Estudios de Derecho Procesal Penal

EDITORA JURÍDICA GRIJLEY

CÉSAR EUGENIO SAN MARTÍN CASTRO
Profesor principal de Derecho Procesal de la
Pontificia Universidad Católica del Perú.
Magistrado de la Corte Suprema del Perú.

Estudios de Derecho Procesal Penal

Joel Segura Alania
Coordinador

GRIJLEY

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO Nº 822

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

© 2012, *Estudios de Derecho Procesal Penal*

© 2012, César Eugenio San Martín Castro

© 2012, Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.
Oficina principal y distribución
Jr. Azángaro 1075 - Of. 207
Tlf.: (51-1) 337-5252
info@grijley.com

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

Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú Nº 2011-02498
ISBN: 978-9972-04-359-8

Tiraje: 1000 ejemplares

DISTRIBUIDORES:

Docma Distribuidores S.A.C.
T: (01)3546310
RPM: # 092321
RPM: # 985961937
RPC: 993578623
www.docmadistribuidores.com
ventas@docmadistribuidores.com

Grijle Import S.A.
Jr. Azángaro 1077 - Lima 01
Ts: (054)321 0258 • 427 1881
grijle_import@yahoo.com

Grijley Arequipa
Calle Santa Marta Nº 304 - Of. 103
T: (054)288379 • C: (054) 95929 6700
arequipa@grijley.com
grijley_arequipa@speedy.com.pe

Grijley Chiclayo
San José Nº 1067 • T: (074) 204146
chiclayo@grijley.com

Grijley Trujillo
Jr. Pizarro Nº 540
T: (044) 243898 • C: (044) 94920 6694
trujillo@grijley.com
grijleycomercial@hotmail.com

Grijley Huancayo
Calle Nemesio Raez Nº 545 - El Tambo
T: (064) 244523
huancayo@grijley.com

Abreviaturas

AA	Acción de Amparo
ACPP	Antiguo Código Procesal Penal
AI	Accción de Inconstitucionalidad
ATS	Auto Tribunal Supremo
art.	artículo
c.	contra
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
Cas.	Casación
CE	Constitución Española
Cfr.	confróntese
CGR	Contraloría General de la República
CICC	Convención Interamericana contra la Corrupción
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Cit.	Citado(a)
Civ.	Civil
CJ	Concordancia Jurisprudencial
CN	Constitución Nacional
CNM	Consejo Nacional de la Magistratura
Cod. Proc. Const.	Código Procesal Constitucional

Comp.	Compendio
Const.	Constitución
CP	Código Penal
CPC	Código Procesal Civil
CPConst.	Código Procesal Constitucional
CPP	Código de Procedimientos Penales
CProP	Código de Procedimientos Penales
DADH	Declaración Americana de Derechos Humanos
D.L.	Decreto Ley
D. Leg.	Decreto Legislativo
DNA	Ácido Desoxirribonucleico
Dr.	Doctor
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
Ed.	Editorial
Ej. Sup.	Ejecutoria Suprema
ESV	Ejecutoria Suprema Vinculante
Exp.	Expediente
FJ	Fundamento Jurídico
FN	Fiscalía de la Nación
GAO	General Accounting Office
HC	Hábeas Corpus
JUS	Ministerio de Justicia
IDL	Instituto de Defensa Legal
IN	Ministerio del Interior
Lecrim	Ley Criminal
LOMP	Ley Orgánica del Ministerio Público
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPNP	Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú

LOSNC/CGR	Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
MP	Ministerio Público
mod.	modificado
N°	Número
No.	Número
NAGU	Normas de Auditoría Gubernamental
NCPP	Nuevo Código Procesal Penal
núm.	número
Ob.	Obra
OCMA	Órgano de Control de la Magistratura
ONG	Organismo No Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OPP	Ordenanza Procesal Penal
p.	página
PA	Proceso de Amparo
párr.	párrafo
PHC	Proceso de Hábeas Corpus
PI	Proceso de Inconstitucionalidad
PIDCP	Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos
PNP	Policía Nacional del Perú
pp.	páginas
1er	primer
PUCP	Pontificia Universidad Católica del Perú
RAE	Real Academia Española
R.N°	Recurso de Nulidad
R.Q.	Recurso de Queja
S.A.	Sociedad Anónima

SCIDH	Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
SCS	Sentencia de Corte Suprema
2da.	segunda
[sic]	(así en latín); indica que ese modo –y no por error o errata– aparece en el texto
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCE	Sentencia del Tribunal Constitucional Español
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
StPO	Strafprozessordnung (Ordenanza Procesal Penal)
STSE	Sentencia del Tribunal Supremo Español
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tribunal Constitucional Español
TCFA	Tribunal Constitucional Federal Alemán
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TID	Tráfico Ilícito de Drogas
TP	Título Preliminar
TS	Tribunal Supremo
TUO	Texto Único Ordenado
v. / vs.	versus
Vol.	Volumen

PRESENTACIÓN

Un correcto desenvolvimiento del sistema procesal penal de un país refleja un profundo compromiso con la democracia y sus postulados; enseña, promueve y brinda, además, garantías de justicia acorde a un Estado Constitucional. Dicho funcionamiento del sistema procesal requiere –como presupuesto indispensable– la investigación científico-jurídica y la constante capacitación de los sujetos del Derecho. Bajo este tenor, el presente compendio adquiere una especial relevancia para los fines del Derecho Procesal Penal peruano y su aplicación.

En tal virtud, este compendio presenta dos formas útiles de ser comprendido. En principio, es la síntesis de la actividad de investigación realizada a lo largo de los años en un constante afán por el Derecho Procesal peruano. Por otro lado, cumple también con la tarea de brindar un material especializado en el Derecho Procesal al abordar los temas interrelacionados con otras ciencias (Derecho Penal, Constitucional, etc.) que convergen en problemas concretos. Es, por tanto, un instrumento que servirá a estudiantes de Derecho, profesores universitarios, investigadores, abogados, jueces y fiscales. No hay que olvidar que un desarrollo científico en temas concretos, permitirá un avance razonable de la cultura de los operadores del Derecho y de la impartición de Justicia en el país.

La ocasión para recopilar y sistematizar las publicaciones, bajo el título de "Estudios de Derecho Procesal Penal", es una oportunidad única de poder compartir nuestro razonamiento intelectual a través –así lo creo– de ideas claras y precisas que analizan con rigor académico las diversas instituciones del Derecho Procesal Penal, relacionándolas principalmente con la Constitución y el Derecho Penal material.

