266] ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal (1996-1998)*, cit., T. II, p. 620.

El último Tratado que el Perú ha suscrito y está vigente es con España. Opta por el sistema de sanciones para determinar los delitos extraditables: son los que tienen conminada pena privativa de libertad o medida privativa de libertad no inferior a un año; en caso de sentencia, la pena no debe ser inferior a seis meses (art. 2°). Precisa además, que están incluidos en el Tratado los delitos comprendidos en los Convenios Multilaterales en los que ambos países sean parte, así como los delitos fiscales (que, por lo demás, no se encuentran expresamente excluidos en ninguno de los tratados suscritos por el Perú).

Por otro lado, se excluyen los delitos exclusivamente militares (art. 6°). También se excluye de la extradición a los nacionales (que es el caso de los tratados con Bélgica, art. 6°; Estados Unidos, art. 3°; Francia, art. 1°; y, Gran Bretaña, art. 3°; así como del Código de Bustamante, art. 345°[267]). No procede la extradición, igualmente, cuando el extraditado será juzgado por un tribunal de excepción o "*ad hoc*" (art. 9°); tampoco procede la extradición por delitos que estén sancionados con pena de muerte, con pena privativa de libertad a perpetuidad o con penas que atenten contra la integridad corporal o expongan al reclamado a tratos inhumanos o degradantes (art. 10°). La solicitud de extradición se acompañará, cuando no exista sentencia, con copia o trascripción de los indicios probatorios en que se fundamenta el auto de procesamiento, prisión o resolución análoga (art. 15°.1.b). Respecto a este último punto, es de tener en cuenta que la legislación y la jurisprudencia española han precisado que la naturaleza de la extradición está limitada "a la de ser un simple acto de auxilio judicial internacional, y que sólo tiene por misión la comprobación de las condiciones específicamente recogidas en las leyes y convenios que la regulan", por lo que se han "excluido de su contexto derechos tan elementales como pueden ser la presunción de inocencia [...] o la interdicción del *bis in idem*"[268] (STC de 20 de mayo de 1997); y, que nuestra legislación, por el contrario, se sustenta en el criterio anglosajón de la *prima facie evidence*: indicios que determinen la posible implicación de reclamados junto con los documentos de la solicitud, o sea de la información que justificaría la sumisión a juicio del reclamado, si el delito se hubiera cometido en el país requerido[269]. Esto último, por ejemplo, es el caso del Tratado con México (art. VIII.1.'e').

---

[267] Llama la atención que en los Tratados suscritos con Chile (art. 1) y Brasil (art. 1°), así como en el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo (art. 1°), expresamente se señala que para la extradición no interesa la nacionalidad del delincuente.

[268] FERRÉ OLIVÉ: *Crimen internacional y jurisdicción internacional*, cit., p. 189.

[269] GARCÍA BARROSO, Casimiro: *Procedimiento de extradición*, Colex, Madrid, 1996, T. II, pp. 96-97.

Cabe insistir, respecto del tema de la prueba, que en el Tratado de Derecho Penal de Montevideo se exige que "la Nación reclamante presente documentos, que según sus leyes autoricen la prisión y el enjuiciamiento del reo" (art. 19°.3); que en el Acuerdo de Caracas se indica que: "(...) Para que la extradición se efectúe, es preciso que las pruebas de la infracción sean tales, que las leyes del lugar en donde se encuentre el prófugo o enjuiciado, justificarían su detención o sometimiento a juicio, si la comisión, tentativa o frustración del crimen o delito se hubiese verificado en él" (art. 1°); que en el Código de Bustamante se prescribe que "Con la solicitud definitiva de extradición deben presentarse: 1. Sentencia condenatoria o un mandamiento o auto de prisión o un documento de igual fuerza (...) acompañado de las actuaciones del proceso que suministren pruebas o al menos indicios racionales de la culpabilidad de la persona de que se trate" (art. 365°). *Ello revela que en nuestro derecho extradicional la exigencia de prueba es la nota característica, a diferencia del modelo eurocontinental.*

Se trata, al decir de MANZINI, de un juicio de mera probabilidad, no de certeza, pues la extradición es un acto de asistencia represiva jurisdiccionalmente garantizado, y no una decisión sobre el mérito de la acción penal. Dichos indicios deben controlarse mediante los resultados del interrogatorio del individuo requerido, llevado a cabo en la instructiva. La extradición, añade MANZINI, sólo debe negarse cuando se excluyan los indicios de culpabilidad por defecto de los elementos producidos o a consecuencia del examen realizado; no cuando resulten simplemente débiles, tal como ha sido establecido por la Corte de Casación en sentencia de 29 de setiembre de 1909[270].

El Tratado suscrito con Italia, por el contrario, y al igual que el Tratado suscrito con Ecuador, opta por el sistema eurocontinental de no exigir prueba del delito imputado ni de la vinculación del extraditado con el mismo (art. 9°). Asimismo, expresamente se asumen los principios de especialidad (art. 8°), doble incriminación (art. 3°.1) y de exclusión de extradición de nacionales (art. 5°.a) y de delitos políticos y exclusivamente militares (art. 4°). En dicho Tratado se sigue, para determinar los delitos extraditables, el sistema de pena conminada: pena privativa de libertad cuya duración mínima sea menor de un año (art. 3°.2).

3. LAS DEMÁS MODALIDADES DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

A. Los tratados de cooperación judicial

El ámbito que asume, hoy en día, la cooperación judicial internacional es, por cierto mucho más amplio que la mera extradición. Comprende

---

[270] MANZINI: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 194.

además: 1) el traslado de personas condenadas; 2) el auxilio o asistencia judicial internacional en materia penal; 3) la transmisión de la ejecución de sentencias penales, que incluye la vigilancia de personas condenadas o en libertad condicional; 4) la transmisión de procesos penales y denuncias para la instrucción de un proceso; y, 5) la entrega vigilada. Nuestro país, sin embargo, sólo tiene celebrados Tratados bilaterales sobre transferencia de personas sentenciadas (transmisión de la ejecución de sentencias penales) y Convenciones y Tratados sobre Asistencia Judicial en materia penal, tanto multilaterales en el ámbito americano, cuanto bilaterales.

En materia de *transferencia de personas condenadas*, los tratados o convenios bilaterales son los siguientes: 1) Con Estados Unidos, de 6 de julio de 1979 (aprobado por Decreto Ley N° 23124, de 9 de julio de 1980); 2) Con Canadá, de 22 de abril de 1980 (aprobado por Decreto Ley N° 23125, de 23 de julio de 1980); 3) Con España, de 25 de febrero de 1986 (aprobado por Resolución Suprema N° 0546, de 31 de octubre de 1986); 4) Con Italia, de 24 de noviembre de 1994 (ratificado por Decreto Supremo N° 047-96-RE, de 10 de diciembre de 1996); 5) Con Venezuela, de 12 de enero de 1996 (ratificado por Decreto Supremo N° 009-97-RE, de 11 de marzo de 1997); 6) Con Bolivia, de 27 de julio de 1996 (ratificado por Decreto Supremo N° 035-96-RE, de 27 de agosto de 1997); 7) con Argentina, de 12 de agosto de 1998 (ratificado por Decreto Supremo N° 020-99-RE, de 1 de mayo de 1999); y, 8) con Ecuador, de 11 de agosto de 1999 (ratificado por Decreto Supremo N° 070-99-RE, de 9 de diciembre de 1999). 9) Mediante Decreto Supremo N° 34-2002.RE, de 4 de abril de 2002, se ratificó el Convenio con Cuba sobre ejecución de sentencias penales.

En lo atinente a la *asistencia judicial en materia penal*, los Tratados o Convenios bilaterales son: 1) con El Salvador, de 13 de junio de 1996 (ratificado por Decreto Supremo N° 029-96-RE, de 26 de julio de 1996); 2) con Colombia, de 12 de julio de 1994 (aprobado por Decreto Supremo N° 24-94-RE, de 2 de agosto de 1994); 3) con Bolivia, de 27 de julio de 1996 (no está en vigencia al no haberse producido el canje de instrumentos de ratificación); 4) con Paraguay, de 7 de agosto de 1996 (ratificado por Decreto Supremo N° 039-96-RE, de 2 de octubre de 1996); 5) con Italia, de 24 de noviembre de 1994 (ratificado por Decreto Supremo N° 048-96-RE, de 11 de diciembre de 1996); 6) con Suiza, de 21 de abril de 1997 (ratificado por Decreto Supremo N° 025-97-RE, de 26 de junio de 1997); 7) con Guatemala, de 16 de abril de 1998 (ratificado por Decreto Supremo N° 041-99-RE, de 15 de julio de 1999); 8) con Cuba, de 15 de febrero de 1999 (ratificado por Decreto Supremo N° 042-99-RE, de 18 de julio de 1999): 9) con Brasil, de 21 de julio de 1999 (ratificado por Decreto Supremo N° 058-99-RE, de 3 de noviembre de 1999); 10) con Canadá, de

27 de octubre de 1998 (ratificado por Decreto Supremo N° 059-99-RE, de 11 de noviembre de 1999); 11) con Ecuador, de 26 de octubre de 1999 (ratificado por Decreto Supremo N° 069-99-RE, de 6 de diciembre de 1999); 12) con Argentina (ratificado por Decreto Supremo N° 21-99-RE, de 2 de junio de 1999); 13) con México (ratificado por Decreto Supremo N° 31-200-RE, de 16 de octubre de 2000; y, 14) con España (ratificado por Decreto Supremo N° 25-2001-RE, de 21 de marzo de 2001). En el ámbito americano existe un Tratado multilateral, denominado "Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal", celebrada en Nassau el 23 de mayo de 1992, aprobado por Decreto Supremo N° 06-95-RE, de 10 de enero de 1995.

B. La transferencia de personas condenadas

Mediante esta institución un extranjero condenado en un Estado del que no es nacional, puede solicitar su condena en el Estado del cual es nacional o en algún Estado con el que presenta vínculos estrechos. Se trata, al decir de DE MIGUEL ZARAGOZA, de un derecho a solicitar el traslado, no de un derecho subjetivo al traslado, siendo esencial al efecto el consentimiento del condenado, y no siendo posible un traslado forzoso[271].

La transferencia de condenados responde a una múltiple causalidad. Apunta al respecto MANZANARES SAMANIEGO que, en primer lugar, de hecho el penado extranjero sufre una agravación de su condena porque las barreras idiomáticas, la diferente mentalidad y cultura, la lejanía de los familiares, incluso la diversidad de religión, aumentan su aislamiento del mundo exterior y empeoran su situación dentro del establecimiento. En segundo lugar, desde las perspectivas de los intereses del Estado de condena, se orienta al abandono del territorio nacional por parte del penado, siempre que no se traduzca en su impunidad; en tercer lugar, el Estado de origen une a ese deseo del regreso de sus nacionales el interés consistente en alcanzar la pretendida resocialización[272].

Desde el derecho interno, esta institución está contemplada en el art. VII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal, modificado por

---

[271] DE MIGUEL ZARAGOZA, Juan: "El espacio jurídico-penal del Consejo de Europa", en: AA.VV.: *Política común de Justicia e Interior en Europa*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, 1995, p. 34.

[272] MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: "El Convenio del Consejo de Europa sobre Traslado de Personas Condenadas", en: AA.VV.: *Comentarios a la legislación penal*, Edersa, Madrid, 1988, T. VIII, Volumen 2, p. 754.

la Ley N° 26861, de 3 de octubre de 1997. Según dicha norma la transferencia de condenados se rige por los Tratados o Convenciones sobre la materia y el principio de reciprocidad por razones humanitarias y leyes respectivas. Empero, la modificación incluyó, primero, una prohibición en orden a determinados delitos graves; y, segundo, la competencia definitiva del Poder Ejecutivo, a través de una Resolución Suprema, para autorizarla (esta norma no incluye, como debería, la preceptiva intervención del Poder Judicial, lo que por lo demás debe estar librado, al igual que los procedimientos internos, a una Ley de Cooperación Judicial Internacional). Las prohibiciones, sin perjuicio de lo establecido en los Tratados, se refieren a los delitos de terrorismo, atentado contra la seguridad nacional, y tráfico ilícito de drogas, en la modalidad hiper agravada de ser cabecilla o dirigente de una organización destinada al tráfico ilícito de drogas.

Los Tratados de "primera generación", es decir, los primeros, de 1979, celebrados con países del sistema jurídico anglosajón: Estados Unidos y Canadá, tienen las siguientes notas características: 1) Constituye presupuesto de su aplicación la aceptación del penado, que deberá confirmar el Estado receptor. 2) Requisito básico es la doble incriminación, con la precisión de que "[...] esta condición no será interpretada en el sentido de requerir que los delitos tipificados en las leyes de ambos Estados sean idénticos en aquellos aspectos que no afectan a la índole del delito". 3) Se requiere, asimismo, que el reo sea ciudadano del Estado receptor, que no esté condenado a pena de muerte, salvo que haya sido conmutada, que no sea un delito militar, que la pena sea firme, que haga falta cumplirse en el momento de la solicitud por lo menos seis meses, y que las disposiciones del fallo (penas accesorias y patrimoniales, así como la reparación civil) hayan sido satisfechas. 4) El Estado receptor tiene absoluta discreción para rechazar el traslado, sin expresión de causa. 5) Si el Estado trasladante considera procedente la solicitud de traslado, se comunicará la resolución al Estado Receptor para que, cumplidas las formalidades internas, se efectúe la entrega del reo. 6) Tanto el Estado trasladante, como el Estado receptor, deben tomar en cuenta para su decisión, el propósito de la institución: rehabilitación social del reo, así como los siguientes factores: gravedad del delito, antecedentes penales, condiciones de salud y vínculos del reo con ambos Estados. 7) El reo entregado no podrá ser juzgado por el delito que motivó la condena objeto de transferencia. 8) El cumplimiento de la condena se sujeta a las leyes y procedimiento del Estado receptor, incluso la aplicación de toda disposición relativa a la reducción de la pena, mientras que el Estado trasladante sólo tiene derecho a recibir información sobre el

cumplimiento de condena, además de conservar jurisdicción exclusiva en orden a la revisión del fallo.

Los Tratados de "segunda generación", dictados al amparo del modelo europeo "Convenio sobre traslado de personas condenadas" de 21 de marzo de 1983, con España, Italia, Venezuela, Bolivia, Argentina y Ecuador, tienen las siguientes notas propias, sin perjuicio de reproducir las aludidas en los Tratados anteriores: 1) Se refieren no sólo a las penas privativas de libertad impuestas a los adultos, sino también a las medidas de seguridad privativas de libertad y a las medidas impuestas a los menores bajo tratamiento especial. 2) El traslado del reo puede ser rechazado si éste no ha cumplido o garantizado el pago, a satisfacción del Estado trasladante, de las multas, costas y costos, reparación civil y condenas pecuniarias. 3) El Estado receptor puede solicitar al Estado Trasladante la concesión de indulto, amnistía o clemencia al reo, facultad que retiene con exclusividad el Estado Trasladante (salvo en el caso de Bolivia, Argentina y Ecuador). 4) Las normas del régimen penitenciario aplicables al reo trasladado son las Estado receptor, pero en ningún caso puede modificarse por su naturaleza o por su duración la pena privativa de libertad pronunciada por el Estado Trasladante.

Es de destacar que en los Tratados celebrados por el Perú no se acepta la conversión de la condena por el Estado receptor o de cumplimiento (art. 11° del Convenio Europeo). Las sanciones impuestas en el Estado trasladante deben proseguir ejecutándose en el Estado receptor, que queda vinculado por la naturaleza jurídica y la duración de la sanción, tal como resulten de la condena impuesta. El art. 10° del Convenio permite, en caso que la naturaleza o la duración de la sanción fueren incompatibles con la legislación del Estado receptor o si la legislación de dicho Estado lo exigiere, se podrá adaptar, mediante resolución judicial o administrativa, a la pena o medida prevista por su propia ley para las infracciones de igual naturaleza, respetándose la configuración de la sanción, que no podrá ser más grave por su naturaleza o por su duración a la impuesta por el Estado trasladante.

El traslado de personas condenadas, sin embargo, es un mecanismo de cooperación limitado en sus alcances, pues sólo alcanza a las personas que están cumpliendo pena o medida privativa de la libertad efectiva y, como tal, se encuentran en un establecimiento penal sufriendo privación de libertad. Actualmente, en Europa se ha dado un paso más en materia de sentencias penales, al firmarse en Bruselas con fecha 13 de noviembre de 1991 un *Convenio sobre ejecución de las condenas penales extranjeras*, que constituye el desarrollo de los Convenios del Consejo de Europa sobre el Valor Internacional de las Sentencias Penales, celebrado en La Haya el 28

de mayo de 1970, y sobre el Traslado de Personas Condenadas, celebrado en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, al que ya hemos hecho referencia líneas arriba.

El Convenio en referencia importa que un Estado, denominado "Estado de condena", transmite la ejecución de una condena de pena privativa de libertad o pecuniaria a otro Estado, denominado "Estado de ejecución". Constituyen *presupuestos* necesarios para solicitar la transmisión de la ejecución de condena de pena privativa de libertad los siguientes: a) que el condenado se encuentre en el territorio del Estado de ejecución y sea nacional del mismo o resida habitualmente en su territorio; b) que el condenado se encuentre en el territorio del Estado de ejecución y se haya denegado su extradición, o que en caso de ser solicitada ésta sería denegada, o que ésta no fuera posible; o, c) que el condenado se encuentre en el territorio del Estado de ejecución en el que cumple o debe cumplir pena privativa de libertad. En el caso de pena pecuniaria, los presupuestos son: a) que la persona condenada sea una persona física que resida habitualmente en el territorio del Estado de ejecución o que disponga de bienes realizables o de rentas en dicho Estado; o b) que la persona condenada sea una persona jurídica cuyo domicilio social se encuentre en el territorio del Estado de ejecución, o que disponga de bienes realizables o de medios financieros en dicho Estado.

La transmisión de la ejecución está sometida a los siguientes *requisitos*: a) que la sentencia sea firme; b) que conforme al derecho del Estado de ejecución, los hechos constituyan infracción penal; c) que la sanción penal no haya prescrito; d) que no exista sentencia firme en el Estado de ejecución recaída sobre los mismos hechos; y, e) que, en caso de existir sentencia firme en un Estado tercero que recaiga sobre la persona condenada por esos mismos hechos, la transmisión de la ejecución no resulte contraria al principio *ne bis in idem*.

Esta nueva modalidad de cooperación alcanza otras formas de transmisión de ejecución de penas. Con ella se amplían las posibilidades de hacer efectivas las condenas penales, pues no sólo se circunscribe a penas privativas efectivas de la libertad, en las que la persona condenada se encuentre internada en un establecimiento penal, sino abarca supuestos distintos, como el caso de penas pecuniarias (el Convenio Europeo sobre la validez internacional de las sentencias penales, celebrado en la Haya el 28 de mayo de 1970, también comprende a las penas de inhabilitación) y de penas privativas de la libertad en las que el reo no esté a disposición del Estado de Condena y se encuentre en el Estado de Ejecución. En este último supuesto la transferencia también tendrá operatividad cuando no sea posible, en razón

a las limitaciones de los Convenios de Extradición, lograr que el reo sea entregado al país reclamante por el Estado de refugio.

Otra modalidad, aunque menor, es la "vigilancia de personas condenadas o en libertad condicional", cuya aceptación por el Estado requerido está sujeta a la existencia de un Tratado, a las posibilidades que tiene de ejercer la vigilancia solicitada en su territorio, al principio de doble incriminación y a la no prescripción de la ejecución de la pena. En virtud de esta institución, el país requerido puede aceptar la vigilancia en su territorio de aquellas personas que en un Estado extranjero hayan sido: a) objeto de una decisión judicial de culpabilidad, acompañada de la suspensión provisional del pronunciamiento de la pena (el Código Penal rotula esta institución bajo el *nomen juris* de *reserva del fallo condenatorio*, art. 62°); o, b) condenadas a una pena privativa de la libertad suspendida, sea en el momento de la sentencia, sea posteriormente (*vid.* art. 57° CP).

C. La asistencia judicial internacional

La asistencia judicial es un mecanismo de cooperación internacional en virtud del cual un tribunal, a solicitud de otro que le envía una carta rogatoria, lleva a cabo en su ámbito territorial diligencias judiciales. Este instituto se funda, sostiene MANZINI, en el principio de mutua asistencia entre los Estados civilizados para la actuación de la función jurisdiccional penal[273].

El ámbito de la asistencia judicial o comisión rogatoria está constituido, al decir de DE MIGUEL ZARAGOZA, por tres tipos de actos de cooperación: el primero, la realización de notificaciones de actos procesales y de emplazamientos o citaciones para testigos y peritos; el segundo, la práctica de cualquier medida de instrucción; y, el tercero, la notificación de antecedentes penales, bien en un caso dado y a petición judicial, bien mediante remesas anuales a los Registros Centrales de cada Estado de las condenas impuestas a sus nacionales en un Estado Parte[274]. Es de entender que la ejecución material de actos de instrucción será posible siempre que sea factible en el país requerido, la que se llevará a cabo respetándose todas las reglas del orden jurídico del país donde deba ser cumplimentada[275].

El art. 168° de la LOPJ permite a los jueces nacionales comisionar a un Juez Extranjero la práctica de una concreta diligencia judicial. Para este efecto, señala la norma, se envía un exhorto legalizado, utilizando el

---

[273] MANZINI: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 217.

[274] DE MIGUEL ZARAGOZA: "El espacio jurídico-penal del Consejo de Europa", cit., p. 32.

[275] GARCÍA BARROSO: *Procedimiento de extradición*, cit., T. II, p. 49.

conducto establecido en el Tratado, y a falta de éste a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, invocando la recíproca conveniencia de celeridad procesal. Estas previsiones legales significan, en primer lugar, que no será necesario para cooperar la existencia de un Tratado; y, en segundo lugar, que nuestra ley no prevé de modo expreso los mecanismos procesales para decidir en nuestro país la asistencia judicial solicitada por un Estado extranjero, esto es, sólo contempla las *rogatorias activas*, mas no las pasivas, que son los requerimientos que la autoridad judicial extranjera, en su propio interés procesal dirige a la autoridad nacional para la ejecución de actos de instrucción penal(276).

En esta perspectiva, se discute si los actos realizados en el extranjero por autoridades extranjeras tienen el carácter de prueba en el país requirente. En nuestra opinión, esos actos (testificales, pericias, registros, etc.) tienen valor procesal, pues de otra forma no tendría sentido solicitarlos y obtenerlos, con todo lo que ello implica en tiempo y costos. Al respecto la Casación italiana, mediante sentencia de 25 de noviembre de 1938, señaló que los actos ejecutados por la autoridad extranjera son procesalmente válidos como si hubieran sido ejecutados en Italia, si han sido cumplidos regularmente según las formas prescritas en el lugar de donde provienen, lo que se presume hasta prueba en contrario(277). La Casación española nos dice que en estos casos sí tienen valor de prueba, en tanto que el Convenio Europeo respectivo establece que a la práctica de una diligencia solicitada en el extranjero podrá concurrir la parte que lo solicite expresamente, siendo la autoridad requerida la que fijará el momento de realización de la comisión rogatoria, a la que califica de una diligencia sumarial preconstituida que es apta para formar la convicción judicial de condena; también ha precisado que las partes pueden incorporar preguntas y aspectos que desean sean esclarecidos por la autoridad extranjera, en cuyo caso la diligencia realizada tiene pleno valor(278).

La Convención Interamericana comprende la asistencia mutua, en el ámbito de los países de la OEA, en procesos penales por delitos de competencia del Estado requirente al momento de solicitarse la asistencia (art. 2°). Ello importa la presentación formal de una solicitud de cooperación de las autoridades de investigación o de enjuiciamiento del Estado requirente, que, sin embargo, no le otorga la potestad de ejercer jurisdicción ni funciones reservadas al Estado requerido por su legislación interna (art. 4°).

---

(276) MANZINI: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 224.

(277) MANZINI: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. I, p. 223.

(278) STS de 3 de diciembre de 1991 y de 19 de enero de 1995 (cfr. RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La prueba en el proceso penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 159-160).

Un detalle singular de esta institución, a diferencia de la extradición y del traslado de condenados, es que no requiere se cumpla el principio de doble incriminación. Facultativamente, el Estado requerido podrá negar la solicitud si la solicitud de cooperación afecta derechos fundamentales radicados en el derecho de propiedad, libertad domiciliaria e intimidad personal: embargo, secuestro de bienes, incautaciones, registros domiciliarios y allanamientos (art. 5°).

Los actos de cooperación son los siguientes: 1) notificación de resoluciones y sentencia, así como de testigos y peritos para que rindan testimonio; 2) recepción de testimonios y declaraciones de personas; 3) práctica de embargo, secuestros de bienes, inmovilización de activos e incautación; 4) inspecciones, examen de lugares y cosas; 5) exhibición de documentos judiciales, remisión de documentos, informes, información y elementos de prueba; y, 6) traslado de personas detenidas para que presten declaración (art. 7°).

El Estado requerido, de modo general, podrá denegar la cooperación solicitada: 1) si el delito objeto del proceso en el Estado requirente ya fue juzgado en el Estado requerido; 2) si el proceso penal entraña una persecución por razones de sexo, raza, condición social, nacionalidad, religión o ideología; 3) si se trata de un delito político o tributario; 4) si el órgano de juzgamiento es *Ad Hoc* o de excepción; 5) si el acto de cooperación afecta el orden público, la soberanía, la seguridad o los intereses públicos fundamentales (art. 9°).

Las solicitudes de asistencia se ejecutan de conformidad con el derecho interno del Estado requerido, y se llevarán a cabo en la medida en que no contravengan la legislación local (art. 10°). Las solicitudes que importen limitación de derechos fundamentales no se aceptan automáticamente, pues deben evaluarse por el órgano judicial y accederse sólo si cumplen con los requisitos de la ley interna (art. 13°). El traslado de detenidos para declaraciones no sólo es temporal y está sujeto a su consentimiento (art. 20°), sino que importa el otorgamiento de un salvoconducto o inmunidad, en cuya virtud no podrá ser procesado por delitos anteriores a su salida; tampoco podrá ser requerido a declarar en procedimientos distintos de los especificados en la solicitud de asistencia, ni ser procesado sobre la base de la declaración que preste, salvo en caso de desacato o falso testimonio (art. 22°).

Otra diferencia con la transferencia de condenados y la extradición –en la misma línea que la no exigencia de la doble incriminación– es que la asistencia judicial no requiere la intervención decisoria del Gobierno. Es un acto estrictamente judicial regido por pautas jurídicas predeterminadas,

en cuya virtud el juez decide la procedencia del pedido y, de ser el caso, lo lleva a cabo según las disposiciones de la ley procesal nacional, con lo que se ratifica con carácter general la "*lex fori*", en cuya virtud cualquier acto procesal realizado en el país se rige por nuestras normas procesales, incluyendo, como anota ASENCIO MELLADO, toda tramitación procesal realizada por órganos jurisdiccionales nacionales en funciones de auxilio judicial internacional y, por tanto, en el marco de un proceso extranjero regido, pues, por los preceptos imperantes en ese país(279).

En los Tratados bilaterales, cuyas bases fundamentales son las mismas que el Tratado multilateral antes indicado, se precisan otras medidas de asistencia o cooperación. Así tenemos que expresamente se prevé: 1) la localización e identificación de personas, de domicilios y otros elementos materiales, que incluye productos e instrumentos del delito (v. gr.: art. 5°.a del Tratado con Canadá, art. 16°.1 del Tratado con Ecuador); 2) la realización de peritajes (v. gr.: art. 1°.e del Tratado con El Salvador); 3) la autorización de la presencia de funcionarios del Estado requirente en la práctica de actuaciones de cooperación (v. gr.: art. 1°.g del Tratado con Bolivia); 4) el levantamiento del secreto bancario (v. gr.: art. 3°.1.h del Tratado con Brasil); 5) la denuncia con fines procesales (se trata de una denuncia con fines de enjuiciamiento ante los tribunales, formulada por el Estado requirente) (v. gr.: art. 14°. 1 del Tratado con Cuba); 6) el otorgamiento de facilidades y seguridad necesarias para la actuación de pruebas y diligencias judiciales dentro de su territorio (v. gr.: art. 9° del Tratado con Colombia); y, 7) la comunicación de sentencias de condena pronunciadas por sus propias autoridades judiciales, contra ciudadanos de dichas partes (v. gr.: art. 17° del Tratado con Guatemala).

Es de destacar dos actos de cooperación especialmente interesantes: a) la "denuncia con fines procesales" y b) las "diligencias en el exterior". Por la primera se instaura una justicia por representación, que permite a un Estado denunciar formalmente ante otro Estado, un determinado delito. Normalmente, apunta DE MIGUEL ZARAGOZA, se utiliza tal mecanismo cuando la persona denunciada es nacional del Estado requerido y si se pidiese su extradición no sería concedida en la mayoría de los países(280).

El segundo acto de cooperación importa un desplazamiento de Jueces o Fiscales al extranjero para realizar allí diversos actos de instrucción. La autoridad judicial del Estado requerido, en este caso, prestará el apoyo

---

(279) ASENCIO MELLADO, José María: *Introducción al Derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 30.

(280) DE MIGUEL ZARAGOZA: "El espacio jurídico-penal del Consejo de Europa", cit., p. 31.

necesario dentro de su competencia. Según el art. 489° del Proyecto de Código Procesal Penal de 1996[281], elaborado sobre la base de un Proyecto de Ley sobre Asistencia Mutua en Materia Penal y Traslado de Condenados de 1993, la práctica de diligencias en el extranjero por autoridad judicial peruana está condicionada no sólo a la aceptación del Estado extranjero, sino a la decisión previa del Fiscal de la Nación o de la Sala Penal de la Corte Suprema, según corresponda realizarla al Fiscal o al Juez, sustentada sobre la base de la naturaleza y de la urgencia de la actuación de la diligencia en cuestión. En el caso inverso, de autoridades judiciales extranjeras en el Perú, el art. 490° prescribe que las diligencias se autorizarán "[...] si no afectan derechos y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico peruano", en cuyo caso el Juez Penal debe prestar a la autoridad extranjera el apoyo que requiera.

D. La transmisión de procedimientos en materia penal

Señala SALCEDO VELASCO que los supuestos de cooperación judicial mencionados anteriormente comportan la actuación de jueces del país requerido en auxilio de jueces del país requirente, que en un sentido amplio se traduce en una actividad material y judicial en la que el órgano jurisdiccional requerido desarrolla su actividad y obtiene un resultado que transmite a la parte requirente, lo cual supone sometimiento a las normas sustantivas y procesales del país requerido y ejercicio, que no renuncia, de las facultades y potestades de sus tribunales[282]. La transmisión de procedimientos en materia penal es una técnica de auxilio internacional penal alternativa a la extradición, pues permite hacer efectiva la responsabilidad penal derivada de la comisión de un delito; en este caso, acota BELLIDO PENADÉS, el Estado requirente, en lugar de pedir al Estado requerido la entrega de una persona para enjuiciarla en el territorio del primero, le solicita que el enjuiciamiento se realice en el territorio del segundo[283].

---

(281) El Libro Sexto (arts. 473°/500°) del aludido Proyecto de CPP, es una reproducción del mismo Libro del Proyecto de 1995, que elaboró una Comisión Especial integrada por Congresistas y representantes del Ministerio de Justicia, Poder Judicial, Ministerio Público y del Colegio de Abogados de Lima, presidida por el Dr. César Fernández Arce, Presidente de la Comisión de Justicia del Congreso. Ese Libro del Proyecto tiene su fuente en el Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo sobre Asistencia Mutua en Materia Penal y Traslado de Condenados de 1993. En ambos casos, me correspondió su redacción.

(282) SALCEDO VELASCO, Andrés: "Mecanismos procesales de cooperación judicial", en: AA.VV.: *Política común de Justicia e Interior en Europa*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, 1995, pp. 205-206.

(283) BELLIDO PENADÉS: *La extradición en derecho español*, cit., p. 29.

Sin embargo, hoy en día –esencialmente en el espacio europeo– se ha incorporado otra modalidad de cooperación judicial que, en rigor, importa una cesión de jurisdicción en favor de otro Estado. El Convenio Europeo sobre transmisión de procedimientos en materia penal de 15 de mayo de 1992 establece unas excepcionales normas de competencia, en cuya virtud, siempre a petición fundamentada del Estado requirente, mediante lo que se denomina "solicitud de instrucción del procedimiento", cualquier Estado firmante tendrá competencia interna para perseguir con arreglo a su propia legislación penal sustantiva, cualquier infracción, a la que le sea aplicable la legislación penal de otro Estado contratante.

La base de este Convenio es la doble incriminación. El Proyecto de Ley Orgánica de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Penal de España, por ejemplo, no sólo no considera necesaria la existencia de un Tratado, bastando el principio de reciprocidad y normas jurídicas internas que definan las bases de la cooperación (art. 90°.4), sino que además exige el cumplimiento de alguna de las siguientes conexiones para fundamentar la transmisión del procedimiento: a) que el presunto responsable sea nacional del Estado requerido; b) que resida o se encuentre en dicho Estado; c) que ya exista, o se vaya a iniciar, un proceso por el mismo hecho o por un hecho diferente; d) que los elementos de prueba se encuentren en dicho Estado; e) que concurran mejores probabilidades de reinserción en dicho Estado; f) que existan razones para sospechar que no comparecerá a juicio en el país requirente; g) que no existan garantías de que una posible condena en el país requirente pueda ser ejecutada en su territorio ni aun recurriendo a la extradición, mientras el Estado requerido sí esté en condiciones de poderla ejecutar (art. 94°). Igualmente, constituyen requisitos para la transmisión de procedimientos, no sólo que se cumpla el principio de doble incriminación y exista alguna de las conexiones arriba indicadas, sino que además la acción penal no haya prescrito, el delito no sea castrense, no haya motivos para sospechar que en el otro Estado el presunto responsable vaya a sufrir cualquier tipo de discriminación, y que la solicitud sea aceptada por el Estado requerido (art. 95°). La solicitud se acompañará con el proceso original o copia certificada del mismo, el relato de los hechos y copia de la legislación aplicable, certificación de la detención preventiva sufrida en el proceso que se transmite y cita de la causa en que se fundamenta la transmisión (art. 96°).

E. La entrega vigilada

El art. 11° de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias psicotrópicas, celebrada en Viena

el 20 de diciembre de 1988 (aprobado mediante Resolución Legislativa N° 25352, de 22 de noviembre de 1991), incorpora como una forma de cooperación judicial la denominada "entrega vigilada". Se trata, en verdad, de una técnica de investigación de delitos de tráfico ilícito de drogas que, como apunta JOSHI JUBERT, consiste en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas circulen, salgan o entren en territorio sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas o de prestar auxilio a autoridades extranjeras con estos mismos fines(284). Como tal, en palabras de GIMENO SENDRA, esta institución incorpora una específica exención de la obligación de denunciar los delitos, que tienen los órganos encargados de la persecución penal, justificada en los casos de delincuencia organizada y necesaria para evitar la pérdida de eficacia en la lucha contra este fenómeno criminal(285).

El art. 29° de la Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas (Decreto Legislativo N° 824, de 24 de abril de 1996), recoge esta institución en el ordenamiento interno bajo el nombre de "remesa controlada", en cuya virtud corresponde su planificación a la policía y su autorización al Ministerio Público, a partir del cual, "...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 y las conexiones con asociaciones delictivas". El art. 28° estipula que el Ministerio Público, "con el propósito de permitir la obtención de las pruebas necesarias para posibilitar la acusación penal", no sólo autoriza la ejecución tanto de la remesa controlada como del agente encubierto, sino que supervisa su desarrollo y dispone su culminación una vez que haya cumplido sus objetivos. De existir proceso judicial abierto, la autorización y supervisión corresponde al Juez Penal.