Esta obra está estructurada en tres grandes títulos: Derecho Procesal Penal y la Constitución; Derecho Procesal Penal; y, Derecho Procesal Penal y Derecho Penal. Cada uno de estos títulos nos ayudará a orientarnos y a entender mejor cada capítulo que contiene este extenso estudio.

El primer título, Derecho Procesal Penal y la Constitución, comprende siete capítulos, en los que se abordan temas e instituciones del Derecho Procesal Penal, fundamentados en la Carta Magna. Tales temas son los siguientes: la Constitución, Código Procesal Penal y Correlación; Jurisdicción Constitucional y Justicia Penal: Problemas y Perspectivas; el Control Constitucional de la Subsunción normativa realizada por la Jurisdicción Penal Ordinaria; Control Difuso en Materia Penal; Breves Apuntes en torno a la Garantía Constitucional de la inadmisión de la Prueba Prohibida en el Proceso Penal; la intervención de las comunicaciones telefónicas en el ordenamiento peruano; y, la Constitución, Tribunal Constitucional y Derecho Penal.

El segundo título, Derecho Procesal Penal, comprende once capítulos, en los que se examina –desde la perspectiva del Derecho Procesal Penal– temas como la conformidad o conclusión anticipada del debate oral; Recurso de Casación y Corte Suprema de Justicia: evaluación tres años después; el Recurso de Apelación Penal: los casos peruano y chileno; Recientes modificaciones en la competencia funcional penal de la Corte Suprema de Justicia; Correlación y Desvinculación en el Proceso Penal a propósito del nuevo artículo 285°-A del CPP; la Policía en el Estado de Derecho Latinoamericano: el caso Perú; Búsqueda de Prueba y Restricción de Derechos: Registro e Intervenciones Corporales; la Investigación en el Código Procesal Penal; Perspectivas de la Reforma Procesal Penal en el Perú; la Tutela Cautelar de las Consecuencias Jurídicas Económicas del Delito; y, Plazos, Causas Complejas y Derecho Transitorio en el Proceso Penal.

Los temas tratados constituyen el análisis de diferentes instituciones procesales. Desarrollo el marco de cómo debe comprenderse cada una de ellas, sin dejar de analizar el contexto en que se llevan a la práctica, proceden y se proyectan, así como las limitaciones que su contenido puede alcanzar.

El tercer título, Derecho Procesal Penal y Derecho Penal, comprende cuatro capítulos, que tienen en común el análisis de las instituciones del Derecho Procesal y el Derecho Penal, vinculado a temas de corrupción de funcionarios. Al respecto, se plantea, asuntos como la Persecución penal de la Corrupción Política en el Perú; la Persecución del Delito Tributario

y Derecho al Silencio y a la No Incriminación; Principio de Correlación de los delitos violentos en la Jurisprudencia Constitucional; y, la Reforma de la Justicia Militar en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Contenido Material del Delito de Función.

Para finalizar esta breve presentación, es indispensable manifestar mi agradecimiento a quienes ayudaron en la compilación y edición del presente libro, de forma especial al profesor y discípulo mío Joel Freddy Segura Alania, coordinador de la obra, así como, de modo relevante, al joven estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Luis Ángel Sihuay Huamancaja.

Lima, enero del 2012

César San Martín Castro
Presidente del Poder Judicial
Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú

ÍNDICE GENERAL

Presentación xi

DERECHO PROCESAL PENAL Y LA CONSTITUCIÓN

CONSTITUCIÓN, CÓDIGO PROCESAL PENAL Y CORRELACIÓN

I. Preliminar 3

II. El objeto procesal 7

III. La correlación acusación y sentencia 16

IV. Bibliografía Básica 30

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA PENAL: PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS

I. La Jurisprudencia en el ordenamiento jurídico 33

II. Función y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Relaciones con la jurisdicción ordinaria 40

III. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Jurisprudencia de la Corte Suprema. Dos modelos distintos 51

IV. Jurisdicción constitucional y jurisdicción penal. Dos temas esenciales 58

IV. Bibliografía 68

EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA SUBSUNCIÓN NORMATIVA REALIZADA POR LA JURISDICCIÓN PENAL ORDINARIA

I. Introducción 73
II. Resolución judicial y proceso constitucional de HC o Amparo 75
III. La garantía de legalidad penal y su control constitucional 80
IV. Conclusiones Provisionales 84
V. Bibliografía básica 85

CONTROL DIFUSO EN MATERIA PENAL

I. El control difuso 89
1. Sistema de control constitucional 89
2. Concepto 90
3. Naturaleza jurídica 91
4. Notas esenciales del control difuso 91
5. Procedimiento de la inaplicación normativa 92
II. Constitución y Derecho Penal 94
1. Programa Penal de la Constitución 94
2. Siete grandes principios 95
III. La Corte Suprema y la supremacía constitucional 97

BREVES APUNTES EN TORNO A LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA INADMISIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA EN EL PROCESO PENAL

1. Aspectos generales 105
2. Clasificación y fundamento de la prueba prohibida 114

3. Extensión de la prueba prohibida 120

LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

La intervención de las comunicaciones telefónicas en el ordenamiento peruano 127

CONSTITUCIÓN, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DERECHO PENAL NACIONAL

1. Aspectos generales 149
2. Principios constitucionales del Derecho penal 152
3. Principio de legalidad 158
4. Prohibición de analogía (artículos 2°.24.d y 139°.9 de la Constitución) 162
5. Irretroactividad de las normas penales desfavorables (artículos 103°, segundo párrafo, y 139°.11 de la Constitución) 163
6. *Ne bis in idem* o doble punición (artículo 139°.13 de la Constitución) 166
7. Principio de proporcionalidad 168
8. Principio de culpabilidad 173
9. Principio de resocialización 175
10. Principio de respeto y protección a la diversidad cultural 177
11. ¿Interpretación constitucional de la Legislación Penal ordinaria? 178

DERECHO PROCESAL PENAL

PERSPECTIVAS DE LA REFORMA PROCESAL PENAL EN EL PERÚ

Perspectivas de la Reforma Procesal Penal en el Perú 183

LA INVESTIGACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL (1991)