En caso de tráfico ilícito internacional, la ejecución de estas técnicas, según el art. 28° *in fine*, se sujetarán a lo prescrito en los Convenios suscritos por el Perú, lo que significa que su desarrollo exige Tratado y no mera invocación del principio de reciprocidad. El Convenio de Viena antes citado prescribe que la ejecución de esta técnica presupone "acuerdos o arreglos mutuamente convenidos" (art. 11°.1); por ende, no hay cabida a la reciprocidad, puesto que los acuerdos o arreglos deben insertarse en un Convenio

(284) JOSHI JUBERT: *Los delitos de tráfico de drogas*, I, cit., p. 300.

(285) GIMENO SENDRA, Vicente; GARBERÍ LLOBREGAT, José; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido: *Los procesos penales*, Bosch, Barcelona, 2000, T. III, p. 13.

expreso, tal como entiende la ley peruana. En virtud de este Acuerdo o Convenio, "las remesas ilícitas cuya entrega vigilada se haya acordado podrán ser interceptadas y autorizadas a proseguir intactas o habiéndose retirado o sustituido total o parcialmente los estupefacientes o sustancias sicotrópicas que contengan" (art. 11°.3 Convenio de Viena).

4. La cooperación judicial internacional y la Corte Penal Internacional

A. La creación de la Corte Penal Internacional

El surgimiento del Derecho Penal Internacional, que desde una perspectiva estricta puede definirse como el "[...] sector del ordenamiento internacional cuya función es proteger, entre los bienes vitales que constituyen el orden jurídico internacional, aquellos que son más importantes frente a las formas de agresión más graves"[286], determinó con el transcurso del tiempo la configuración de un conjunto de delitos internacionales[287] y, esencialmente, la institucionalización de una jurisdicción internacional a cargo de un órgano jurisdiccional permanente. Se pasó, como apunta CHERIF BASSIOUNI, de definir un delito internacional a través de Convenios multilaterales y delegar su aplicación e imposición de sanciones previstas para dicho ilícito en el Derecho penal interno de los Estados que acepten las normas en cuestión (denominado "sistema de aplicación indirecta") a la instauración de un sistema internacional de justicia penal[288].

La Asamblea General de las Naciones Unidas de 21 de octubre de 1947 encomendó a la Comisión de Derecho Internacional la formulación de los principios de Derecho Internacional reconocidos en la Carta y en el juicio del Tribunal de Nüremberg y la preparación de un Proyecto de Código de

---

(286) GIL GIL, Alicia: *El genocidio y otros crímenes internacionales*, UNED, Valencia, 1999, p. 18.

(287) Entiéndase por *delito internacional*, en palabras de Alicia GIL GIL (*El genocidio y otros crímenes internacionales*, cit., pp. 24-25), aquella conducta que infringiendo una norma internacional lesiona o pone en peligro bienes jurídicos pertenecientes al orden jurídico internacional. Como tal, se diferencia el *delito transnacional*, que a menudo es objeto de una regulación mediante instrumentos internacionales que pretenden la armonización de las legislaciones internas y la cooperación interestatal en su persecución y castigo, dado que importan a varios países debido a que sus efectos o la organización de sus autores traspasa las fronteras, escapando con frecuencia a la capacidad de reacción de un solo Estado.

(288) BASSIOUNI, Cherif M.: *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 81-83.

crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad. La formulación de los principios de Nüremberg fue aprobada por la Comisión en su segunda sesión de 1950. El primer Proyecto de Código fue aprobado en su primera lectura por dicha Comisión en 1951, y tras su modificación en su segunda lectura en 1954 fue presentado a la Asamblea General, que no llegó a aprobarlo; similar suerte siguió el primer Proyecto de Corte Penal Internacional de 1951, revisado en 1953. En 1991 la Comisión logró aprobar en primera lectura un nuevo Proyecto de Código (el anterior se estancó por la definición de la "agresión"), cuya segunda lectura a la luz de las observaciones de los gobiernos se inició en 1994, aprobada en su 48° sesión de 1996. Paralelamente, la Comisión creó en 1992 un grupo de trabajo encargado de la elaboración de un Estatuto de la Corte Penal Internacional, el mismo que presentado fue aprobado por la Comisión en su 46° período de sesiones de 2 de Mayo a 22 de julio de 1994. Con posterioridad un Comité Preparatorio (1996 y 1997) fue encargado de elaborar un informe sobre las diversas propuestas y comentarios realizados al Proyecto, el que fue culminado y aprobado como Proyecto Consolidado entre marzo y abril de 1998.

La Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 51/207 de 17 de diciembre de 1996 decidió celebrar en 1998 una conferencia diplomática de plenipotenciarios para dar forma definitiva y adoptar una Convención sobre el establecimiento de la Corte Penal Internacional. Esta Conferencia tuvo lugar en Roma del 15 de junio al 17 de julio de 1998. Participaron 160 Estados, sin perjuicio de la intervención en calidad de observadores de organizaciones internacionales intergubernamentales, de 133 organismos internacionales no gubernamentales, de órganos autónomos de la ONU y de organizaciones nacionales no gubernamentales. El Estatuto fue aprobado el 17 de julio de 1998 por votación mayoritaria de 121 Estados (votaron en contra 7 Estados –entre los que se encuentran Estados Unidos, China e India– y se abstuvieron 21 Estados), el mismo que entró en vigor después que 60 Estados firmantes entregaron su instrumento de ratificación (art. 126° del Estatuto). Ello no hace sino reflejar, a juicio de CONCEPCIÓN ESCOBAR, el interés renovado de la sociedad internacional para dar una respuesta institucionalizada al problema del enjuiciamiento de los crímenes internacionales[289].

El Perú mediante Resolución Suprema N° 443-98-RE, de 1 de octubre de 1998, delegó en su Embajadora en Italia, las facultades suficientes para suscribir en representación del Gobierno del Perú, el Estatuto de la Corte Penal

---

[289] ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción: "La Corte Penal Internacional: rasgos básicos", en: AA.VV.: *Crimen internacional y jurisdicción universal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 229.

Internacional. Sin embargo, y bajo el único argumento que el citado Estatuto se encuentra abierto a la firma de todos los Estados desde el 17 de octubre de 1998 hasta el 31 de diciembre del año 2000 en la sede de las Naciones Unidas, en Nueva York, mediante Resolución Suprema N° 478-98-RE, de 31 de octubre de 1998, dejó sin efecto la Resolución Suprema anterior. Felizmente, el Estatuto fue aprobado mediante Resolución Legislativa N° 27518 y ratificada por Decreto Supremo N° 34-2002-RE, de 9 de octubre de 2001.

B. La jurisdicción y competencia de la Corte Penal Internacional

La Corte Penal Internacional –en adelante, CPI– es concebida como institución permanente que se inserta en el sistema de Naciones Unidas (vinculada con las Naciones Unidas dice el art. 2° del Estatuto) y con sede en La Haya, Países Bajos. Como tal, tiene subjetividad (personalidad jurídica) internacional y capacidad jurídica para el desempeño de sus funciones y la realización de sus propósitos (art. 4°), así como constituye una jurisdicción común a los Estados Partes, en posición de supremacía, lo que impide a los tribunales nacionales entablar con ella cuestiones de competencia[290]. Opta por un modelo integrado y netamente internacional de deducción de la responsabilidad penal tanto en el plano sustantivo como en el jurisdiccional.

La jurisdicción de la CPI está radicada en personas naturales respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional (art. 1°), siempre que sean mayores de 18 años (art. 26°). Su competencia material, según el art. 5°, abarca los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión. Se ha precisado los alcances típicos de tres crímenes internacionales (arts. 6°-8°), salvo el de agresión, sujeto a que se apruebe una disposición –que en todo caso debe dictarse luego del plazo de 7 años de la entrada en vigor del Estatuto– que lo defina, y precise las condiciones de su incorporación (*vid.* arts. 5°.2, 123° y 124°). La competencia de la Corte, por lo demás, es *inherente*, esto es, que la capacidad de conocimiento de la CPI sobre los crímenes a ella sometidos se configura de modo suficiente mediante la ratificación del Estatuto por el Estado respectivo[291].

En cuanto a las condiciones previas para el ejercicio de la competencia, el Estatuto prevé un modelo de competencia de tres niveles: 1) Ésta

---

(290) DE MIGUEL ZARAGOZA, Juan: "Nota sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional", en: *Boletín de Información*, Año LIII, N° 1836-1837, Suplemento, Madrid, 1999, p. 14.

(291) GUERRERO APRÁEZ, Víctor: "El Estatuto de la Corte Penal Internacional: Antecedentes y características", en: *Revista de Derecho Público*, N° 10, mayo, Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 9.

es automática, sean los Estados involucrados Parte o no del Estatuto, cuando lo acuerde el Consejo de Seguridad de la ONU con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas; y, fuera de este supuesto, siguiendo la denominada *"propuesta de Corea"*; 2) si uno o varios de los Estados son Parte en el Estatuto; o, 3) si un Estado No Parte acepta la competencia *ad hoc* de la Corte en un caso concreto, mediante declaración depositada en poder del Secretario de la CPI. En ambos casos, la competencia se adscribe a la CPI en la medida en que se cumpla cualquiera de los siguientes puntos de conexión: a) que se trate del Estado del lugar de comisión del delito o el de bandera, si se cometió en una nave o aeronave; o b) que se trate del Estado del que sea nacional el acusado del crimen. En ambos supuestos, el Estado 'involucrado' debe ser Estado Parte. De no serlo, debe haber aceptado en el caso concreto la jurisdicción de la CPI (art. 12°).

A las reglas mencionadas, precisa CONCEPCIÓN ESCOBAR, se añade una última dimensión temporal, que opera a partir de un modelo de irretroactividad absoluta (art. 11°), conforme al cual la Corte no podrá entender ningún asunto referido a hechos que se hayan cometido con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto[292].

El ejercicio de la competencia de la CPI podrá ejercerse en la medida en que un Estado Parte o el Consejo de Seguridad formule ante el Fiscal una denuncia fundamentada y documentada, quien además puede iniciar investigaciones de oficio (arts. 13°-14°). Corresponde al Fiscal analizar la veracidad de la información recibida, recabar más información de fuentes diversas y recibir testimonios escritos y orales; y, si considera que existe fundamento suficiente (fundamento razonable) para abrir una investigación presentará a la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI una autorización en tal sentido, la que lo autorizará siempre y cuando encuentre mérito para abrir una investigación y que el asunto parezca corresponder a la competencia de la CPI (art. 15°).

El art. 17° del Estatuto incorpora el *principio de complementariedad* en materia de competencia de la CPI, descartando el sistema de jurisdicción internacional exclusiva. Significa que la Corte sólo podrá actuar cuando la jurisdicción nacional no esté dispuesta o no sea capaz de perseguir un delito que caiga en la esfera de su competencia. En principio, anota AMBOS, no estará permitido un procedimiento ante la CPI cuando esté tramitándose un procedimiento nacional o el asunto en cuestión no sea lo suficientemente

---

[292] ESCOBAR HERNÁNDEZ: "La Corte Penal Internacional: rasgos básicos", cit., p. 234.

grave como para justificar una intervención de la Corte[293]. Por consiguiente, la responsabilidad primaria de investigar y enjuiciar los crímenes de competencia de la Corte corresponde a los Estados nacionales. Sólo cuando un Estado no tenga disposición o capacidad real para proceder, o prefiera que la Corte actúe, o esté inactivo de otra manera, será posible que la CPI pueda determinar admisible un asunto[294].

Lo expuesto significa, apunta SALVO ANDÓ, que la CPI "(...) no nace como una institución alternativa a la justicia administrada por los Estados, sino como una justicia integrada, complementaria. La CPI no puede funcionar prescindiendo de lo que hagan los Estados; son principalmente dos las razones que lo impiden: ni todos los crímenes internacionales pueden llegar a la CPI ni en todos los casos pueden ser juzgados por la CPI, ya que ésta carece de la estructura necesaria para soportar un contencioso de tal magnitud"[295]. Agrega el citado autor que, el principio de complementariedad cumple una función de estímulo en cierto sentido sobre la justicia nacional para que cumpla frente a la amenaza de verse desprovista de sus propias competencias. La CPI es una pistola que apunta al fin y al cabo sobre los Estados[296].

C. La cooperación internacional y la asistencia judicial

La Parte IX del Estatuto, denominada "De la cooperación internacional y la asistencia judicial", comprende los arts. 86° al 102°. En principio, como regla general, los Estados Parte están obligados a cooperar plenamente con la Corte en la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de su competencia (art. 86°). Ello es así porque la Corte carece de una estructura investigadora, no está en condiciones de llevar a cabo medidas de policía previas o sucesivas al proceso[297]. La cooperación es solicitada por la CPI a través de "solicitudes de cooperación", cuyo carácter reservado debe ser preservado por el Estado requerido, salvo que su divulgación sea necesaria para tramitarlas (art. 87°.3), no obstante lo cual el Estado requerido, a solicitud de la Corte, debe proveer la seguridad y el bienestar físico o psicológico de las

---

(293) AMBOS, Kai: *Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma*, Iuscrim, Freiburg im Breisgau, 1998, p. 90.

(294) BROOMHALL, Bruce: *Corte Penal Internacional: Visión general y cooperación con los Estados*, Nouvelles Études Pénales, 1999, p. 27.

(295) SALVO ANDÓ: "El castigo de los crímenes internacionales y la tutela de los Derechos Humanos en la Era de la Globalización", en: *Thémis*, N° 39, Lima, 1999, p. 477.

(296) SALVO ANDÓ: "El castigo de los crímenes internacionales y la tutela de los Derechos Humanos en la Era de la Globalización", cit., p 478.

(297) SALVO ANDÓ: "El castigo de los crímenes internacionales y la tutela de los Derechos Humanos en la Era de la Globalización", cit., p. 477.

víctimas, los posibles testigos y sus familiares (art. 87°.4). Las "solicitudes de cooperación" también pueden cursarse a Estados No Partes, siempre que hayan celebrado un arreglo especial o un acuerdo con la Corte (art. 87°.5), así como a cualquier organización intergubernamental (art. 87°.6). El incumplimiento de las "solicitudes de cooperación" determinará que la CPI se dirija a la Asamblea de los Estados Partes o al Consejo de Seguridad, si éste le hubiese remitido el asunto (art. 87°.7).

Las formas de cooperación son las siguientes: 1) entrega de personas a la Corte (art. 89°); y, 2) Asistencia judicial, que comprende doce actos específicos y uno genérico, tales como: identificación y búsqueda de personas u objetos, práctica de pruebas, interrogatorio del imputado, realización de notificaciones y emplazamientos de asistencia a la Corte, traslado de personas a la Corte y facilitación de comparecencia a ella, práctica de allanamientos y decomisos, realización de inspecciones oculares (incluye exhumaciones e inhumaciones), transmisión de registros y documentos (inclusive oficiales), protección de víctimas y testigos, preservación de pruebas, identificación del paradero de personas y congelamiento del producto y de los bienes vinculados al delito, así como "cualquier otro tipo de asistencia no prohibida por la legislación del Estado requerido y destinada a facilitar la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de competencia de la Corte" (art. 93°). Se incluye en este punto la orden de detención dictada por la Sala de Cuestiones Preliminares, al amparo del art. 58° del Estatuto, que el Estado Parte deberá ejecutar de conformidad con su derecho interno y lo dispuesto para la Asistencia Judicial en el Estatuto (art. 59°).

Dos datos son de destacar. El primero, que como la CPI carece de cualquier potencial coercitivo, en aras de configurar una institución capaz de garantizar justicia a la vez que respete plenamente las prerrogativas de los Estados, resulta imprescindible un sistema de cooperación efectiva y confiable. Ello explica la obligación de cooperación plena por los Estados Parte y la consecución de acuerdos especiales con esta misma finalidad con los Estados que no son parte del Tratado (arts. 86° y 87°.5). En este caso, como enseña BROOMHALL, se trata de una obligación de cooperar en relación con la investigación y el enjuiciamiento de un crimen que le compete a la Corte; se aplica, por tanto, una vez que la Corte ha iniciado una investigación, y tiene un carácter general que se extiende a cualquier autoridad nacional, sea policial, militar o de otra área del gobierno que tenga una responsabilidad competente a la solicitud de la Corte[298].

---

[298] BROOMHALL, Bruce: *Corte Penal Internacional: Una guía para su implementación nacional*, Instituto Legal Internacional de Derechos Humanos (Universidad de Paul)

El segundo, que los Estados Parte deben desarrollar una legislación que permita hacer viable las formas de cooperación necesarias para el funcionamiento de la Corte (art. 88°). Se requiere que los Estados sean legalmente capaces de brindar la asistencia pedida por el Estatuto, mientras permiten los procedimientos que disponen la cooperación a ser diseñada por los Estados Partes, en sostenimiento de sus sistemas legales y constitucionales, lo que exige procedimientos internos más expeditivos que en el caso de asistencia entre Estados, dado que la Corte no es una competencia 'foránea' y sus procedimientos están sujetos a altos estándares de imparcialidad y equidad[299].

D. La entrega de personas

El Estatuto diferencia claramente entre extradición y entrega. El art. 102° prescribe que por *entrega* se entiende la entrega de una persona por un Estado a la CPI de conformidad con dispuesto en el Estatuto, mientras que por *extradición* se entiende la entrega de una persona por un Estado a otro Estado de conformidad con lo dispuesto en un Tratado o en el derecho interno.

Cuando la Corte considere necesaria la presencia de un sospechoso para los efectos de la investigación y, en su caso, del enjuiciamiento, se dirigirá al Estado en cuyo territorio pueda hallarse la persona, solicitando su cooperación. La "entrega", desde la perspectiva del Estatuto, es un procedimiento menos complejo que la extradición entre Estados; el acápite 2 c) del art. 91° del Estatuto prescribe, al efecto, que los requisitos que imponga la legislación interna de los Estados no pueden ser más onerosos que los aplicables a las solicitudes de extradición y, de ser posible, serán menos onerosos. Existe un mandato de "simplificación procesal" en función al denominado "carácter específico de la Corte". Por consiguiente, como apunta BROOMHALL, ello exige que no se apliquen a la "entrega" consideraciones propias de la extradición, tales como la doble criminalidad, excepción del delito político, posibilidad de un juicio justo, no extradición del nacional, el principio de especialidad, naturaleza de la pena a imponer y otros, los cuales se sustentan en una consideración de soberanía y en las diferentes valoraciones jurídicas de cada legislación penal, supuestos que no afectan a la CPI, que se creó para atender los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, los mismos que serán procesados con altos

---

e Instituto Internacional para Altos Estudios en Ciencias Penales, Siracusa [Italia], mimeo, s/f., p. 5.

(299) BROOMHALL: *La Corte Penal Internacional: Visión general*, cit., pp. 51-52.

estándares de imparcialidad y equidad[300]. La Corte, explica DE MIGUEL ZARAGOZA, se encuentra en una situación de supremacía en relación con los Estados Parte, que no pueden alegar frente a la Corte, para negarse a cooperar, motivos habituales de orden público o seguridad nacional o incluso el principio de doble incriminación[301].

El carácter preferente de la Corte se expresa, además, en el tratamiento de las solicitudes concurrentes y del *ne bis in idem*. En el primer caso, frente a una concurrencia de una solicitud de entrega y otra de extradición, tiene en principio prioridad la solicitud de entrega de la CPI (art. 90°). Si el Estado requerido es Estado parte, la prioridad la tendrá la CPI si ya determinó la admisibilidad del procesamiento, pero, en todo caso, debe esperar la decisión si aún la Corte no se pronuncia sobre la admisibilidad, hasta que lo haga, debiendo pronunciarse en favor de la extradición si la Corte denegó la admisibilidad del procesamiento. En cambio, si el Estado requerido no es Estado parte, la prioridad de la CPI es viable en tanto no esté obligado respecto del Estado requirente por una norma de Derecho Internacional y la Corte haya determinado la admisibilidad. Si existe una obligación de Derecho Internacional del Estado requerido frente al requirente, aclara AMBOS, aquél tendrá que tomar una decisión ponderada de acuerdo con determinados criterios (como interés del Estado requirente en la extradición porque el crimen haya sido cometido en su territorio, posibilidad de una entrega subsiguiente a la Corte por parte del Estado requirente) [302]. Si se trata de un crimen distinto al perseguido por la Corte, el Estado Parte deberá proceder conforme a lo apuntado anteriormente, en función de la existencia o no de una obligación de Derecho Internacional.

La preferencia también se aprecia cuando la persona, cuya entrega pide la CPI, invoca la excepción de cosa juzgada. El Estado requerido, en este caso, no decidirá según sus propias valoraciones, sino que entablará consultas con la Corte para determinar si ha habido una decisión sobre la admisibilidad de la causa. Si la causa es admisible, el Estado requerido cumplirá la solicitud. Si está pendiente la decisión sobre la admisibilidad, se aplazará la decisión hasta la decisión del procesamiento (art. 89°.2). Otra regla de preferencia es la contemplada en el numeral 4 del art. 89°, que establece que si la persona

---

[300] BROOMHALL: *Corte Penal Internacional: Una guía para su implementación nacional*, cit., p. 11.

[301] DE MIGUEL ZARAGOZA: "Nota sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional", cit, p. 17.

[302] AMBOS: *Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma*, cit., p. 113.

buscada está siendo enjuiciada o cumple condena en el Estado requerido por un crimen distinto de aquel por el cual se pide su entrega a la Corte, el Estado requerido, después de haber decidido conceder la entrega, celebrará consultas con la Corte.

La entrega importa la detención del solicitado. La Corte por razones de urgencia podrá solicitar la detención provisional de la persona buscada hasta que se presente la solicitud de entrega con la documentación formal exigida por el art. 91°, la cual por lo demás, exige, si el derecho interno del Estado requerido así lo dispone, anexar a la solicitud los documentos, las declaraciones o la información necesaria para justificar la solicitud de entrega. La detención provisional está sujeta a un plazo determinado que debe establecerse en las Reglas de Procedimiento y Prueba.

E. La asistencia judicial

Una de las consecuencias más importantes del principio de complementariedad se concreta en las formas de cooperación judicial a las que quedan comprometidas las jurisdicciones nacionales; el deber de cooperación requiere cumplimiento automático en lugar de un cumplimiento condicionado o negociado. Frente a un proceso que adelante la CPI, los tribunales domésticos tendrán que actuar como órganos obligados a un deber de colaboración, sujetos incluso a una suerte de monitoreo. GUERRERO APRÁEZ llega a sostener que la desobediencia al deber de cooperación judicial en que incurran Estados Parte constituye un delito internacional que, como tal, acarrea responsabilidad y las consecuencias derivadas del mismo[303].

Todas las medidas de cooperación (práctica de pruebas, allanamientos, notificaciones, etc.) previstas en el art. 93° del Estatuto son obligatorias para los Estados Parte. Si la solicitud importa una medida prohibida en el Estado requerido por un principio fundamental de derecho ya existente y de aplicación general (lo que margina cualquier prohibición legal que no tenga la referida trascendencia), éste formulará de inmediato consultas con la Corte. Ésta, si las objeciones son insalvables, modificará la solicitud según sea necesario (art. 93°.3). En cambio, si la solicitud se refiere a la presentación de documentos o la divulgación de pruebas que afecten a su seguridad nacional, el Estado Parte podrá rechazar la solicitud, no sin antes celebrar consultas con la Corte para determinar si la asistencia puede prestarse con arreglo a determinadas condiciones (art. 93°. 4 y 5).

---

(303) GUERRERO APRÁEZ: "El Estatuto de la Corte Penal Internacional: Antecedentes y características", cit., pp. 7-9.

En caso de concurrencia de solicitudes de la Corte y de otro Estado, el Estado requerido procurará, en consulta con la Corte y el otro Estado, atender solicitudes, de ser necesario postergando o condicionando una de ellas o, de no ser posible, aplicará las reglas fijadas para el caso de la entrega.

La ejecución de las solicitudes de asistencia puede ser aplazada, primero, cuando la solicitud interfiere con una investigación o enjuiciamiento en curso (aplazamiento que estará sujeto a término convenido con la Corte, sin perjuicio que el Fiscal pueda adoptar las medidas necesarias para preservar las pruebas); y, segundo, cuando esté en trámite la impugnación de la admisibilidad de una causa, salvo que la Corte haya resuelto expresamente que el Fiscal podrá seguir recogiendo pruebas.

Otro impedimento a la asistencia, señala AMBOS sobre la base del art. 98° del Estatuto, se deriva de los derechos de inmunidad de personas de terceros Estados, o de obligaciones contractuales del Estrado requerido respecto de terceros Estados. En estos casos, el Estado requerido –en forma parecida a lo que ocurre con el acceso a pruebas procedentes de terceros Estados (art. 73°, *supra* IV.2.)– sólo puede cumplir una solicitud de asistencia cuando el tercer Estado renuncie a sus derechos de inmunidad o demás derechos[304].

La asistencia también puede ser de la Corte a los Estados Parte. El art. 93°.10 establece al respecto que ello será posible siempre que dicho Estado lleve a cabo una investigación o sustancie un juicio por una conducta que constituya un crimen de la competencia de la Corte o un crimen grave con arreglo al derecho interno del Estado requirente. Las medidas de asistencia podrán ser, entre otras: a) transmisión de declaraciones, documentos u otros elementos de prueba; y, b) interrogatorio de una persona detenida por orden de la Corte. Estas medidas están condicionadas al consentimiento del Estado que las proporcionó a la Corte, y a la protección del testigo o perito que actuó como fuente de prueba.

---

[304] AMBOS: *Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma*, cit., p. 116.

Capítulo XLIV
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[305].

El término incidente deriva del latín *incidere*, equivalente a algo imprevisto, algo que se presenta inesperadamente[306]. Como tal, es posible definirlo como toda cuestión o contestación accesoria que sobrevenga 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[307]. Como tal, vista su accesoriedad, según lo ha destacado el Supremo Tribunal, "las

---

(305) MIGUEL Y ALONSO, Carlos: "Incidentes", en: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1977, T. XII, p. 135.

(306) PARRA QUIJANO, Jairo: *Derecho procesal civil*, Temis, Bogotá, 1992, T. I, p. 313.

(307) CABRERA ACOSTA, Benigno Humberto: *Teoría general del proceso y de la prueba*, 6ª. ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, p. 320.

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"[308].

2. Notas Características

El incidente está sujeto, al decir de Hugo ALSINA[309], 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. 33° y 156° 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. 90° y 271° del Código de 1940, según la etapa del procedimiento.

Una cuarta nota característica de los incidentes es la anotada por Aldo BACRE[310]. 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

---

[308] *Anales Judiciales*, 1871, Lima, p. 320.

[309] ALSINA, Hugo: *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*, EDIAR, Buenos Aires, 1942, T. II, pp. 733-734.

[310] BACRE, Aldo: *Teoría general del proceso*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, T. II, p. 550.

devolución de bienes secuestrados o incautados: secuestro cautelar, solicitado 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[311], 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. 3° y 4°), las cuestiones previas (art. 4°), las excepciones (art. 5°), la acumulación y desacumulación (art. 20° y Ley N° 10124), la contienda de competencia (art. 23°), la declinatoria de jurisdicción (art. 27°), la recusación (arts. 32° y 33°), la oposición a la constitución de parte civil (art. 56°), la queja por detención arbitraria (art. 87°), el embargo (art. 94°), la libertad provisional (art. 184°, Código de 1991), la tacha de testigos y de peritos (arts. 156° y 165°), la devolución de objetos materia del delito (art. 188°), la libertad incondicional (art. 201°), la tacha de testigos y peritos ofrecidos por la defensa (art. 238°), la oposición a nuevos testigos ofrecidos por el Fiscal (art. 239°), el pedido de postergación del debate (art. 241°), la tacha de prueba instrumental presentada en el juicio oral (art. 262°), la prórroga de audiencia para acusación complementaria (art. 263°) y la suspensión de audiencia por enfermedad de los sujetos procesales (art. 268°).

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. 90° y 271°.

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

---

(311) BACRE: *Teoría general del proceso*, cit., T. II, pp. 549-551.

les puede calificar, en ningún caso, de incidentes o cuestiones de previo y especial pronunciamiento.

El art. 90° 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. 271° 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"[312].

II. PROCEDIMIENTO INCIDENTAL

1. ASPECTOS GENERALES

El procedimiento incidental, puntualiza CLARIÁ OLMEDO, es provocado por el planteamiento de una cuestión concreta con sentido de reclamación, oposición o resistencia formal que incida en el desarrollo del proceso o en la eficacia de un momento o acto del mismo[313]. 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. 130° 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

---

[312] *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1971, Lima, p. 123.

[313] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VII, p. 10.

escrito (art. 189° 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. 90° 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 luego 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(314). 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(315).

---

(314) Ejecutoria Superior de 30 de setiembre de 1997, Exp. N° 3838-97 (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel: *Jurisprudencia del proceso penal sumario, 1997*, Grijley, Lima, 1999, p. 491).

(315) DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Compendio de Derecho procesal civil*, 8ª. ed., Diké, Medellín, 1994, T. III, Vol. II, p. 221.

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. 363° CPC).

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[316], la resolución emitida debe tratarse de un auto, pues requiere motivación expresa para su pronunciamiento (art. 121° CPC).

El art. 90° 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. 94°.5 y 91°) 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 provi-

---

(316) BRAILOVSKY, León: "Incidente", en: *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Driskill, Buenos Aires, 1989, T. XV, p. 372.

sional; 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 N° 1510, de 15 de diciembre de 1911), art. 203°, 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 N° 17110, art. 11°).

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 momento 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)[317].

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. 271° 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

---

(317) *Anales Judiciales*, 1933, Lima, p. 324.

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(318).

Se entiende, igualmente, que las cuestiones incidentales pueden presentarse en cualquier momento del desarrollo del debate oral, aunque 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(319). 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(320).

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(321). Esta decisión, sin duda alguna, no es correcta. El art. 271° 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"(322), pues tal decisión colida con lo expresamente señalado en el art. 271° 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

---

(318) GUZMÁN FERRER: *Código de Procedimientos Penales*, cit., pp. 459-460.

(319) MIXÁN MASS, Florencio: *El juicio oral*, Editorial Bolivariana, Trujillo, 1975, pp. 234-241.

(320) *Anales Judiciales*, 1952, Lima, p. 150.

(321) *Anales Judiciales*, T. XLI, 1945, Lima, p. 296.

(322) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1969, Lima, p. 482.

que deben decidirse inmediatamente, tales como la incompatibilidad de la defensa y la recusación, pues sin dilucidación previa resulta imposible la continuación del debate. La discrecionalidad del juzgador está condicionada a la naturaleza de la cuestión incidental planteada.

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...*"[323]. 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. 271° 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, sí 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 encontrándose la instrucción en estado de realizarse el juicio oral, deben ser reservadas para

---

(323) Ejecutoria Suprema de 22 de mayo de 1946 (*Revista de los Tribunales*, N° 663, Lima, 1946, p. 419).

resolverlas en la sentencia, mas no en forma previa a dicho juicio"[324]. 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. 90° y 271°, 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. 24° y 25°). De igual modo, es el caso de la declinatoria de jurisdicción (art. 28°), 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 del tercer día. Contra esa decisión no procede recurso de nulidad (art. 36°). Es de tener presente que este incidente es parcialmente suspensivo, pues el juez recusado sólo puede actuar las diligencias taxativamente permitidas por el art. 34°, bajo sanción de nulidad tal como lo ha establecido la jurisprudencia superior de Lima[325]. Si

---

[324] *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1969, Lima, p. 479.

[325] Ejecutoria superior de 12 de diciembre de 1997, Exp. N° 2085-97-A (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario, 1997*, cit., p. 238).

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. 40°).

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. 90° 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(326). 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 N° 25475, art. 13°) se resuelven en la sentencia y, obviamente, por el Tribunal Superior. Igual trámite excepcional se seguía en el procedimiento por delitos agravados (Decreto Legislativo N° 897, art. 2° 'b').

3. INCIDENTES DE TACHAS

El art. 156° 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 puede deducirse después de producida la declaración testimonial porque deviene en extemporánea(327). 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.

---

(326) *Anales Judiciales*, T. XLIV, Lima, 1948, p. 306.

(327) Ejecutoria Superior de 24 de diciembre de 1997, Exp. N° 4048-97-A (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario, 1997*, cit., p. 333).

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[328].

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. 165°. Al perito se le exige imparcialidad y capacidad, así como la calidad del juez, tal como postula Eugenio FLORIÁN[329], 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. 229° 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. 262°), 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. 242° y 243° del Código

---

[328] Ejecutoria Superior de 28 de noviembre de 1997, Exp. N° 4882-97-A (LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE: *Jurisprudencia del proceso penal sumario, 1997*, cit., p. 334).

[329] FLORIÁN, Eugenio: *De las pruebas penales*, Temis, Bogotá, 1976, T. II, p. 403.

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 ejecución procesal penal

Capítulo XLV
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. **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.

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 eje-

---

(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 Universitarios Ramón Areces, Madrid, 1993, p. 758.

cución 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 *mero-declarativas* 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. 329° del Código de 1940 y 392° del Código de 1991, y que el art. 336° del Código de 1991 prevé la ejecución provisional de la resolución impugnada, mientras que desde ya el numeral 630° 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].

II. NATURALEZA JURÍDICA

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

---

(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.

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 en la adopción de los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional (arts. 50° y 55° del Código de Ejecución Penal, Decreto Legislativo N° 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. 148° del Código de Ejecución Penal anterior (Decreto Legislativo N° 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.

---

(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*, ed. 1997, cit., T. III *(Proceso penal)*, p. 408.

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 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. 332° y 337° del Código de 1940 y arts. 394° y 395° 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.

---

(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.

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. 47° CP) o desde el momento en que el fallo de instancia le impuso pena efectiva (arts. 330° del Código de 1940 y 393° –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. 30° 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. 139°.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. 56° CP), en la conversión de las penas limitativas de derechos a penas privativas de libertad (art. 55° CP), en la revocatoria de la condena condicional y de reserva del fallo condenatorio (arts. 60° y 66° del CP), y en la revocatoria de la conversión de penas (arts. 53° y 54° 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. 221°, segundo párrafo, y 284° del Código de 1940, así como arts. 256° y 303° 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

---

[9] García Rada, Domingo: *Manual de Derecho procesal penal*, EDDILI, Lima, 1984, p. 348.

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.

La competencia para conocer de la ejecución penal, tanto desde la perspectiva penal como de la civil, corresponde al Juez Penal originario (arts. 337° del Código de 1940 y 395° 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. 147°), destinado a controlar judicialmente la ejecución de la pena privativa de libertad efectiva (clasificación de internos, medidas

---

[10] En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 883.

disciplinarias, beneficios penitenciarios, etc., art. 148°). Sin embargo, el nuevo Código de Ejecución Penal eliminó esta magistratura, posición que fue reafirmada por el art. 46° 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. 1° 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

---

(11) En: GIMENO SENDRA *et al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 887.

(12) En: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit., p. 775.

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.