I. Conceptos generales 199
1. La Investigación Oficial 199
2. Fines de la Investigación 200
3. Contenido de la Investigación 200
4. Naturaleza Jurídica 201
5. Régimen Jurídico 204
II. El Ministerio Público 205
1. Fiscalía e Investigación del delito 205
2. Institucionalidad del Ministerio Público 206
3. Ministerio Público y Facultades Coercitivas 207
4. Control Judicial 209
III. Valor de la investigación 210
1. Actos de Investigación 210
2. Excepciones 211
IV. Dinámica de la investigación 212
1. Subfases de la Investigación 212
2. Procedimiento de iniciación 212
3. Régimen general de la denuncia 213
4. Intervención de Organizaciones de Derechos Humanos 216
5. Iniciación de Oficio 216
6. El Procedimiento Preliminar 217
7. La Actuación Policial 220
8. Control Jurídico de la Detención 222
9. Investigación Formal 224
10. Abstención del Fiscal 224
11. Promoción de la Acción Penal 226
V. Bibliografía 231

LA POLICÍA EN EL ESTADO DE DERECHO LATINOAMERICANO: EL CASO PERÚ

Resumen ejecutivo 233
§1. Introducción 236
§2. Organización de la Policía Nacional 239
§3. Funciones de la Policía en la prevención y represión del delito 247
3.1. Delimitación de las funciones preventivas y represivas 247
3.2. Persecución penal 249
3.3. Actos de Investigación 256
§4. Conclusiones 265
§5. Anexos 267
5.1. Anexo Bibliográfico 267
5.2. Anexo de Legislación 268

PLAZOS, CAUSAS COMPLEJAS Y DERECHO TRANSITORIO EN EL PROCESO PENAL

I. Introducción 271
II. Los plazos procesales: nuevas propuestas normativas 276
III. Acumulación procesal 284
IV. Vigencia temporal de las Leyes N° 27553 y N° 27652 288

BÚSQUEDA DE PRUEBAS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS: REGISTROS E INTERVENCIONES CORPORALES

I. Lógica normativa del NCPP 2004 309
II. Investigación Preparatoria y prueba 312
III. Persecución penal y restricción de derechos 313
IV. Intimidad e integridad corporales como derechos fundamentales 317
V. Las pesquisas y la retención 320

VI. El registro corporal 323
VII. La intervención corporal 326
VIII. La intervención corporal a terceros 333
IX. La prueba de alcoholemia 334
X. Bibliografía 338

LA TUTELA CAUTELAR DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS ECONÓMICAS DEL DELITO

1. Introducción 341
2. Tutela cautelar de la pena de multa 349
3. Tutela cautelar de las medidas contra las personas jurídicas 355
4. Tutelas cautelares especiales 363
5. Tutela cautelar de la consecuencia accesoria del decomiso 371
6. Tutela cautelar de la reparación civil 378
6.1. La reparación civil 378
6.2. El embargo 385
6.3. Anotación preventiva de la denuncia formalizada del fiscal 397
6.4. Orden de inhibición de bienes inscribibles 399

LA CONFORMIDAD O CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL DEBATE ORAL

I. Regulación legal: Ley N° 28122 y NCPP 2004 401
II. Concepto y fundamento 402
III. Ámbito de aplicación 407
IV. Clases de conformidad 408
V. Control jurisdiccional de la conformidad 410
VI. Procedimiento de conformidad 413
VII. La sentencia conformada 414

VIII. Bibliografía básica 417
IX. Jurisprudencia invocada 418

CORRELACIÓN Y DESVINCULACIÓN EN EL PROCESO PENAL A PROPÓSITO DEL NUEVO ARTÍCULO 285°-A CPP

1. Introducción 437
2. La correlación entre acusación y sentencia 446
3. Desvinculación y planteamiento de la tesis 453

EL RECURSO DE APELACIÓN PENAL: LOS CASOS PERUANO Y CHILENO

I. Planteamiento del problema 463
II. Exigencias de Derecho Internacional Público respecto a la necesidad del recurso 466
A. Recurso del fiscal / acusador 466
B. Objeto procesal del recurso 469
III. Breve análisis de los casos peruano y chileno 473
§1. El modelo peruano 473
§2. El modelo chileno 475

RECIENTES MODIFICACIONES EN LA COMPETENCIA FUNCIONAL PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
(Apuntes preliminares a propósito del D. Leg. Nº 959)

I. Introducción 477
II. El recurso de nulidad 480
III. El recurso de queja excepcional 489
IV. El recurso de revisión 494
V. Precedente judicial 495
VI. Bibliografía 498

RECURSO DE CASACIÓN Y CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: EVALUACIÓN TRES AÑOS DESPUÉS

I. Bases normativas de la casación penal 499

II. Presentación estadística del recurso de casación penal 502

III. Conclusiones provisionales 509

DERECHO PROCESAL PENAL Y DERECHO PENAL

LA PERSECUCIÓN PENAL DE LA CORRUPCIÓN POLÍTICA EN EL PERÚ

1. Introducción 527

2. Corrupción política 532

3. Control penal de los altos funcionarios 538

4. Otros aspectos de la persecución penal 556

PERSECUCIÓN DEL DELITO TRIBUTARIO Y DERECHO AL SILENCIO Y A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN

I. Introducción 577

II. La garantía procesal de defensa 583

III. Derecho tributario y no autoincriminación 594

PRINCIPIO DE CORRELACIÓN Y PERSECUCIÓN PENAL DE LOS DELITOS VIOLENTOS EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

I. Introducción 605

II. El principio de correlación 606

III. Declaración de Inconstitucionalidad y Ley N° 27569 621

LA REFORMA DE LA JUSTICIA MILITAR EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL CONTENIDO MATERIAL DEL DELITO DE FUNCIÓN

I. Introducción 629

II. La jurisdicción militar antes de la reforma diseñada por el D. Leg N° 961 y la Ley N° 28665 632

1. Aspectos histórico-legislativos de la Justicia militar peruana 632

2. Del Código de Justicia Militar y la Ley Orgánica de Justicia Militar de 1980. Su declaratoria de inconstitucionalidad 633

III. La reforma postulada por el D. Leg N° 961 y la Ley N° 28665 de 2006 634

1. La declaratoria de inconstitucionalidad de la legislación de reforma 635

2. La declaratoria parcial de inconstitucionalidad de la Ley N° 28665 (Ley de Organización, Funciones y Competencia de la jurisdicción especializada en Materia Penal Militar Policial) ... 636