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. 60° del CP), de la reserva del fallo condenatorio (arts. 65° y 66° del CP), de la sustitución y conversión de penas (arts. 32°, 53° y 54° del CP) y de la conversión de la pena limitativa de derechos (art. 55° del CP) y de la pena de multa (art. 56° del CP); b) *concesión y revocación* de beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional (arts. 50° y 55° del CEP); c) *revisión* del título ejecutivo por conexión de delitos (art. 4°, Ley N° 10124); d) *cesación* de la internación y *extinción o reducción* de la pena (arts. 75° y 77° del CP); y, e) *ejecución* de la reparación civil (arts. 337° del Código de 1940 y 396° 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

---

(13) CLARIÁ OLMEDO, Jorge: *Tratado de Derecho procesal penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1968, T. VII, p. 317.

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. 90° del Código 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. 314°.

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. 60°, 65° y 66° 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. 55° y 56° 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. 95° 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 suficiente para ordenar investigaciones

---

(14) CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VII, p. 323.

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

1. El Código de Ejecución Penal vigente, siguiendo la experiencia del Decreto Ley N° 17581 y del Código anterior reconoció un conjunto de beneficios penitenciarios. Se trata, según el art. 42°, de los siguientes: a) permiso de salida; b) redención de la pena por el trabajo y la educación; c) semilibertad; d) liberación condicional; e) visita íntima; y, f) otros beneficios, denominados en el art. 59° *recompensas*, tales como autorización para trabajar en horas extraordinarias, desempeñar labores auxiliares en la Administración Penitenciaria y concesión extraordinaria de comunicaciones y visitas.

2. De estos seis beneficios penitenciarios, sólo son otorgados judicialmente la semilibertad y la liberación condicional. El Código anterior también consideraba la concesión de permiso de salida (art. 51°). 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, el certificado de cómputo laboral o estudio si lo hubiere y el informe sobre el grado de readaptación social del interno. Este expediente se remite al Juez Penal para su concesión o desestimación.

Los arts. 50° y 55° del Código de Ejecución Penal, modificados por la Ley N° 27835, de 22 de septiembre de 2002, establecen el procedimiento que debe seguirse para decidir acerca del beneficio. El primer paso es la vista fiscal, en cuya virtud del Fiscal debe pronunciarse en el plazo improrrogable de 5 días. El segundo paso, recibidos los autos de la Fiscalía, estriba en el señalamiento de una Audiencia, que debe realizarse con la concurrencia del solicitante, el Fiscal y el Juez –lógicamente debe estar presente el defensor del interno, dada la naturaleza de la diligencia–. La Audiencia está sujeta a una formalidad estricta: lectura de las piezas más importantes del expediente de petición, alegato oral del Fiscal y, finalmente, alegato oral del Defensor. De esa diligencia se levantará el acta correspondiente, denominada *"Acta de la Audiencia"*.

El Juez, finalizada la Audiencia, debe dictar la resolución final que corresponda. Para otorgar el beneficio penitenciario debe tomar en cuenta: a) la naturaleza del delito cometido; b) la personalidad del agente; y, c) la conducta del interno dentro del personal. Estos tres factores, se apreciarán en función a un pronóstico positivo, esto es, a que sea de estimar que el

interno no cometerá nuevo delito. El Tribunal Constitucional ha establecido, al respecto, que el Juez para conceder un beneficio penitenciario debe estar a lo que dispone el Código de Ejecución Penal, así como a su "prudente arbitrio"[15], debiendo entenderse esa última frase como la evaluación ponderada, debidamente motivada, de los motivos que determinan al Juez a conceder el beneficio, en mérito a los tres factores legalmente previstos para efectuar la prognosis positiva. De igual manera, ha expresado que tratándose de un beneficio y a diferencia de los derechos procesales, puede ser otorgado o no sin que esto suponga un acto de arbitrariedad[16], aunque en otra decisión acotó que la motivación del auto debe ser respetuosa de lo dispuesto en el art. 139°.5 de la Constitución, no debe ser deficiente, esto es, debe contener –además de las razones que expresan los criterios jurídicos adoptados– el fundamento de derecho que exprese que la aplicación de las normas no es arbitraria[17].

La decisión del Juez Penal es apelable, en el plazo de tres días, ante la Sala Penal Superior, la que resuelve previa vista fiscal y vista de la causa. Lo primero se explica porque el Ministerio Público es parte en estos procedimientos y su representante en esa sede, el Fiscal Superior, debe hacerlo a través del dictamen respectivo; y, lo segundo, se fundamenta, en lo dispuesto en el art. 131° de la LOPJ.

3. La resolución judicial que otorgue el beneficio penitenciario debe imponer al interno las reglas de conducta establecidas en el art. 58° 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 semilibertad, una regla de conducta expresa, consagrada en el art. 51° 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.

4. 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

---

(15) STC, Exp. N° 1435-2002-HC/TC, Asunto Juan Amadeo Vásquez Garay, de 23 de julio de 2002 (PIZARRO GUERRERO, Miguel: *Jurisprudencia Constitucional de Hábeas Corpus*, Grijley, Lima, 2003, pp. 407-409).

(16) STC, Exp. N° 1181-2002-HC/TC, Asunto Orlando Víctor Bocanegra García, de 20 de junio de 2002 (PIZARRO GUERRERO: *Jurisprudencia Constitucional de Hábeas Corpus*, cit., pp. 410-412).

(17) STC, Exp. N° 1405-2002-HC/TC, Asunto Jesús Dimas Chávez Sifuentes, de 9 de julio de 2002 (PIZARRO GUERRERO: *Jurisprudencia Constitucional de Hábeas Corpus*, cit., pp. 413-417).

Juez está definitivamente atado a ellos. Aun cuando la Ley no se ponga en este caso, resulta perfectamente compatible con la potestad jurisdiccional que el Juez, a iniciativa de las partes o de oficio inclusive, pueda abrir una fase probatoria brevísima a los efectos de actuar determinadas pruebas (informes periciales, constataciones, exámenes periciales, declaración de los Agentes del Penal, etc.). Esta posibilidad, que importa expresar una facultad implícita de la jurisdicción, más aún cuando se dilucida la libertad de una persona, ha sido expresamente reconocida por el Acuerdo Plenario N° 9/97 de 16 de diciembre de 1997, que inclusive permite la notificación de la decisión a la parte civil bajo determinados límites[18].

5. Una especialidad procedimental dentro del *procedimiento de Beneficios Penitenciarios* está referida al delito de terrorismo, según lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 927, de 20 de febrero de 2003. Esta norma, en *primer lugar*, limita los beneficios a la redención de la pena por el trabajo y la educación, y a la liberación condicional. En *segundo lugar*, respecto a los requisitos materiales para la liberación judicial, se requiere que el interno haya cumplido efectivamente los tres cuartos de la pena impuesta, siempre que no tenga proceso pendiente con mandato de prisión preventiva, lo cual implica que no puede descontarse de la carcelería el beneficio de la redención de la pena por el trabajo y la educación, esto es, no puede haber acumulación de beneficios.

En *tercer lugar*, el procedimiento de liberación condicional exige mayores especificaciones al Informe del Consejo Técnico Penitenciario, así como la intervención del Ministerio Público, en la sesión de evaluación que lleven a cabo los expertos del Instituto Nacional Penitenciario, de la que levantará un acta. El Informe, a su vez, requiere contar con el certificado de domicilio expedido por la unidad sistémica especializada de la Dirección contra el Terrorismo de la Policía Nacional, así como con los certificados de conducta de cada uno de los establecimientos penitenciarios en donde haya estado recluido el interno.

En *cuarto lugar*, se entiende que en sede judicial, luego del dictamen Fiscal, se llevará a cabo una Audiencia con asistencia de las partes, donde se dará lectura a las piezas más importantes –y pertinentes– que obren en el expediente (v. gr.: Informe sobre el grado de readaptación, acta de evaluación del interno, certificados varios), así como se producirán los alegatos de las partes.

En *quinto lugar*, el beneficio solicitado –como lo establece el art. 55° CEP, modificado por el artículo único de la Ley N° 27835, de 22 de se-

---

(18) *Plenos Jurisdiccionales*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2002, pp. 106-112.

tiembre de 2002, se resuelve mediante auto motivado del Juez Penal. Como es obvio, no se trata de realizar un análisis formal de los documentos que obran en autos o que el Informe de Readaptación sea favorable al interno, el Juez muy bien puede discrepar de él[19]. La decisión del Juez Penal es susceptible de recurso de apelación.

En *sexto lugar*, complementariamente, la resolución concesoria del beneficio está sujeta a una serie de pautas de ejecución, vinculadas a las reglas de conducta y a las condiciones de la liberación. De igual modo, en atención a la naturaleza asociativa del delito en cuestión, se configuran órganos de control, inspección y supervisión de los liberados, a la vez que se otorgan facultades y atribuciones de intervención muy intensas.

6. 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. 52° y 56° 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. 95°.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.

7. El Decreto Legislativo N° 921, de 18 de enero de 2003, en cumplimiento de lo dispuesto por la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 010-2002-AI/TC, recaída en la acción de inconstitucionalidad contra la legislación sobre terrorismo, flexibilizó el carácter absoluto de la cadena perpetua. El art. 1° estableció que la revisión de esta pena procederá luego de 35 años de privación de libertad.

El procedimiento de revisión está contemplado en el art. 59°-A del Código de Ejecución Penal, introducido por el art. 4° del Decreto Legislativo N° 921. Según esa norma la revisión opera de oficio o a petición de parte ante el Juez que impuso la condena. A este respecto, el Consejo Técnico Penitenciario debe organizar el expediente en el plazo de 15 días, acompañando los documentos establecidos en el art. 54° del Código de Ejecución Penal

---

(19) El Acuerdo Plenario N° 9/97, de 16 de diciembre de 1997, así se pronunció, orientando al Juez a que la información presentada deba ser objeto de una apreciación lógico-crítica e integral, sobre la base de los principios rectores que orientan el sistema y tratamiento penitenciario.

(testimonio de condena, certificado de conducta, certificado de no tener proceso pendiente con mandato de detención, certificado de cómputo laboral o estudio, e informe sobre el grado de readaptación del interno), a los que se agregarán los exámenes físico, mental y otros que considere convenientes.

El expediente debe ser de conocimiento del Fiscal, del interno y de su defensa, y de la parte civil, para que en el plazo de diez días ofrezcan las pruebas que consideren pertinentes. Este es un paso no previsto en los procedimientos para la semilibertad y la liberación condicional, y que, como se ha precisado, no aceptaron los Vocales Superiores de la República en el Acuerdo Plenario N° 97.

Las pruebas se actúan en una audiencia privada, donde además se examinará al interno y las partes formularán sus alegatos. El auto de revisión se dictará al término de la audiencia o dentro de los tres días siguientes. Contra esa resolución procede recurso impugnatorio dentro del tercer día. El procedimiento recursal está simplificado al extremo: vista fiscal y decisión que absuelve el grado.

La decisión judicial, de declarar cumplida la condena y excarcelar al interno, o de declarar su mantenimiento, en cuyo caso después de un año se realizará una nueva revisión, de oficio o a petición de parte, siguiendo el mismo procedimiento, debe ser motivada. Para acordarla el juez debe tener "...en consideración las exigencias de la individualización de la pena en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno que permitan establecer que se han cumplido los fines del tratamiento penitenciario". Es evidente, por cierto, que en los delitos asociativos, la condición para declarar cumplida la pena es la disociación del interno y su renuncia a los métodos criminales de comportamiento.

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. 4° de la Ley N° 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. 51° del Código Penal.

El citado art. 4° 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[20]. Es obvio, como sugiere el mismo autor siguiendo el Código anterior (art. 198°), que debe aplicarse el modelo instaurado por el art. 50° del Código Penal que regula el concurso real, por lo que rige la pena del delito más grave –ése 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. 988°, 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. 395° 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 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 como para los imputables relativos (arts. 74°, 76° y 77° CP); dos son las medidas que reconoce el art. 71° del Código Penal: internación (privativa de libertad) y tratamiento ambulatorio (no privativa

---

[20] HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho penal. Parte general*, EDDILI, Lima, 1987, pp. 592-593.

de libertad). Ambas medidas, por su propia naturaleza, son de duración indeterminada.

En el supuesto de la medida de internación contra inimputables (art. 74° 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. 75°, 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 de 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. 77° del Código Penal extiende esta posibilidad a los toxicómanos y a los alcohólicos imputables. En este caso, señala el citado art. 77° 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*[21]. Una vez que se informa que el tratamiento ha 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.

---

(21) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Las normas rectoras del Proyecto de Código Penal Peruano de 1986", en: *Anuario de Derecho Penal '88*, Lima, 1988, p. 37.

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. 337° del Código de 1940 y 396° 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. 713°.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. 715° 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. 725° CPC). En el segundo supuesto, con arreglo al art. 94° 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 inmediata devolución al agraviado o perjudicado, si es que antes no se hizo al amparo de lo dispuesto en los arts. 188° del Código de 1940 y 161° del Código de 1991. La restitución, como acota el art. 93°.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. 98° 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. 102° 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. 104° 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 adjudicarán, 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. 41° 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. 41°, segundo párrafo, 42° y 43° del Código Penal, una suma líquida[22], 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

---

(22) 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.

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 de 25% ni mayor de 50%.

El art. 44° 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. 44° 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 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. 44° 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. 31° CP) o con suspensión condicional de la pena (art. 57° CP). El descuento judicial no puede afectar los recursos indispensables para el sustento del condenado y su familia (el art. 648°.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. 56° 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. 56° 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. 34° y 36° 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, por 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[23]. 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[24].

---

(23) CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VII, p. 330.

(24) LEONE, Giovanni: *Tratado de Derecho procesal penal*, EJEA, Buenos Aires, 1963, T. III, p. 529-530.

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.

VI. EJECUCIÓN DE LAS PENAS

El Código Penal prevé cuatro clases de penas. El art. 28° menciona las siguientes penas: a) privativa de libertad (art. 29°); b) restrictivas de la libertad (expatriación y expulsión, art. 30°); c) limitativas de derechos (prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación, art. 31°); y, d) multa (art. 41°).

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. 332° del Código de 1940 y 394° 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. 393° 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. 143° 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[25].

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. 2°, 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. 60°), es individualizado y grupal, a tenor de lo dispuesto en el art. 61°.

Durante la ejecución de la pena privativa de libertad, el interno tiene derecho a formular quejas y peticiones ante la autoridad penitenciaria (art. 14° CEP); y, si no es atendido, puede recurrir al Ministerio Público, quien previa investigación preliminar, instará a la Administración Penitenciaria las correcciones que correspondan. La autoridad judicial, como ya se anotó, sólo decide en los casos de beneficios penitenciarios que importen excarcelación (arts. 50° y 55° 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. 30° del Código Penal preceptúa que las penas de expatriación (prevista para los 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. 118° del Código de Ejecución Penal, el Director del Establecimiento Penitenciario pondrá al interno que cumplió la pena

---

[25] CLARIÁ OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. VII, pp. 298-299.

privativa de libertad a disposición de la autoridad competente (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. 32° y 52° 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[26]. El art. 34° 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. 119°); *segundo*, que la prestación de servicios se realiza, preferentemente, en el lugar del domicilio del penado (art. 120°); 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. 121°).

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. 35° 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, en rigor, de una pena corta privativa de la libertad caracterizada por su cumplimiento discontinuo y

---

(26) MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, Madrid, 1996, p. 176.

traduce un importante "efecto shock" en el delincuente[27], aunque –como anotan BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros– sin alterar gravemente sus actividades normales[28]. Funciona, en orden a sus modalidades, como pena principal o autónoma (v. gr.: art. 164°, CP), como sustitutiva de la pena privativa de libertad (art. 32°, CP) o como conversión de dicha pena (art. 52°, CP).

Corresponde a la Administración Penitenciaria organizar los Establecimientos para las penas de limitación de días libres (art. 122°, 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. 123°, CEP).

La Ley N° 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 firme, indicando además el domicilio del sentenciado (art. 5°, inc. 'a'); en *segundo lugar*, que en caso de incumplimiento de la sentencia impuesta, el Jefe del

---

(27) 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.

(28) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Praxis, Barcelona, 1996, p. 295.

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. 55° del Código Penal (art. 5°, 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. 159°.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. 55° del Código Penal regula la conversión de las 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. 95°.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. 36° 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. 57° y 58° 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. 59° y 60° 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. 60° CP) corresponde dictarla 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. 59° 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 correspondiente *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. 95°.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. 61° 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.

62° *in fine* CP). Esta medida especial, al igual que la condena condicional, se inscribe en el Registro Central de Condenas (art. 63° CP, modificado por Ley N° 27868, de 20 de noviembre de 2002). Por otro lado, también está sujeta a revocación, prórroga del régimen de prueba y advertencia o amonestación (arts. 65° y 66° 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. 67° CP).

5. QUEBRANTAMIENTO DE LAS PENAS SUSTITUIDAS Y CONVERTIDAS

El Código Penal permite al órgano jurisdiccional sentenciador tanto sustituir penas como convertir penas, en las condiciones previstas en sus arts. 32° y 52°. La *sustitución*, de fuente brasileña (art. 44° *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. 80°-81°), 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[29].

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[30], el art. 53° del Código Penal prevé la revocación de la conversión y la respectiva ejecución 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. 54° 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.

---

[29] Cfr.: PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *Todo sobre el Código Penal*, Idemsa, Lima, 1996, T. I, pp. 118 y 124.

[30] 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).

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, como por causas anormales o externas[31].

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. 69° 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. 130° y 131°), de un procedimiento 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. 70° 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,

---

(31) En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1997, cit., T. III *(Proceso penal)*, p. 423.

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[32]. 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[33].

Es de tener presente que art. 85° del Código Penal señala taxativamente los casos de extinción de la ejecución de la pena. Dicha norma incorpora a 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 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[34].

B. Exención de pena

Cabe aclarar que la *exención de pena*, regulada en el art. 68° 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[35].

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

---

(32) En: MONTERO AROCA *et al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1997, cit., T. III *(Proceso penal)*, p. 423.

(33) VIADA / ARAGONESES: *Curso de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 297.

(34) RANIERI, Silvio: *Manual de Derecho penal*, Temis, Bogotá, 1975, T. II, p. 364.

(35) JESCHECK: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, cit., Vol. II, p. 1175.

con posterioridad al hecho punible y a la sentencia firme que condena a su autor o partícipe[36]. Se encuentra prevista, aunque bajo el *nomen juris* de *remisión de pena*, para los delitos de tráfico de drogas (Decreto Legislativo N° 824) y los delitos agravados y terrorismo agravado (Ley N° 27378). 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. 102°.6 Const.), mientras que el *indulto* por el Presidente de la República (art. 118°.21 Const.). El art. 89° 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[37]. 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. 89° 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 subsistentes las condenas civiles[38]. 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.

---

(36) ROY FREYRE, Luis: *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, 2ª ed., Grijley, Lima, 1998, p. 244.

(37) RANIERI: *Manual de Derecho penal*, cit., T. II, p. 364.

(38) SOLER, Sebastián: *Derecho penal argentino*, Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires, 1983, T. II, pp. 462-463.

La *conmutación de penas*, prevista en el art. 118°.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[39].

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 [40]. 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[41]. 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. 86° 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

---

(39) FONTÁN BALESTRA, Carlos: *Tratado de Derecho penal*, 2ª ed. (2ª reimpr.), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, T. III, p. 455.

(40) ROY FREYRE: *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, cit., pp. 250-251.

(41) SOLER: *Derecho penal argentino*, cit., T. II, p. 464.

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.

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[42]. Un caso típico es el de "Loayza Tamayo"[43], en cuya virtud el Poder Judicial dictó la inmediata libertad de una persona que había sido condenada con ostensible violación de la Convención.

---

(42) En: DE LA OLIVA SANTOS *et al.*: *Derecho procesal penal*, ed. 1993, cit., p. 808.

(43) SCIDH de 17 de setiembre de 1997.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

ABAD YUPANQUI, Samuel: "Hábeas data y conflicto entre órganos constitucionales", en: *Lecturas Constitucionales*, N° 10 (*La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*), Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995.

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel: *Derecho penal económico. Parte especial*, Idemsa, Lima, 2000.

AGUILERA DE PAZ, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1913.

AGUILERA MORALES, Marien: *El principio de consenso*, Cedecs, Barcelona, 1998.

ALARCÓN BRAVO, Jesús: "La práctica extradicional: Cuestiones", en: *Boletín de Información*, Año LIII, N° 1848, Madrid.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto y LEVENE, Ricardo (h): *Derecho procesal penal*, T. III, Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1945.

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.

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.

ALONSO PÉREZ, Francisco: "El atestado policial. Innovaciones introducidas por la Ley 38/2002, de 24 de octubre", en: *Diario La Ley*, N° 5679, Año XXIII, Madrid, 18 de diciembre de 2002.

ALONSO PÉREZ, Francisco; DELGADO MARTÍN, Joaquín; BARALLAT LÓPEZ, Juan; PASTOR MOTTA, Luis: *Los juicios rápidos*, Colex, Madrid, 2002.

ALSINA, Hugo: *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*, T. II, EDIAR, Buenos Aires, 1942.

ÁLVAREZ, Alejandro E.: "El procedimiento intermedio", en: AA.VV.: *El nuevo Código Procesal de la Nación*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

ÁLVAREZ CANALÉ, Alcindo: *La instrucción procesal penal en la jurisprudencia*, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2002.

ALZAMORA VALDEZ, Mario: *Derecho procesal civil. Teoría general del proceso*, Sesator, Lima, 1974.

AMBOS, Kai: *Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma*, Iuscrim, Freiburg im Breisgau, 1998.

AMBOS, Kai: "Control de la policía por el fiscal *versus* dominio policial de la instrucción", en: *Tribunales de Justicia*, N° 3, marzo, Madrid, 2002.

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.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto: *Presunción de inocencia y prisión sin condena*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos del Poder Judicial), Madrid, 1996.

ANITUA, Gabriel Ignacio: "El principio de publicidad procesal penal: un análisis con base en la historia y el derecho comparado", en: HENDLER, Edmundo S. (Comp..): *Las garantías penales y procesales*, Del Puerto, Buenos Aires, 2001.

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.

ARANGÜENA FANEGO, Coral: "La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en materia de malos tratos; especial referencia a las nuevas medidas cautelares del art. 544° bis", en: *La Ley. Actualidad Penal*, XI, Madrid, 2000.

ARANGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

ARMENTA DEU, Teresa: *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*, PPU, Barcelona, 1991.

ARMENTA DEU, Teresa: *Principio acusatorio y Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1995.

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.

ARMENTA DEU, Teresa: *Lecciones de Derecho procesal penal*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

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 y la presunción constitucional de inocencia*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos del Poder Judicial), Madrid, 1992.

ASENCIO MELLADO, José María: *Introducción al Derecho procesal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.

ASENCIO MELLADO, José María: *Derecho procesal civil*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.

ASENCIO MELLADO, José María: *Derecho procesal penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998.

ASENCIO MELLADO, José María: "Los derechos contemplados en el art. 8° del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales", en: *Seminario sobre la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Generalitat Valenciana, Valencia, 1998.

BACA CABRERA, Denyse; ROJAS VARGAS, Fidel; NEIRA HUAMÁN, Marlene: *Jurisprudencia penal. Procesos sumarios*, T. III, Gaceta Jurídica, Lima, 1999.

BACIGALUPO, Enrique: *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1994.

BACIGALUPO, Enrique: "Doble instancia y principio de inmediación", en su: *Justicia penal y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

BACIGALUPO, Enrique: *Justicia penal y derechos humanos*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

BACRE, Aldo: *Teoría general del proceso*, T. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

BANACLOCHE PALAO, Julio: *La libertad personal y sus limitaciones*, McGraw Hill, Madrid, 1996.

BANACLOCHE PALAO, Julio: "Los derechos a la libertad y a la seguridad y supuestos en el derecho español", en: *Seminario sobre Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Generalitát Valenciana, Valencia, 1998.

BARATTA, Alessandro y SILBERNAGL, Michael: "La legislación de emergencia", en: *Doctrina Penal*, Año 8, N° 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.

BARONA VILAR, Silvia: "Prisión provisional: 'sólo' una medida cautelar", en: *Actualidad Penal 2000*, Madrid, 2000.

BARREIRO, Jorge: *La prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, La Ley, Madrid, 1997.

BASSIOUNI, Cherif M.: "Características generales del Derecho Internacional convencional", en: BERISTAIN, Antonio (Editor): *Reformas penales en el mundo de hoy*, Edersa, Madrid, 1984.

BASSIOUNI, Cherif M.: *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1984.

BAUMANN, Jürgen: *Derecho procesal penal*, Depalma, Buenos Aires, 1986.

BELING, Ernst: *Derecho procesal penal*, Labor, Barcelona, 1945.

BELLIDO PENADÉS, Rafael: *La extradición en derecho español*, Civitas, Madrid, 2001.

BELLOCH JULBE, Juan Alberto: "La prueba indiciaria", en: AA.VV.: *La sentencia penal*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, 1992.

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, Nicolás; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Praxis, Barcelona, 1996; *id.*: 1999.

BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo: *El proceso penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique; HUÁROC PORTOCARRERO, Jean Carlo; MENDOZA CÁNEPA, Raúl; OTÁROLA PEÑARANDA, Alberto; PRADO RAMOS, Alfredo: *Manual Parlamentario*, Comisión Andina de Juristas / USAID, Lima, 2003.

BERTELOTTI, Mariano: "El principio *ne bis in idem* desde una perspectiva histórico-comparada", en: HENDLER, Edmundo S. (Comp.): *Las garantías penales y procesales*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2001.

BERTOLINO, Pedro J.: *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado y concordado*, Depalma, Buenos Aires, 1999.

BETTIOL, Giuseppe: *Instituciones de Derecho penal y Derecho procesal*, Bosch, Barcelona, 1977.

BIDART CAMPOS, Germán: *Los tribunales militares y la Constitución*, EDIAR, Buenos Aires, 1985.

BIDART CAMPOS, Germán: "El status constitucional de las Fuerzas Armadas en Argentina", 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.

BONAVOLONTÁ, Luigi: *Nuovo manuale di procedimiento penale*, Pirola Editore, Milano, 1994.

BOVINO, Alberto: "El debate", en: MAIER, Julio B. J. (Comp.): *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 anotado*, Editorial El Ferrocarril, Lima, 1966.

BRAMONT ARIAS, Luis: *Derecho penal. Parte general*, T. I, Vilock, Lima, 1972.

BRAMONT ARIAS, Luis A.: "Significado de la excepción de naturaleza de acción en el proceso penal", en: *El Magistrado*, Año II, N° 1, Lima, 1982.

BRAMONT ARIAS, Luis: *El Ministerio Público*, SP Editores, Lima, 1984.

BRAMONT ARIAS, Luis A.: *Acciones de garantía*, Lima, Editorial Imprenta Marcos, 1984.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Editorial San Marcos, Lima, 1997.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto: "Alcances de la Ley penal contra el lavado de activos", en: *Actualidad Jurídica*, T. 105, Lima, 2002.

BROOMHALL, Bruce: *Corte Penal Internacional: Una guía para su implementación nacional*, Instituto Legal Internacional de Derechos Humanos (Universidad de Paul) e Instituto Internacional para Altos Estudios en Ciencias Penales, Siracusa [Italia], mimeo, s/f.

BRUZZONE, Gustavo: "Las llamadas «instrucciones de los fiscales»", en: *Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal*, Año 2, N° 2 (dedicada al Ministerio Público), Buenos Aires, 1997.

BUENO Y ARUS, Francisco: *Convenios de extradición. Notas básicas*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1980.

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

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo: *Derechos fundamentales y proceso justo*, ARA, Lima, 2001.

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo: "El derecho fundamental a un proceso justo", en *Proceso & Justicia. Revista de Derecho Procesal*, N° 1, Lima, 2001.

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo: "El problema de la 'prueba ilícita': un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal", en: *Cáthedra Discere*, N°s 8-9, Lima, 2002.

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.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás: *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos*, Comares, Granada, 1996.

CABRERA ACOSTA, Benigno Humberto: *Teoría general del proceso y de la prueba*, 6ª ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996.

CAFETZÓGLUS, Alberto Néstor: *Derecho procesal penal*, T. I, Hammurabi, Buenos Aires, 1978.

CAFETZÓGLUS, Alberto Néstor: *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 investigación fiscal preparatoria", en: *Doctrina Penal*, Año 11, 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: *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: "Imparcialidad del Juez", en: *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

CAFFERATA NORES, José Ignacio: "Proceso penal «mixto» y sistema constitucional", en: *Nueva Doctrina Penal*, 1997/A, Buenos Aires, 1997.

CAFFERATA NORES, José Ignacio: *Proceso penal y derechos humanos*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2000.

CALAMANDREI, Piero: *Introduzione allo studio sistematico dei provvidimenti cautelari*, Padova, Cedam, 1936.

CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: *Derecho procesal penal*, Dykinson, Madrid, 2002.

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.

CARMONA RUANO, Miguel: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en: AA.VV.: *Empresa y Derecho Penal (II)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999 (Cuadernos de Derecho Judicial).

CARNELUTTI, Francesco: *Derecho y proceso*, EJEA, Buenos Aires, 1971.

CARNELUTTI, Francesco: *La prueba civil*, Depalma, Buenos Aires, 2000.

CARO CORIA, Carlos: "La responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho penal peruano e iberoamericano", en: *Derecho-PUC*, N° 54, Lima, 2001.

CARO CORIA, Carlos: *Código Penal. Legislación complementaria sistematizada*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

CARO CORIA, Dino Carlos y SAN MARTÍN CASTRO, César: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Grijley, Lima, 2000.

CAROCCA PÉREZ, Alex: "Las garantías constitucionales del debido proceso y de la tutela judicial efectiva en España", en: *Revista Jurídica del Perú*, Año XLVI, N° 2, abril-junio, Trujillo, 1996.

CAROCCA PÉREZ, Alex: *Garantía constitucional de la defensa procesal*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1998.

CARPIO MARCOS, Edgar: *Selección de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Jurista Editores, Lima, 2002.

CARRIÓ, Alejandro D.: *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

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.

CASTAÑEDA, Jorge Eugenio: *Código Civil Anotado*, Juan Mejía Baca Editor, Lima, 1955.

CASTILLO ALVA, José Luis: *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Idemsa, Lima, 2001.

CATACORA GONZÁLES, Manuel: "El auto de apertura de instrucción", en: *El Magistrado*, Año II, N° 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*, Bosch, Barcelona, 1994.

CHIAVARIO, Mario, *Commento al nuovo Codice di Procedure Penale*, 4 vols., UTET, Torino, 1989-1991.

CHICHIZOLA, Mario I.: *La excarcelación*, La Ley, Buenos Aires, 1963.

CHIESA APONTE, Ernesto, *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, T. I, Fórum, Bogotá, 1991.

CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner y VALLADOLID ZETA, Víctor: *Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima, 2002.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: "La pena natural y sus efectos sobre la culpabilidad del autor", en: *Actualidad Penal*, N° 46, semana de 9 al 15 de diciembre de 2002, La Ley, Madrid, 2002.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge: *Tratado de Derecho procesal penal*, 7 T., EDIAR, Buenos Aires, 1960-1968 (T. I: 1960; T. II: 1962; T. III: 1963; T. IV: 1964; T. V: 1966; T. VI: 1967; T. VII: 1968).

CLARIÁ OLMEDO, Jorge: *El proceso penal*, Depalma, Buenos Aires, 1985.

CLIMENT DURÁN, Carlos: *La prueba penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo blanch, Valencia, 1991.

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.

COLERIO, Juan Pedro: "Recurso de queja por apelación denegada", en: AA.VV.: *Recursos judiciales*, EDIAR, Buenos Aires, 1993.

COLLADO YURRITA, Pilar: *La actuación de la inspección financiera y tributaria en la instrucción del proceso por delito fiscal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS: *Protección de los Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1997.

CONDE-PUMPIDO, Ferreiro: "Legalidad vs. oportunidad como criterios de actuación de los Ministerio Públicos", en: *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1983.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, "Nuevas fórmulas para la Ley de Enjuiciamiento Criminal", en *Iuris*, N° 56, Madrid, 2001.

CORDERO, Franco: *Procedimiento penal*, T. II, Temis, Bogotá, 2000.

CÓRDOBA RODA, Juan: *Comentarios al Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1972.

CORDÓN MORENO, Faustino: *Introducción al Derecho procesal*, 2ª ed., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1995.

CORDÓN MORENO, Faustino: *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA, *Jurisprudencia Penal. Procesos Sumarios*, T. III, Cultural Cuzco, Lima, 1990.

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.

CURY URZÚA, Enrique: *Derecho penal. Parte general*, T. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel: *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2000.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, "El principio de contradicción en el proceso penal", en *Diario La Ley*, Año XXIII, N° 5474, Lunes 4 de febrero, Madrid, 2002.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO: *¿Quién Juzga qué? Justicia militar vs. Justicia ordinaria* (Informe Defensorial N° 66), Lima, 2003.

DEL MORAL GARCÍA, Antonio y SANTOS VIJANDE, Jesús: *Publicidad y secreto en el proceso penal*, Comares, Granada, 1996.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo: *El delito de falsedad en la información social del art. 290° del Código Penal de 1995*, Cuadernos de Derecho Judicial (Empresa y Derecho Penal I), Madrid, 1998.

DEL VALLE RANDICH, Luis: *Derecho procesal penal. Parte general*, Lima, s/f.

DEL VALLE RANDICH, Luis: *Procedimientos especiales*, Editorial Jurídica, Lima, 1963.

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.: *La criminalidad organizada ante la justicia*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996.

DELGADO MARTÍN, Joaquín: "El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto", en: PICÓ I JUNOY, Joan (Dir.): *Problemas actuales de la justicia penal*, Bosch, Barcelona, 2001.

DELGADO MARTÍN, Joaquín (Coordinador); ALONSO PÉREZ, Francisco; BARALLAT LÓPEZ, Juan; PASTOR MOTTA, Luis: *Los juicios rápidos*, Colex, Madrid, 2002.

DELGADO MARTÍN, Joaquín: *El juicio de faltas: La prueba y otras cuestiones procesales*, Colex, Madrid, 1996.

DELLEPIANE, Antonio: *Nueva teoría de la prueba*, Temis, Bogotá, 1981.

DELMÁS-MARTY, Mirielle: "El proceso penal en Europa: perspectivas", en: *Poder Judicial*, II Época, N° 37, marzo, Madrid, 1995.

DESPORTES, Fréderic y LE GUNEHEC, Françõis: "Las penas aplicables a las personas jurídicas", en: *Anuario de Derecho Penal 1997-1998*, Lima, 1998.

D'ALBORA, Francisco J.: *Código Procesal Penal de la Nación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002.

DE DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo: *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*, Tecnos, Madrid, 1998.

DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo: *Justicia criminal consensuada*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

DE LA CRUZ ESPEJO, Marco: *Cuestión previa, cuestión prejudicial y excepciones en el proceso penal peruano*, FECAT, Lima, 1998.

DE LA MATA AMAYA, José: "La utilización de la videoconferencia en las actuaciones judiciales", en: *Actualidad Penal*, N° 47-48, semana de 16 al 29 de diciembre, Madrid, 2002.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *La conexión en el proceso penal*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1972.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: "El derecho a los recursos. Los problemas de la única instancia", en: *Tribunales de Justicia*, N° 10, octubre, Madrid, 1997.

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

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael; MUERZA ESPARZA, Julio; TOMÉ GARCÍA, José Antonio: *Derecho procesal penal*, 5ª ed., Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 2002.

DE LA RÚA, Fernando: *Proceso y justicia*, Lerner, Buenos Aires, 1980.