3. Garantías procesales afectadas con la promulgación de la Ley N° 28665 637

A. La unidad jurisdiccional 637

B. La exclusividad jurisdiccional 640

C. La independencia judicial 643

D. La imparcialidad judicial 645

4. La declaratoria parcial de inconstitucionalidad del D. Leg N° 961 (CJMP) 646

A. Rebelión, sedición y derrotismo 647

B. Delitos contra el Derecho Internacional Humanitario 648

C. Delitos de insulto al superior, coacción, injuria y difamación 650

D. Delitos contra la administración militar policial 651

E. Delitos de excesos en la facultad de mando 651

E. Delitos que afectan bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno 652

G. Delitos de certificación falsa y destrucción de documento militar policial 653

IV. Hacia una delimitación del contenido material del delito de función 654

1. Cuestionamientos al criterio de *rationae personae* 655

2. Del criterio de *rationae loci* 656

3. Del criterio de ocasionalidad 657

4. Del criterio formal o meramente legalista 657

5. Toma de postura sobre el criterio material y su capacidad de rendimiento para delimitar el ámbito protegido por el delito de función 658

A. Sobre el objeto protegido 659

B. Sobre su preestablecimiento legal 661

C. Sobre el círculo de autores 662

D. Sobre la situación de actividad del agente 663

E. Sobre las circunstancias externas del hecho 665

V. De la promulgación de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial (Ley N° 29182) y la "rebeldía legislativa" del Congreso de la República 667

VI. Conclusiones 669

Bibliografía 670

Derecho Procesal Penal y la Constitución

Constitución, Código Procesal Penal y correlación (*)

SUMARIO: I. Preliminar. II. El objeto procesal. III. La correlación: acusación y sentencia. IV. Bibliografía Básica.

I. PRELIMINAR

§1. La Constitución Peruana es bastante generosa en materia de garantías constitucionales o derechos fundamentales procesales –comprende, aproximadamente, diecisiete–, aunque las ha desarrollado, en algún punto, con limitado rigor sistemático y alarmante falta de cuidado. Así, no sólo confunde la sede de las garantías procesales constitucionales con la de los derechos fundamentales materiales –ambas, desde luego, entendidas como la base axiológica del consenso democrático y elemento legitimador del sistema normativo [FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2008:152]. Los casos más notorios son, de un lado, el de la garantía de presunción de inocencia (artículo 2°.24.e), que está en el Capítulo I "derechos fundamentales de la persona", cuya ubicación técnica debió ser el artículo 139° de la Constitución, dedicado con amplitud y abundancia a los derechos fundamentales procesales. Incluso repite un derecho – presupuesto insustituible de la garantía constitucional de defensa procesal; en los incisos 14) y 15) del

(*) Ponencia presentada en el Seminario Internacional de Derecho Procesal "Proceso y Constitución". Lima, 22 al 25 de Septiembre de 2009.

citado artículo 139° Constitucional menciona como principio de la función jurisdiccional que "(...) toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención". Por otro lado, el citado artículo 139°, inciso 9) del Código Político, implícitamente confiere carácter procesal a la inaplicabilidad de la analogía de la ley penal, cuando es evidente que tal derecho integra la garantía de legalidad penal, derecho material por antonomasia; de igual manera sucede con el derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados y la finalidad del régimen penitenciario (inciso 21 y 22), que integran el Derecho de Ejecución Penal y tienen un carácter obviamente material, no procesal.

§2. Nuestra Constitución, además, no atiende a la diferencia conceptual que existe entre principios procesales –líneas directivas fundamentales unitarias imprescindibles para la conformación del proceso [ALVARADO VELLOSO, 2000:262], criterios ordenadores del proceso jurisdiccional y, en puridad, categorías lógico-jurídicas, que se deducen del ordenamiento jurídico, en especial de la *Lex Superior*– y derechos o garantías procesales, como se advierte de la primera frase del artículo 139° Constitucional ("Son principios y derechos de la función jurisdiccional..."). Tampoco es cuidadosa en reconocer la diferencia entre garantías constitucionales o derechos fundamentales procesales y garantías de la Constitución, entendiendo el término 'garantías' como medio para asegurar, para lograr con seguridad o certidumbre, determinado fin [GELSI BIDART, 1988:467].

En primer lugar, garantías constitucionales y derechos fundamentales procesales son términos equivalentes en cuanto a sus efectos, pues estos últimos deben concebirse como garantías a favor de las personas frente al poder en función del cual se construye todo el sistema jurídico [CAROCCA, 1998:59], por lo que pueden denominarse: derechos-garantía [TORRES DEL MORAL, 1988:383]. Entender los derechos fundamentales como garantías los hace verificables y permiten exigir su observancia [RAMOS MÉNDEZ, 1995:78]. Las garantías procesales pueden concebirse, entonces, como los medios o instrumentos procesales que brinda el ordenamiento para efectivizar los derechos [CALVINHO, 2008:54], para que los derechos fundamentales materiales puedan hacerse valer con eficacia dentro del proceso [GIMENO, 2007:59].

Por otro lado, las garantías de la Constitución hacen mención a los resguardos del propio texto constitucional [LAVAGNA, 1986:474], y se

concretan, de un lado, en el principio de supremacía constitucional (artículo 138°, segundo párrafo, de la Constitución); y, de otro, en los procesos constitucionales tanto de protección de derechos fundamentales como de control constitucional de la legalidad (artículo 200° de la Constitución). El título dedicado a estos últimos y al Tribunal Constitucional –el quinto–, lleva por nombre "garantías constitucionales" cuando debió ser, como ha quedado expuesto, "Garantías de la Constitución".

§3. No obstante lo expuesto, es de rigor resaltar que estamos ante déficits, diremos, de segundo nivel que no comprometen la eficacia de los derechos fundamentales procesales –y los principios que de ellos se derivan e informan el conjunto del ordenamiento jurídico–. La Constitución y el Derecho Internacional de Derechos Humanos, de aplicación en sede nacional a partir de la Cuarta Disposición Final de la Ley Fundamental (la STC[1] N° 25-26-2005-PI/TC, del 19.8.2006 consagró que los tratados internacionales sobre derechos humanos no solo conforman nuestro ordenamiento sino, que, además, detentan rango constitucional), comprenden un conjunto de preceptos de nivel supremo, lo suficientemente intensos y extensos que permiten alcanzar altos estándares de protección de los derechos y libertades públicas, así como juzgar la legislación derivada y la conducta de quienes integran los poderes públicos.