DE LA RÚA, Fernando: *Teoría general del proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1991.

DE MIGUEL ZARAGOZA, Juan: "El espacio jurídico-penal del Consejo de Europa", en: AA.VV.: *Política común de Justicia e Interior en Europa*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial.), Madrid, 1995.

DE MIGUEL ZARAGOZA, Juan: "Nota sobre el Estatuto de la Corte Penal Internacional", en: *Boletín de Información*, Año LIII, N° 1836-1837, Suplemento, Madrid, 1999.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel: *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

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, 1993.

DÍAZ CABIALE, José Antonio: *Principio de aportación de parte y acusatorio: La imparcialidad del juez*, Comares, Granada, 1996.

DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo: *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001.

DÍAZ PITA, María Paula: *El coimputado*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio: "El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley", en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 11, N° 31, Madrid, 1991.

DOIG DÍAZ, María Yolanda: "La justicia militar a la luz de las garantías de la jurisdicción", en: *Anuario de Derecho Penal 2001-2002* (monográfico sobre "La reforma del Derecho Penal Militar"), Lima, 2002.

DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián: *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, Vol. 1, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2002.

ECHARRI CASI, Fermín Javier: *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: Las consecuencias accesorias*, Aranzadi, Navarra, 2003.

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*, N° 11, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción: "La Corte Penal Internacional: rasgos básicos", en: AA.VV.: *Crimen internacional y jurisdicción universal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

ESCOBAR LÓPEZ, Edgar: "Regulación legal de la consulta en el proceso penal", en: *Revista del Colegio de Abogados Penalistas Del Valle*, Vol. XIII, N° 21 y 22, Medellín, 1990.

ESCUSOL BARRA, Eladio: *Manual de Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1993.

ESER, Albin: "La posición jurídica del inculpado en el proceso penal", en su: *Temas de Derecho penal y procesal penal*, Idemsa, Lima, 1998.

ESPARZA LEIBAR, Iñaki: *El debido proceso*, J. M. 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.

"Exposición de Motivos del Anteproyecto del Código de Procedimientos Penales", en: *Revista del Foro*, Año XXVI, Lima, 1939 .

"Exposición de Motivos del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica", en: MAIER, Julio B. J.: *Derecho procesal penal argentino*, Ts. I-a y I-b, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

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.

FARALDO CABANA, Patricia: *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

FARALDO CABANA, Patricia: "El Proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional", en: *Actualidad Penal*, N° 25, semana de 16 al 22 de junio, Madrid, 2003.

FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor: "Derecho a la libertad y seguridad personal", en: *Lecturas Constitucionales Andinas*, N° 1, Lima, 1991.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: "Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas", en: GARCÍA CAVERO, Percy (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, ARA, Lima, 2002.

FENECH, Miguel: *Derecho Procesal Penal*, Vol. I, Bosch, Barcelona, 1952.

FENECH, Miguel: *El proceso penal*, Editorial Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1982.

FERNÁNDEZ APARICIO, Juan: "El delito provocado y el agente encubierto", en: *Actualidad Penal*, N° 44, semana de 25 de noviembre al 1 de diciembre, Madrid, 2002.

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.

FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, Plácido: *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Civitas, Madrid, 1994.

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.

FERRÉ OLIVE, Juan Carlos: *Crimen internacional y jurisdicción internacional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

FIERRO, Guillermo J.: *La ley penal y el derecho internacional*, Depalma, Buenos Aires, 1977.

FLORIÁN, Eugenio: *De las pruebas penales*, 2 Ts., 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 reimpr.), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980.

FREYRE VILLAVICENCIO, Herbert: *Manual del juicio oral*, Sesator, Lima, s/f.

FRISANCHO APARICIO, Manuel: *Delitos contra la Administración de Justicia*, Jurista Editores, Lima, 2000.

FRISANCHO APARICIO, Manuel: *Jurisprudencia penal*, Jurista Editores, Lima 2002.

FRISANCHO APARICIO, Manuel: *Tráfico ilícito de drogas y lavado de dinero*, Jurista Editores, Lima, 2002.

FUENTES SORIANO, Olga: "La Ley Orgánica 19/1994 de protección de testigos y peritos en causas criminales", en *Revista de Derecho Procesal*, N° 1, Madrid, 1996.

GALLEGO SOLER, José-Ignacio: *Los delitos de tráfico de drogas*, II, Bosch, Barcelona, 1999.

GÁLVEZ MUÑOZ, Luis: *La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales*, Aranzadi, Pamplona, 2003.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *La reparación civil en el proceso penal*, Idemsa, Lima, 1999.

GARBERÍ LLOBREGAT, José: *La ausencia del acusado en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1992.

GARBERÍ LLOBREGAT, José: "La flagrancia habilitadora de la entrada y registro", en: *Colex*, N° 8, noviembre-diciembre, Madrid, 1993.

GARBERÍ LLOBREGAT, José: "El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley", en: AA.VV.: *Jurisdicción y competencia*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial, VI), Madrid, 1996.

GARCÍA ALBERO, Ramón, *Ne bis in idem*, Cedecs, Barcelona, 1995.

GARCÍA BARROSO, Casimiro: *Procedimiento de extradición*, T. II, Colex, Madrid, 1996.

GARCÍA PÉREZ, Juan Jacinto: "Criminalidad organizada y protección de testigos y peritos en el proceso penal español", en: AA.VV.: *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial, II), Madrid, 2001.

GARCÍA RADA, Domingo: *La instrucción, Vol. I: El Inculpado*, Sanmartí y Cía, Lima, 1967.

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.

GARCÍA RADA, Domingo: *Manual de Derecho procesal penal*, EDDILI, Lima, 1984.

GARCÍA RIVAS, Nicolás: *El poder punitivo en el Estado democrático*, Ediciones Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.

GARCÍA TOMA, Víctor: *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*, 2 t., Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1998.

GARCÍA VALENCIA, Jesús Ignacio: *Las pruebas en el proceso penal*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996.

GARRIDO FALLA, Fernando: *Tratado de Derecho administrativo*, Vol. II, Tecnos, Madrid, 1992.

GIALDINO, Rolando: *La prisión preventiva en el derecho internacional de los derechos humanos*, en: www.cajpe.org.pe/guia/g-prisi.htm.

GIL GARCÍA, Olga: *La jurisdicción militar en la etapa constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

GIL GIL, Alicia: *El genocidio y otros crímenes internacionales*, UNED, Valencia, 1999.

GIL HERNÁNDEZ, Ángel: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 1995.

GIMÉNEZ SÁNCHEZ, Itziar: *Pluralidad de partes en el proceso penal*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998.

GIMENO SENDRA, Vicente: *La querella*, Bosch, Barcelona, 1977.

GIMENO SENDRA, Vicente: *Fundamentos del Derecho procesal*, Civitas, Madrid, 1981.

GIMENO SENDRA, Vicente: "El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas", en: *Revista del Consejo General del Poder Judicial*, Derechos Humanos, Número Especial 1, Madrid, 1986.

GIMENO SENDRA, Vicente: *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988.

GIMENO SENDRA, Vicente: *El proceso de hábeas corpus*, Tecnos, Madrid, 1996.

GIMENO SENDRA, Vicente: "Cuestiones prejudiciales devolutivas y *non bis idem* en el proceso penal", en: *La Ley*, Año XXIV, N° 5817, Madrid, 4 de julio de 2003.

GIMENO SENDRA, Vicente; GARBERÍ LLOBREGAT, José; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido: *Los procesos penales*, 7 Ts., Bosch, Barcelona, 2000.

GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; ALMAGRO NOSETE, José; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín: *Derecho procesal*, T. II (*Proceso penal*), 4ª ed., 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: *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2001.

GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: *Curso de Derecho penal de los negocios a través de casos prácticos*, Colex, Madrid, 2001.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis: *El proceso penal alemán*, Bosch, Barcelona, 1985.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: *Constitución y proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1996.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis: "Estado de Derecho y Policía Judicial Democrática", en su: *El proceso penal en el Estado de Derecho*, Palestra, Lima, 1999.

GÓMEZ DE LIAÑO GONZALES, 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*, T. I, Bosch, Barcelona, 1947.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente: *Derecho procesal penal*, 10ª ed., Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987.

GONZALES CANO, Isabel: "El Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el derecho al recurso penal en el ordenamiento español", en: *Tribunales de Justicia*, N° 2, Madrid, 2001.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990.

GÖSSEL, Karl-Heinz: "Principios fundamentales de las formas procesales descriminalizadoras en el proceso penal alemán", en: *Justicia*, Año IV, N° 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.

GRANADOS PÉREZ, Carlos: "Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado. Agente encubierto. Entrega vigilada. El arrepentido. Protección de testigos. Posición de la jurisprudencia", en: AA.VV.: *La criminalidad organizada: Aspectos, sustantivos, procesales y orgánicos*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial, II), Madrid, 2001.

GUARIGLIA, Fabricio O.: "Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: El principio de oportunidad", en: AA.VV.: *El Ministerio Público en el proceso penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.

GUARIGLIA, Fabricio O.: "Las prohibiciones probatorias", en: MAIER, Julio B. J. (Comp.): *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Ediciones 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*, T. II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.

GUERRERO APRÁEZ, Víctor: "El Estatuto de la Corte Penal Internacional: Antecedentes y características", en: *Revista de Derecho Público*, N° 10, mayo, Santa Fe de Bogotá, 1999.

GUERRERO PERALTA, Óscar Julián: *Procedimiento acusatorio y terminación anticipada del proceso penal*, Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1998.

Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2001.

GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles: *Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos*, Colex, Madrid, 2000.

GUZMÁN FERRER, Fernando: *Código de Procedimientos Penales*, Cultural Cuzco, Lima, 1982.

HASSEMER, Winfried: *Fundamentos del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984.

HASSEMER, Winfried: *Crítica al derecho penal de hoy*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998.

HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco: *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1989.

HEINE, Günter: "La responsabilidad penal de las empresas: Evolución y consecuencias", en: *Anuario de Derecho Penal 1996*, Lima, 1996.

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.

HUAPAYA OLIVARES, Alberto: *La extradición*, Gráfica Horizonte, Lima, 2000.

HUERTA GUERRERO, Luis Alberto: "El debido proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en: www/caj/org.

HURTADO POZO, José: *El Ministerio Público*, EDDILI, Lima, 1981.

HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho penal. Parte general*, EDDILI, Lima, 1987.

HURTADO POZO, José: "Personas jurídicas y responsabilidad penal", en: *Anuario de Derecho Penal 1996*, Lima, 1996.

IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO, Miguel: *Curso de Derecho procesal penal*, Universidad de Madrid, Madrid, 1969.

IGARTUA SALAVERRÍA, 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*, N° 1, Madrid, 1995.

IRAGORRI DÍEZ, Benjamín: *Instituciones de Derecho procesal penal*, Temis, Bogotá, 1974.

IZAGUIRRE GUERICAGOITIA, Jesús María: *La investigación preliminar del Ministerio Fiscal. La intervención de las partes en la misma*, Aranzadi, Navarra, 2001.

JAÉN VALLEJO, Manuel: *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, Akal, Madrid, 1987.

JAÉN VALLEJO, Manuel: *La justicia penal en la jurisprudencia constitucional*, Dykinson, Madrid, 2001.

JAÉN VALLEJO, Manuel: *Tendencias actuales de la jurisprudencia penal española*, Horizonte, Lima, 2001.

JAKOBS, Günther: "Punibilidad de las personas jurídicas", en: GARCÍA CAVERO, Percy (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, ARA, Lima, 2002.

JAUCHEN, Eduardo M.: *Tratado de la prueba en materia penal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.

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 ASENSIO, Rafael: *Imparcial judicial y derecho al juez imparcial*, Aranzadi, Navarra, 2002.

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*, N° II, Madrid, 1987.

JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, Francisco: *Introducción al Derecho penal militar*, Civitas, Madrid, 1987.

JOSHI JUBERT, Ujala: *Los delitos de tráfico de drogas*, I, Bosch, Barcelona, 1999.

Jurisprudencia constitucional, T. I, Editora Normas Legales, Trujillo, 2002.

Jurisprudencia penal (1984-1992), Editora Normas Legales, Trujillo, 1996

Jurisprudencia penal, T. I, Editora Normas Legales, Trujillo, 2003.

LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel: *Jurisprudencia del proceso penal sumario*, 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.

LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo: *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 2001.

LEÓN BARANDIARÁN, José: *Comentarios al Código Civil peruano*, T. I, Ediar, Buenos Aires, 1954.

LEONE, Giovanni: *Tratado de Derecho procesal penal*, Ts. I, II y III, 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 Ts. I, Depalma, Buenos Aires, 1993.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: *La prisión preventiva (límites constitucionales)*, UCI, San José [Costa Rica], 1997.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: *Proceso penal comentado*, Editorial Jurídica Continental, San José [Costa Rica], 1998.

LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes: *La segunda instancia en el proceso penal*, Comares, Granada, 2000.

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-BARJA DE QUIROGA, Jacobo: "La motivación de las sentencias", en: AA.VV.: *La sentencia penal*, Consejo General de Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, 1992.

LÓPEZ-BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Instituciones de Derecho procesal penal*, Akal/Iuri, Madrid, 1999.

LÓPEZ DÍAZ, Antonio: "El derecho a no autoinculparse y a no declarar contra sí mismo en el procedimiento sancionador en materia tributaria", en: AA.VV.: *Temas de Derecho penal tributario*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

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.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel: *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, Universitas, Madrid, 1995.

MAGGIORE, Giuseppe: *Derecho penal*, 5 T., Temis, Bogotá, 1972.

MAIER, Julio B. J.: "La Ordenanza Procesal Penal alemana", en *Doctrina Penal*, Año 2, N° 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*, Ts. 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.: "La víctima en el sistema penal", en MAIER, Julio B. J. (Ed.): *De los delitos y de las víctimas*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1992.

MAIER, Julio B. J. (Comp.): *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Ediciones Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

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.

MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco: "El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal", en *Justicia*, N° 1-2, Barcelona, 2002.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: "El Convenio del Consejo de Europa sobre Traslado de Personas Condenadas", en: AA.VV.: *Comentarios a la legislación penal*, T. VIII, Volumen 2°, Edersa, Madrid, 1988.

MANZINI, Vincenzo: *Tratado de Derecho procesal penal*, 5 Ts., EJEA, Buenos Aires, 1951-1954 (Ts. I y II: 1951; T. III: 1952; T. IV: 1953; T. V: 1954).

MAPELLI CAFFARENA, Borja: *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.

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.

MARTÍN BRAÑAS, Carlos: "Configuración jurisprudencial de la prisión provisional", en: *Tribunales de Justicia*, N° 5, mayo, Madrid, 2001.

MARTÍN MORALES, Ricardo (Coord.): *El principio constitucional de intervención indiciaria. Parte Primera: Teoría general*, Grupo Editorial Universitario, Madrid, 2000.

MARTÍN Y MARTÍN, José Antonio: *La instrucción penal*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: "La prueba indiciaria", en: AA.VV.: *La prueba en el proceso penal*, Centro de Estudios Judiciales (Colección Cursos), Madrid, 1993.

MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*, Comares, Granada, 1994.

MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: *El recurso de casación penal*, Comares, Granada, 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.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José: *El proceso por delito privado*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1996.

MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl; ZIPF, Heinz: *Derecho penal. Parte general*, 2 ts., Astrea, Buenos Aires, 1994-1995.

MAZUELOS COELLO, Julio: *Control social y dogmática penal*, Editorial San Marcos, Lima, 1995.

MEINI MÉNDEZ, Iván: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.

MEINI MÉNDEZ, Iván: "Observaciones a la Parte General del Código de Justicia Militar", en: *Anuario de Derecho Penal 2001-2002* (monográfico sobre "La reforma del Derecho Penal Militar"), Lima, 2002.

MIGUEL Y ALONSO, Carlos: "Incidentes", en: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. XII, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1977.

MILANS DEL BOSCH Y JORDAN DE URRIES, Santiago: "Aspectos sustantivos de la prisión preventiva", en: *La Ley*, Año XVII, N° 4047, 30 de mayo, Madrid, 1996.

MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal. Parte general*, PPU, Barcelona, 1996; *id.* 1998.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1997.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999.

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*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1991.

MIXÁN MASS, Florencio: *Prueba indiciaria. Carga 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.

MOHEDANO, José María y LILLO, Diego: *El procedimiento de extradición*, Tecnos, Madrid, 1998.

MONTERO AROCA, Juan: "Entre la trasgresión 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: *Introducción al Derecho jurisdiccional peruano*, Enmarce, Lima, 1999.

MONTERO AROCA, Juan: *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto: *Derecho Jurisdiccional*, 3 T., José María Bosch Editor, Barcelona, 1991 (T. I [*Parte general*], T. II [*Proceso civil*], T. III [*Proceso penal*]).

MONTERO AROCA, Juan; ORTELLS RAMOS, Manuel; GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; MONTÓN REDONDO; Alberto: *Derecho jurisdiccional*, 3 T., 6ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1997 (T. I [*Parte general*], T. II [*Proceso civil*], T. III [*Proceso penal*]).

MONTOYA, Mario Daniel: *Informantes y técnicas de investigación encubiertas*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1998.

MORENO CATENA, Víctor: "Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal", en: *Poder Judicial*, Nº II (Especial), Madrid, 1987.

MORENO CATENA, Víctor: "Dependencia orgánica y funcional de la Policía Judicial", en: *Poder Judicial*, N° VIII (Especial), Madrid, 1989.

MORENO CATENA, Víctor: "La protección de testigos y peritos en el proceso penal español", en: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y ANARTE BORRALLO, Enrique (Editores): *Delincuencia organizada*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999.

MORENO CATENA, Víctor (Dir.): *El proceso penal*, Vols. I, II y III, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

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.