§4. Si nos atenemos a la diferencia, plasmada por MONTERO, entre garantías y específicas –según incidan en reglas generales, polivalentes, del proceso o en reglas específicas, circunscriptas a determinadas instituciones procesales– [2004:33], desde luego la exigencia de congruencia o, con mayor rigor, de correlación procesal penal deriva de la garantía genérica del debido proceso: artículo 139°, inciso 3, de la Constitución, en tanto ésta incorpora el principio acusatorio como un elemento que integra su contenido esencial. Pero, a su vez, este principio no expresa o comprende toda la gama de exigencias para determinar con exactitud la posición institucional de las partes procesales y los límites del órgano jurisdiccional, esto es, cómo habrá de decidirse el proceso en la sentencia. Al principio acusatorio se une inevitablemente el principio de contradicción que integra el contenido esencial de la garantía de defensa procesal, en su faz de conocimiento de los cargos, uno de cuyos efectos es la interdicción de sentencias sorpresivas, que por ejemplo la STC N° 402-2006/HC, del

[1] Sentencia del Tribunal Constitucional, en adelante STC.

21.3.2007, considera un atributo del derecho de defensa que integra. Sobre este derecho – presupuesto la STEDH[2], asunto Pelissier y otro c. Francia, del 25.3.1999, puntualiza que "(...) en materia penal se requiere una información precisa y detallada de los cargos que pesan sobre un acusado, lo que incluye la calificación jurídica –en realidad, la razón jurídica de la imputación– que los Tribunales pudieran presentar en su contra" (artículo 139° incisos 14 y 15 de la Constitución, desarrollado en un sentido más amplio, compatible con el artículo 8° inciso 2° literal b de la CADH[3], por el artículo IX numeral 1 del TP[4] del NCPP[5]).

§5. En esa perspectiva, son esencialmente dos las normas de desarrollo, inspiradas en el Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1978 y la Stpo[6] Alemana reformada, en armonía con el carácter de derecho de configuración legal del proceso jurisdiccional, cuya vulneración es controlable en sede de casación y tienen entidad para constituir el motivo casacional de infracción de precepto constitucional (artículo 429° inciso 1 del NCPP). Se trata de:

A. Artículo 374° NCPP, bajo el título: Poder del Tribunal y Facultad del Fiscal.

   (i) En su primer apartado, contempla la institución del planteamiento de la tesis de desvinculación por el Tribunal. Si el órgano jurisdiccional, de oficio, observa la posibilidad de una calificación jurídica de los hechos objeto de debate que no ha sido considerado por el Fiscal, lo advertirá a las partes para su pronunciamiento y ulterior posibilidad de incorporarlo como tal en la sentencia.

   (ii) En su segundo apartado, reconoce la institución de la acusación complementaria. Autoriza al Fiscal, vía escrito de acusación complementaria o ampliatoria, incluir tanto un hecho nuevo cuando una nueva circunstancia no incluida anteriormente, siempre que tengan entidad para modificar la calificación legal o integrar un delito continuado.

---

(2) Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

(3) Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(4) Título Preliminar.

(5) Nuevo Código Procesal Penal, en adelante NCPP.

(6) Strafprozessordnung (Ordenanza Procesal Penal).

B. Artículo 397° del NCPP, denominado. Correlación entre acusación y sentencia.

(i) En su primer apartado, fija el ámbito de la identidad de hecho entre acusación y sentencia. En consecuencia, el Tribunal no podrá tener por acreditados hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación, salvo cuando favorezca al imputado.

(ii) En su segundo apartado, establece las bases de la identidad del título de condena. En tal virtud, la calificación jurídica del hecho no podrá ser modificada, salvo cuando el Tribunal haya acudido al planteamiento de la tesis.

(iii) En su tercer apartado, incorpora la "congruencia cuantitativa". Por consiguiente, el Tribunal no podrá imponer una pena más grave que la requerida por el Fiscal. El límite del límite está en que se pida, ilegalmente, una pena por debajo del mínimo legal.

§6. Los derechos constitucionales (artículo 139°3 y 14 de la Constitución) y los principios de esa jerarquía, de carácter procesal, implicados, y que, en todo caso, justifican y son el fundamento y límite de los artículos 374° y 397° NCPP, a su vez expresan y modulan dos instituciones procesales básicas: el objeto procesal y la congruencia procesal. Ambas instituciones del proceso penal establecen la dinámica de la actuación de las partes, reconocen la delimitación progresiva del objeto procesal, y precisan las relaciones entre título acusatorio y título condenatorio.

II. EL OBJETO PROCESAL

§1. El objeto penal, con prescindencia del objeto civil, que en nuestro proceso penal origina una acumulación heterogénea de acciones, bajo principios y reglas propias (artículo 92° del CP y artículos 1° y 11° del NCPP) –de ahí que es correcto denominarlo "proceso civil acumulado"–, tiene una importancia indiscutible no sólo porque concreta los alcances de la litis pendencia y de la cosa juzgada –que se erigen en presupuestos procesales de la actividad procesal–, sino también porque, entre muchas otras finalidades, resuelve las cuestiones atinentes a la prohibición de variación sustancial objetiva en las acusaciones escrita y oral (artículos 349° y 387° inciso 1, acápite 3 del NCPP). Definir el objeto penal u objeto de enjuiciamiento o materia debatida e identificar sus elementos esenciales y secundarios permite controlar que no se varíe el ámbito del proceso y, con

ello, la lógica de los roles y condiciones de actuación de las partes procesales y las garantías de un juicio justo y equitativo, todo lo cual precisamente persigue el principio acusatorio.

§2. Aunque la doctrina procesalista no es pacífica en este punto, se considera que la "persona acusada" –sujeto pasivo de la acción penal– integra uno de los elementos del objeto procesal: el elemento subjetivo o personal. A partir de esta consideración se afirma que habrá tantos objetos cuantas personas acusadas existan. En cuanto al sujeto activo de la acción o acusador, como la acción penal es pública y se ejerce en régimen de monopolio por el Ministerio Público (artículos 159° incisos 4 y 5, de la Constitución, IV TP y 1° del NCPP) –es indiferente qué fiscal ha ejercitado la acción penal–, cuya presencia sólo es imprescindible a los efectos de que alguien diferente del Juez sostenga la acción, la persona del acusado, salvo el caso de los delitos privados, es irrelevante para definir el objeto procesal [ARMENTA, 2007:108].

§3. El elemento objetivo o material del objeto penal comprende, en clave procesal, visto desde la pretensión, (i) la "fundamentación o causa de pedir", integrada por la fundamentación fáctica: el hecho punible y la fundamentación jurídica: el título de condena; y, (ii) la "petición". La discusión se encuentra en calificar cuál de ellos es considerado un elemento esencial y, por ende, propio y consustancial del objeto procesal.