MORENO CATENA, Víctor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente: *Introducción al Derecho procesal*, Colex, Madrid, 2000.

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.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho penal. Parte especial*, 6ª ed., Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1985.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

MUÑOZ SABATÉ, Luis: *Técnica probatoria,* Temis, Bogotá, 1997.

NEWMAN-VASAK: *Ensayos sobre Derechos Humanos,* Comisión Andina de Juristas, Lima, 1990.

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.

ORÉ GUARDIA, Arsenio: *Manual de Derecho procesal penal*, 2ª ed., Alternativas, Lima, 1999.

ORÉ GUARDIA, Arsenio, "Diagnóstico del Estado actual de la reforma del proceso penal en el Perú", en: CEAS, *Materiales de Lectura*, CEAS, Lima, 2001.

ORÉ GUARDIA, Arsenio: "La prueba prohibida", en: *Derecho Procesal Penal. Selección de textos*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo: *El período intermedio del proceso penal*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo: *Introducción al Derecho procesal*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

ORREGO MORENO, Alfonso: *Elementos de Derecho procesal penal peruano*, T. I, Ediciones Jurídicas, Lima, 1985.

ORTELLS RAMOS, Manuel: *El proceso penal abreviado. Nueve estudios*, Comares, Granada, 1997.

ORTELLS RAMOS, Manuel: *Introducción al Derecho procesal*, Comares, Granada, 1999.

ORTELLS RAMOS, Manuel: *Las medidas cautelares*, La Ley, Madrid, 2000.

ORTELLS RAMOS, Manuel; CÁMARA RUIZ, Juan; SÁNCHEZ, Ricardo Juan: *Derecho Procesal: Introducción*, Punto y Coma, Valencia, 2003.

ORTELLS RAMOS, Manuel; SÁNCHEZ, Ricardo Juan; BONET NAVARRO, José; BELLIDO PENADÉS, Rafael; PASTOR, José Martín; CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés: *Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2002.

PALACIO, Lino Enrique: *Los recursos en el proceso penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

PALACIO, Lino Enrique: *Manual de Derecho Procesal Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

PALACIOS PIMENTEL, Gustavo: *Elementos de derecho civil peruano*, T. I, EDDILI, Lima, 1985.

PARADA, Ramón: *Derecho administrativo*, T. I, Marcial Pons, Madrid, 1995.

PARRA QUIJANO, Jairo: *Derecho procesal civil*, T. I, Temis, Bogotá, 1992.

PASTOR BORGOÑÓN, Blanca: *Aspectos procesales de la extradición en el derecho español*, Tecnos, Madrid, 1984.

PASTOR BORGOÑÓN, Blanca: "Comentarios a la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva", en: *Poder Judicial*, N° 15, junio, Madrid, 1985.

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.: "El encarcelamiento preventivo", en: AA.VV.: *El nuevo Código Procesal de la Nación*, 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.

PASTOR, Daniel R.: "Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 13, Lima, 2003.

PAZ RUBIO, José María; MENDOZA MUÑOZ, Julio: OLLE SESÉ, Manuel; RODRÍGUEZ MORICHE, Rosa: *La prueba en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1999.

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: *Las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, Trivium, Madrid, 1985.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto: "El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas", en: *Poder Judicial*, 2° Época, N° 17, Madrid, 1990.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto: *El derecho a la libertad y seguridad –art. 5° del CEDH–*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto: "La tutela cautelar en la Ley de Enjuiciamiento Civil", en: VALLS GOMBÁU, José (Dir.): *Las medidas cautelares y los recursos*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial, X), Madrid, 2000.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto: *Derecho procesal penal*, T. I, Colex, Madrid, 2000.

PELÁEZ PORTALES, David: *El careo en el proceso penal español*, Editorial El Almendro, Córdoba, 2002.

PELLIGRINI GRINOVER, Ada (Editora): *La víctima en el proceso penal*, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal-Depalma, Buenos Aires, 1997.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada: "Pruebas ilícitas", en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 1, Lima, 2000.

PEÑA CABRERA, Raúl: *Derecho Penal Peruano. Parte General*, Sesator, Lima, 1977.

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.

PEÑA CABRERA, Raúl: *Tratado de Derecho penal. Estudio Programático de la Parte General*, 3ª ed., Grijley, Lima, 1999.

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*, N° 11, Lima, 1996.

PÉREZ CRUZ MARTÍN, Agustín y GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando: *Derecho procesal civil*, I, Fórum, Oviedo, 2002.

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*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

PISAPIA, Gian Domenico: *Compendio di procedura penale*, CEDAM, Padova, 1988.

PIZARRO GUERRERO, Miguel: *Jurisprudencia Constitucional de Hábeas Corpus*, Grijley, Lima, 2003.

Plenos Jurisdiccionales, Editora Normas Legales, Trujillo, 2002.

POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ: *Manual de Procedimientos Operativos Policiales*, Lima, 1996.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor: "La cooperación judicial internacional en materia penal", en: *Ius et Veritas*, N° 8, Lima, 1994.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *El delito de lavado de dinero*, Idemsa, Lima, 1994.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *Todo sobre el Código Penal*, T. I, 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.

QUERALT, Joan Joseph: *Introducción a la Policía Judicial*, Bosch, Barcelona, 1999.

QUINTANAR DIEZ, Manuel: *La justicia penal y los denominados "arrepentidos"*, Edersa, Madrid, 1996.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.); VALLE MUÑIZ, José Manuel (Coord.) *et al.*: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal español*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; VALLE MUÑIZ, José Manuel; PRATS CANUT, Josep Miquel; TAMARIT SUMALLA, Josep María; y GARCÍA ALBERO, Ramón: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; y PRATS CANUT, Josep Miquel: *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

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.

RABANAL PALACIOS, William y GONZÁLES GONZÁLEZ, Manuel: *Código de Procedimientos Penales*, Grijley, Lima, 2000.

RAMOS BOHÓRQUEZ, Miguel: *Ejecutorias de la Corte Suprema en materia penal*, Berrío, Lima, 1995.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El proceso penal. Tercera lectura constitucional*, 3ª ed., J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1993.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El proceso penal. Sexta lectura constitucional*, 6ª ed., J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2000.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El sistema procesal español*, Bosch, Barcelona, 2002.

RANIERI, Silvio: *Manual de Derecho penal*, T. II, Temis, Bogotá, 1975.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la Lengua Española*, 22° edición, Real Academia Española, Madrid, 2002.

REBOLLO VARGAS, Rafael: "El arresto de fin de semana", en: *II Congreso Internacional de Derecho Penal*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.

RETAMOZO, Alberto y PONCE, Ana María: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Idemsa, Lima, 1994.

REVILLA GONZÁLEZ, José-Alberto: *El interrogatorio del imputado*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

REYES ECHANDÍA, Alfonso: *Tipicidad*, Temis, Bogotá, 1999.

REYNA ALFARO, Luis: *Manual de Derecho penal económico,* Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

RIBA TREPAT, Cristina: *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

RIFÁ SOLER, José María y VALLS GOMBÁU, José Francisco: *Derecho procesal penal*, Iurgiun Editor, Madrid, 2000.

RIVAS, Adolfo A.: *Las medidas cautelares en el proceso civil peruano*, Rodhas, Lima, 2000.

RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La prueba en el proceso penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

RIVES SEVA, Antonio Pablo: *La prueba de testigos en el procedimiento penal*, Edijus, Madrid, 2003.

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 FERNÁNDEZ, Ricardo: "El secreto del sumario como límite a la libertad de información", en: AA.VV.: *La instrucción del sumario y las diligencias previas*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, 1998.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo: *El procesamiento*, Comares, Granada, 1999.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo: *Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal*, Comares, Granada, 2000.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás: *La justicia penal negociada*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997.

RODRÍGUEZ SOL, Luis: *Registro domiciliario y prueba ilícita*, Comares, Granada, 1998.

ROIG TORRES, Margarita: *La reparación del daño causado por el delito*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

ROJAS VARGAS, Fidel, *Jurisprudencia penal comentada*, T. I, Gaceta Jurídica, Lima, 1999.

ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia procesal penal (1996-1998)*, T. II, Gaceta Jurídica, Lima, 1999.

ROJAS VARGAS, Fidel: *Delitos contra la administración pública*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2002.

ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal y procesal penal (1999-2000)*, T. I, Idemsa, Lima, 2002.

ROJJASI PELLA, Carmen: *Ejecutorias supremas penales. 1993-1996*, Legrima, Lima, 1997.

RONCALLA VALDIVIA, Lino: *Jurisprudencia en materia procesal penal*, Sesator, Lima, 1984.

ROSAS YATACO, Jorge: *Manual de Derecho procesal penal*, Grijley, Lima, 2003.

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, Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, Claus: *Derecho procesal penal*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2000.

ROXIN, Claus: *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

ROXIN, Claus; ARTZ, Günther y 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.

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.

RUBIO CORREA, Marcial: *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Ts. I y IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.

RUIZ MIGUEL, Carlos: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995.

RUIZ RUIZ, Gregorio: *El derecho al juez ordinario en la Constitución española*, Civitas, Madrid, 1991.

RUIZ VADILLO, Enrique: "La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal", en: *Poder Judicial*, N° 2 (Especial), Madrid, 1987.

RUIZ VADILLO, Enrique: "La actividad probatoria en el proceso penal español y las consecuencias de violarse en ella algún principio constitucional de producirse determinadas irregularidades procesales", en: AA.VV.: *La prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, 1992.

RUIZ VADILLO, Enrique: "La responsabilidad derivada del delito", en: *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1994.

RUIZ VADILLO, Enrique: *El derecho penal sustantivo y el proceso penal*, Colex, Madrid, 1997.

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.

SAAVEDRA ROJAS, Edgar y DEL OLMO, Rosa: *La Convención de Viena y el narcotráfico*, Temis, Bogotá, 1991.

SALCEDO VELASCO, Andrés: "Mecanismos procesales de cooperación judicial", en: AA.VV.: *Política común de Justicia e Interior en Europa*, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial.), Madrid, 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.

SALVO ANDÓ: "El castigo de los crímenes internacionales y la tutela de los Derechos Humanos en la Era de la Globalización", en: *Thémis*, N° 39, Lima, 1999.

SAN CRISTÓBAL REALES, Susana: *La jurisdicción militar: De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, Comares, Granada, 1996.

SAN MARTÍN CASTRO, César: "Las condiciones objetivas de punibilidad y su tratamiento procesal en el Perú", en: *Derecho*, N° 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, N° 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.

SAN MARTÍN CASTRO, César: "Las medidas limitativas de derechos en la investigación preliminar del delito", en: *Actualidad Jurídica*, T. 86, enero, Lima, 2001.

SAN MARTÍN CASTRO, César: "Plazos, causas complejas y derecho transitorio en el proceso penal", en: *Actualidad Jurídica*, T. 105, agosto, Lima, 2002.

SAN MARTÍN CASTRO, César: "La tutela cautelar de las consecuencias jurídicas económicas del delito", en *Ius et Veritas*, N° 25, Lima, 2002.

SAN MARTÍN CASTRO, César: "Algunos aspectos de la justicia militar (A propósito del caso peruano)", en: *Anuario de Derecho Penal 2001-2002* (monográfico sobre "La reforma del Derecho Penal Militar"), Lima, 2002.

SAN MARTÍN CASTRO, César; CAROS CORIA, Carlos; REAÑO PESCHIERA, Leandro: *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir: Aspectos sustantivos y procesales*, Jurista Editores, Lima, 2002.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo: "La detención en el nuevo Código Procesal Penal Peruano", en: *Derecho*, N° 46, Lima, 1992.

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.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo: *Comentarios al Código Procesal Penal*, Idemsa, Lima, 1993.

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.

SANGUINÉ, Odone: *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

SCHLÜCHTER, Ellen: *Derecho procesal penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

SCHMIDT, Eberhard: *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.

SEBASTIÁN MONTESINOS, María Ángeles: *La extradición pasiva*, Comares, Granada, 1997.

SEELMANN, Kurt: "Punibilidad de la empresa: causas, paradojas y consecuencias", en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 3, Lima, Grijley, 2002.

SENTÍS MELENDO, Santiago: *La prueba*, EJEA, Buenos Aires, 1979.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel: "La función del indicio en el proceso penal", en su: *Estudios de derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel y RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Industrias Gráficas Pareja, Barcelona, 1974.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso: *Fraude tributario*, Editorial Revista de Derecho Financiero, Madrid, 1977.

SILVA MELERO, Valentín: *La prueba procesal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: "¿«*ex delicto*» Aspectos de la llamada 'responsabilidad civil' en el proceso penal", en *www.indret.com* (*indret*, N° 3, Barcelona, julio, 2001).

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: "Problemas de la determinación judicial de la pena", en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María y SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J.: *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública*, Grijley, Lima, 2001.

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*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

SOLER, Sebastián: *Derecho penal argentino*, Ts. I y II, Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires, 1983.

SOSA ARDITI, Enrique y FERNÁNDEZ, José: *Juicio oral en el proceso penal*, Astrea, Buenos Aires, 1994.

SOSA, Gualberto Lucas: "Procedimiento ordinario en segunda Instancia", en: AA.VV.: *Recursos judiciales*, EDIAR, Buenos Aires, 1993.

STRUENSEE, Eberhard: "La prueba prohibida", en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 4, julio-diciembre, Lima, 1994.

SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto: *El debido proceso penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

SUAU MOREY, Jaime: *Tutela constitucional de los recursos en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1995.

TARAMONA, José R.: *Compendio de ejecutorias supremas*, 3 ts., Jamse Editores, Lima, 1982-1983 (T. I: 1982; T. II: 1982; T. III: 1983).

TAWIL, Guido Santiago: *Recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema de Justicia*, Depalma, Buenos Aires, 1990.

TEDESCO, Ignacio F.: "La libertad de la declaración del imputado: un análisis histórico-comparado", en: HENDLER, Edmundo S. (Comp.): *Las garantías penales y procesales*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2001.

TIEDEMANN, Klaus: "Trece tesis para un Derecho procesal moderno orientado en los Derechos Humanos", en su: *Derecho Penal y Constitución*, Palestra, Lima, 2003.

TIEDEMANN en: ROXIN, Claus; ARTZ, Günther; TIEDEMANN, Klaus: *Introducción al Derecho penal y al Derecho procesal penal*, Ariel, Barcelona, 1989.

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José: "Temas de derecho penal y derecho procesal penal en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la legislación antiterrorista", en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año 4, N° 24, Lima, febrero, 2003.

URTECHO BENITES, Santos: *La cuestión prejudicial en el proceso penal*, Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, 1978.

VALENCIA MIRÓN, Antonio José: *Introducción al Derecho procesal*, Comares, Granada, 2000.

VALLE RANDICH, Luis del: *Derecho procesal penal. Parte general*, Volumen Segundo, Imprenta Editora Pérez Pacussich, Lima, s/f.

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 RIESTRA, Javier: *La extradición*, AFA, Lima, 1989.

VARELA GÓMEZ, Bernardino: *El recurso de apelación penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.

VASALLO SAMBUCETI, Efraín: *La acción civil en el proceso penal*, Editorial San Marcos, Lima, 2000.

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 Luis: *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984.

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*, N° 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.

VECINA CIFUENTES, Javier: "Los recursos extraordinarios de casación e infracción procesal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", en: *Jueces para la Democracia*, N° 40, Madrid, 2001.

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.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy: "Videoconferencia y administración de justicia", en: *Diario La Ley*, Año XXIII, N° 5630, Madrid, 10 de octubre de 2002.

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*, Ts. I y II, Marcos Lerner-Editora Córdoba, Córdoba, 1986.

VERGUER GRAU, Joan: *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, J. M. 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*, T. I, 3ª ed., Editorial Prensa Castellana, Madrid, 1971.

VIADA, Carlos y ARAGONESES, Pedro: *Curso de Derecho procesal penal*, T. II, 2ª ed., Editorial Prensa Castellana, Madrid, 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*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2002.

VILLAVICENCIO, Víctor Modesto: *Derecho procesal penal*, Imprenta Rozas, Lima, 1965.

VIVES ANTÓN, T.: "Doctrina constitucional y reforma del proceso penal", en: *Poder Judicial*, N° 2 (Especial), Madrid, 1987.

VIVES ANTÓN, Tomás S.: "Doctrina constitucional y reforma del proceso penal", en: *Poder Judicial*, N° 2 (Especial), Madrid, 1987; también en: AA.VV.: *Derechos fundamentales y justicia penal*, San José (Costa Rica), 1992; y en su: *La libertad como pretexto*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995.

VIVES ANTÓN, Tomás: "*«Ne bis in idem»* procesal", en su: *La libertad como pretexto*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995.

VIVES ANTÓN, Tomás: *La reforma del proceso penal. II. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Tirant lo blanch, Valencia, 1992.

WITT, Elder: *La Suprema Corte de Justicia y los derechos individuales*, Gernika, México, 1995.

ZAMORA-PIERCE, Jesús: *Garantías y proceso penal*, Porrúa, México, 1991.

ZARZOSA CAMPOS, Carlos: *La reparación civil del ilícito penal*, Rodhas, Lima, 2001.

ZARZOSA, Carlos Enrique: "Contienda de competencia", en: *Debate Penal*, N° 2, mayo-agosto, Lima, 1987.

ZAVALA LOAIZA, Carlos: *Programa de Derecho procesal penal*, Imprenta Torres Aguirre, Lima, 1941.

ZAVALA LOAIZA, Carlos: "Exposición de Motivos del Anteproyecto de Código de Procedimientos Penales", en su: *El proceso penal y sus problemas*, Taller de Linotipia, Lima, 1947.

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.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: "Las «consecuencias accesorias» aplicables como penas a las personas jurídicas en el Código Penal español", en: *Anuario de Derecho Penal 1997-1998*, Lima, 1998.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura: *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, Granada, 2000.

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos
de Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL
<info@grijley.com>,
en el mes de abril de 2014.