§4. La fundamentación fáctica se define como el hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores (artículo 349° inciso 1, literal b del NCPP) o los hechos probados de carácter esencial, incluidos sus circunstancias (artículos 387° incisos 1 y 3, del NCPP). La norma procesal se refiere, entonces, a un *factum* –un acontecimiento que en su esencialidad, y con referencia a una norma jurídica, es capaz de producir consecuencias punitivas–, no a un *crimen* –un concreto título de condena– [ASENCIO, 2008:98].

El problema específico consiste en identificar, con todo rigor, el hecho punible atribuido al imputado, que es el único elemento identificador del objeto procesal juntamente con la persona del imputado. Las teorías naturalista y normativa han intentado dar una respuesta a este dilema.

Como punto de partida hay que tener en cuenta que para la dilucidación en sede procesal del hecho punible se parte del denominado "hecho procesal", que en todo caso es una noción más amplia que el concepto jurídico material del hecho punible. El hecho procesal se define como el

acontecimiento histórico mencionado en la acusación –al margen de su calificación jurídica– en tanto que forma un todo unitario; este acontecimiento histórico ha de ser juzgado por el Tribunal desde cualquier punto de vista jurídico penal, conforme a los artículos 374°.1 y 397° incisos 1 y 2 NCPP [SCHLÜCHTER, 1999:80]. La identificación del objeto del proceso viene dada por la identidad de un acaecer histórico individualizado en su unidad natural y no en la jurídico penal [VIADA-ARAGONESES, 1971:218].

Ahora bien, el hecho establecido en la sentencia será el mismo si el acaecer real del agente, como acontecimiento unitario fijado por la acusación, se corresponde con los elementos esenciales que conforman unitariamente el tipo legal. Por tanto, será necesaria una coincidencia, total o parcial, en los actos de ejecución típica o una identidad del bien jurídico protegido [GÓMEZ COLOMER, 2007:108] –en este último caso, identidad del contenido material de la ilicitud o del injusto–. Debe existir coincidencia de los actos de ejecución –total o parcialmente– o del resultado –lesión del mismo bien jurídico– [CORTÉS, 2005:163]. La exigencia de homogeneidad o identidad es, pues índice de la coincidencia de los elementos de hecho esenciales para los diferentes tipos de delito que se han barajado en el proceso [ORTELLS, 2003:278]. Los criterios de identificación, entonces, se contraen a la acción típica, su resultado, o ambos en común –que sería lo normal–, debiendo optarse en cada caso por uno, por otro o por los dos, en función o dependencia del contenido mismo de la acusación [ASENCIO, 2008:115].

A su vez, para determinar si se está ante un elemento esencial o uno accidental, es de establecer si el elemento en cuestión tiene entidad para conformar un proceso independiente, es decir, si está o no dotado de autonomía [GONZÁLEZ NAVARRO, 2004:171]. El elemento accidental, que muy bien puede variar sin merma de la identidad del hecho punible al no poder conformar el objeto de un proceso autónomo, está referido a las circunstancias eximentes y a las modificativas de la responsabilidad penal, a la variación de las formas de intervención en el hecho, a los grados de desarrollo del delito y a la tipicidad subjetiva (dolosa o culposa) del hecho punible [SAN MARTÍN, 2005:189].

La Sala Nacional de Casación Penal de Argentina en la Sentencia N° 419, Asunto Funes, del 4.11.1996, incorporó un método para verificar la existencia o no de un hecho diverso, al que siempre debe apreciarse según la regla de esencialidad o accidentalidad del elemento diferencial. Señaló que

el procedimiento consiste en suprimir mentalmente del hecho acreditado en el debate, el núcleo esencial del contenido en la acusación. Si a pesar de ello aquél comportamiento subsiste, se estará realmente frente a un hecho diverso. La diversidad del hecho acreditado en el debate debe necesariamente derivar de su independencia del descrito en la acusación.

§5. La "fundamentación jurídica" exige determinar el tipo legal concreto que integra la conducta acusada, conforme se estipula en los artículos 349° inciso 1 literal f) y 387° inciso 1 del NCPP. Empero, no se trata de un elemento identificador del objeto procesal –la esencial abstracción de la calificación jurídica no puede satisfacer las necesidades de identificación a las que sirve la noción de objeto procesal [ORTELLS, 2003:277], sino una exigencia de la garantía de defensa procesal –derecho a ser informado de la acusación (artículos 8° inciso 2 literal b CADH y IX numeral 1.1er párrafo del TP del NCPP)–. El Tribunal, en tanto debe actuar el derecho objetivo –está sometido a él– (artículo 146° inciso 1, de la Constitución), siempre retiene la calificación jurídica de los hechos –él tiene la facultad de interpretar y aplicar la ley–, tanto más si en lo penal rige la garantía criminal (artículos 2° inciso 24 literal e Constitución y II del TP del CP. Sobre esa base es que se afirma el aforismo *iura novit curia*, que da cuenta de que el Tribunal conoce el derecho, sin estar supeditado a los planteamientos de las partes; en consecuencia, "...establecida la premisa mayor –los hechos– corresponde realizar el juicio de subsunción respecto de las normas en que se encuentra la relación fáctica descrita" (Cas. Civ. N ° 2632-99/Callao, del 15.2.2000). El artículo 397° inciso 1 del NCPP, asumiendo esta concepción, permite al Juez la modificación de la calificación jurídica, aunque exige el previo conocimiento y debate por las partes conforme al artículo 374° inciso 1 del NCPP, siempre en homenaje del principio de contradicción y de la garantía de defensa procesal, que no del principio acusatorio y de la garantía del debido proceso, atento a que los hechos y los materiales que lo determinan han sido debatidos en juicio.

§6. La petición o *petitum* es el pedido que el acusador hace al Tribunal para condenar al imputado por la comisión del hecho punible que le atribuye e imponerle una sanción penal determinada. El artículo 349°1 f) NCPP dispone que la acusación escrita debe contener la cuantía la pena que se solicite, mientras que el artículo 387°.1 del NCPP estipula que la acusación oral concluirá precisando la pena que solicita, la cual puede variar o adecuar, aumentando o disminuyendo, si surgen nuevas razones; incluso,

puede solicitar, en reemplazo de la imposición de la pena, una medida de seguridad, a condición de un pleno debate contradictorio.

La petición, entonces, tiene un objeto inmediato, determinado por la demanda de una tutela declarativa de condena, y un objeto mediato referido siempre a la imposición de una sanción penal precisa. Empero, ambos no determinan el objeto procesal, en tanto el Fiscal no es titular del derecho subjetivo penal, no tiene la disponibilidad del derecho material. Además, la concreta pena a imponer viene determinada por el principio de legalidad penal, no por el principio acusatorio; es una mera consecuencia establecida por la ley, que no introduce hechos o elementos de juicio adicionales al hecho mismo [PÉREZ MORALES, 2002:159].

§7. La institución del objeto procesal, como se ha expuesto en el § 1, está informada por el principio acusatorio, cuyo fundamento es la preservación de la imparcialidad del Juez. Desde esta perspectiva la imparcialidad judicial (i) constituye un principio político del órgano jurisdiccional, que exige desinterés subjetivo del Juez en las causas que conoce; (ii) está reconocida como una garantía constitucional integrada al debido proceso (artículo 139° inciso 3 de la Constitución), pues su vulneración impide la existencia de un juicio penal justo [LOZADA, 1989:70]; y (iii) se identifica con la esencia misma del concepto de juez en un Estado de derecho [MAIER, 1996:45]–. Por otro lado, el principio acusatorio indica mediante qué distribución de roles y bajó qué condiciones se realizará el enjuiciamiento del objeto procesal penal [GIMENO, 2004:79]. Cabe puntualizar que si bien la imparcialidad está expresamente consagrada en el artículo I° inciso 1 del NCPP –no lo está en la Constitución, aunque sí en el artículo 8° inciso 1 de la CADH–, el principio acusatorio no lo está en dicho Código, tampoco en la Constitución ni en la CADH –así lo reconoce, incluso, la STC N° 2179-2006-PHC/TC, del 12.4.2007–.

El contenido constitucionalmente protegible de este principio, imprescindible de la idea de proceso y que es aplicable a todas las fases e instancias del proceso [RIFÁ/RICHARD/RIAÑO, 2006:35], se expresa en dos manifestaciones concretas:

A. La necesaria división de roles con plena separación funcional e institucional entre Juez y Fiscal [BAUMANN, 1986:48/51]. Ello implica, a efectos constitucionales, de un lado, que sea el Fiscal, sujeto distinto del Juez, quien a través de la acusación condiciona la apertura del juicio oral (artículos 349°, 353° inciso 1 y 356° inciso 1 del NCPP);

y, de otro lado, que el Juez que de uno u otro modo ha intervenido en la investigación preparatoria, incluso en la etapa intermedia (que es el caso del Juez de la Investigación Preparatoria: artículo 29° del NCPP), ha de ser distinto del Juez que dirige el juicio oral (el Juez Penal: artículo 28° inciso 3 del NCPP).

B. La actividad jurisdiccional presupone una acusación, a cargo del Ministerio Público (artículo 159° inciso 5 de la Constitución), que es la que determina el objeto del proceso. El Fiscal introduce al proceso un concreto acaecimiento histórico o real constitutivo de algún tipo de delito, que atribuye a la persona del acusado. Tal intervención del Fiscal a su vez garantiza situar al Juez en una posición de imparcialidad [ORTELLS, 2003:277]. En consecuencia, el Tribunal –así fluye del artículo 297° inciso 1 del NCPP– no puede extender un procedimiento, en el que él conoce, a otras personas o a otros hechos jurídicamente independientes del mismo autor [ROXIN, 2000:87].

Esta última manifestación del principio acusatorio es la relevante en aras de la determinación del objeto procesal y de la correlación entre acusación y sentencia, pues concretiza un aspecto esencial del debate judicial –el hecho punible atribuido a un acusado, sobre la base del cual se decide el enjuiciamiento– y se erige en ámbito clave para advertir la congruencia de la sentencia; fija, en suma, el ámbito cognoscitivo de la decisión judicial y lo obliga a la congruencia con la petición del Fiscal.

§8. Una de las características del objeto penal es su delimitación progresiva. La acción penal se ejercita con la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria (artículos 3° y 336° del NCPP) –que puede ser ampliada cuantas veces corresponda en esta fase procesal si los actos de averiguación revelan la comisión de otros hechos o la intervención de otras personas–, pero la pretensión sigue un proceso escalonado, que empieza con la aludida Disposición –que da inicio a la investigación preparatoria formalizada–, pasa por la acusación escrita (artículo 349° inciso 1 del NCPP) y culmina con la acusación oral (artículo 387° inciso 1 del NCPP) [GIMENO, 2007:250].

La función de la investigación preparatoria, desde esta perspectiva, con arreglo al artículo 321°.1 NCPP, es la de reunir los elementos de convicción –aportación del material de hecho– necesarios, entre otros, para determinar si la conducta perpetrada es delictuosa y a identificar al autor –legitimación pasiva en el proceso penal–. La investigación preparatoria

no fija definitivamente el hecho punible, sólo posibilita la afirmación de la fundamentación fáctica de la pretensión, pues la acusación, que la concretiza, debe referirse a hechos y personas incluidos en la citada Disposición Fiscal (artículo 349° inciso 2 del NCPP).

Es la acusación escrita la que formaliza, en toda su plenitud, la pretensión penal, al igual que el escrito de demanda en el proceso civil. Debe contener la relación clara y precisa del hecho punible, la identificación y participación que se atribuya al imputado, y el artículo de la Ley penal que tipifique el hecho, así como la cuantía de la pena que se solicite (artículo 349° inciso 1, literales a, b, d, f del NCPP).

La acusación oral es la que fija definitivamente la pretensión punitiva (artículo 387° inciso 1 del NCPP) –así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia en la Ejecutoria Suprema R N° 1882-2006/Lima, del 6.8.2007, FJ 15°.11–, pues como consecuencia de la actuación probatoria, y en virtud de una previa acusación complementaria, puede incluir un hecho nuevo o una nueva circunstancia, con entidad para modificar la calificación legal o integrar un delito continuado (artículo 374° inciso 2 del NCPP), a la vez que puede variar la pena solicitada e instar una medida de seguridad, así como incluir alguna circunstancia que no modifique esencialmente la imputación sin la entidad necesaria para una acusación complementaria –respeto al principio de singularidad del objeto procesal– (artículo 387° incisos 2 y 3 del NCPP).

El NCPP tiene muy claro el rol de la Disposición de Continuación y Formalización de la Investigación Preparatoria y su relación con la acusación escrita, pues según el artículo 349° inciso 2 del NCPP ésta debe referirse a los hechos y personas incluidos en aquélla, pero puede apartarse de la calificación jurídica, en clara expresión del reconocimiento del principio acusatorio y del carácter preparatorio de la investigación. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional en la STC N° 1939-2004-HC/TC, del 21.7.2005, incurre en un doble error. Primero, confunde el principio acusatorio con el derecho de defensa, pese a que ambas instituciones jurídicas inciden en ámbitos distintos: la primera sobre la vinculación temática y la última sobre el conocimiento de los cargos y las posibilidades defensivas del imputado, pues señala que la transgresión del principio acusatorio se produjo porque el demandante no tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hechos que componen el tipo de los delitos señalados en la sentencia (17° FJ): el Fiscal varió la calificación de los delitos de homicidio y terrorismo a las fórmulas agravadas, a partir de las cuales se siguió el

debate judicial. Segundo, lo que es más grave, parte del supuesto de que el auto de apertura de instrucción, que puede homologarse a la Disposición Fiscal, marca irremediablemente la calificación jurídica del Fiscal del Juicio, cuando en puridad de verdad, como señaló la Corte Suprema en la Ejecutoria Suprema N° 1882-2006/Lima, del 6.8.2007, siguiendo doctrina procesalista consolidada, la función del auto de procesamiento es la de determinar la legitimación pasiva y convertirse en requisito previo de la acusación; la correlación que impone es exclusivamente subjetiva y no objetiva: el auto de apertura de instrucción, que noticia al imputado de los cargos en su contra y lo legitima para intervenir en la causa, no puede convertirse en un escrito de acusación [GIMENO, 2007:358]. La STC N° 506-2008-HC/TC, del 2.2.2009, aún cuando no radica el término de comparación en la acusación oral ya no lo hace en el auto de apertura de instrucción sino en el auto de enjuiciamiento, que en ese caso modificó el tipo legal de la figura básica –calificada en la acusación escrita– al subtipo agravado de tortura, en tanto que la muerte de la víctima fue objeto del proceso en su conjunto y el imputado fue emplazado debidamente con el auto de enjuiciamiento y tuvo conocimiento de los cargos desde el inicio del juicio.

La última oportunidad para variar la causa de pedir y la petición en el proceso penal es la acusación oral [GIMENO, 2007:252], lo que permite sostener que la vinculación del órgano judicial lo es con los hechos en la manera que resulten del juicio oral llevada a cabo la actividad probatoria –concretados en la acusación oral– no en la acusación escrita [ASENCIO, 2008:82].

§9. La singularidad del objeto procesal exige que los cambios autorizados del fundamento fáctico de la causa de pedir: el hecho punible, no sean esenciales. El NCPP concretiza con precisión esta regla técnica y fija sus límites taxativamente. En efecto, el artículo 374° inciso 2 del NCPP permite al Fiscal incorporar, vía acusación complementaria, un hecho nuevo o una nueva circunstancia no mencionada con anterioridad –obviamente, esa mención anterior sólo es posible en la acusación escrita–, siempre que modifique la calificación legal o integre un delito continuado. Es claro, en esta lógica normativa, que la necesidad de una acusación escrita complementaria –la acusación complementaria no puede ser oral– tiene lugar en dos supuestos: 1) Incorporación formal de una circunstancia especial o específica y ésta es aquella que determina la variación del tipo legal –la ley designa como aplicables sólo para determinados delitos [PRADO, 2000:107] y 2) Inclusión de un hecho nuevo que forma parte de un delito continuado.

Las circunstancias modificativas no tienen entidad propia para constituir el objeto de un proceso penal autónomo, pues se trata de situaciones que rodean a la realización del hecho o que suponen especiales condiciones del autor, determinando únicamente la modulación de la pena aplicable [MUÑOZ/GARCÍA, 2000:544]; por tanto, son elementos accidentales –no esenciales– del hecho punible, no constituyen ni son co-constitutivas del injusto ni de la responsabilidad del sujeto, sólo buscan una mayor precisión del injusto e, igualmente, una mejor graduación de la responsabilidad penal [BUSTOS, 2004:1193]. Empero, como las circunstancias especiales o específicas se incorporan al tipo legal y determinan un cambio de tipicidad, el NCPP para garantizar el principio de contradicción y la garantía de defensa procesal, que no el principio acusatorio y la garantía del debido proceso, exige un acto postulatorio, expreso y adicional, del Ministerio Público, una puesta en conocimiento a las partes y la posibilidad de ofrecer contrapruebas (artículos 374° inciso 3 del NCPP).

El delito continuado está expresamente previsto en el artículo 49° CP, modificado por la Ley número 26683, cuya regulación lo erige en una ficción jurídica. Como su característica estriba en considerar (i) varios actos ejecutivos –pluralidad de acciones independientes entre sí–, (ii) homogéneos –vulneraciones de la misma ley o de igual o semejante naturaleza, es decir, la misma prohibición jurídico penal–, (iii) cometidos en un estrecho o amplio contexto temporal, (iv) mediando identidad de resolución criminal –fases de la realización típica de una misma empresa delictiva– [HURTADO, 2005:946/954], al considerársele jurídicamente como un solo delito o unidad jurídica –y, por tanto, susceptible de que las acciones concernidas a esa figura legal puedan ser comprendidas dentro de la prohibición del *ne bis in idem*– se justifica, procesalmente, que no se le conciba como un elemento esencial, aunque vistas sus consecuencias punitivas y su carácter normativo, requiere de una acusación complementaria, con todo lo que ello representa en términos de la garantía de defensa procesal y respeto del principio de contradicción.

§10. Diferente es el caso de las circunstancias modificativas comunes o genéricas, pues su incorporación por el Fiscal no requiere una acusación complementaria, porque pueden operar con cualquier delito [PRADO, 2000:107]. El artículo 387° inciso 3 NCPP así lo dispone, y sólo por razones de contradicción y de proscripción de la indefensión, la acusación oral sólo podrá introducirla si se ha incorporado ese punto en el debate oral. Los elementos accidentales, por obvias razones, siguen este derrotero,

pero incluso en tal caso pueden ser introducidos de oficio por el Juez. Éstos comprenden no sólo las circunstancias modificativas de la responsabilidad, sino también las formas de participación y de tipicidad subjetiva, así como grados de ejecución delictiva; en todas ellas el hecho sigue siendo el mismo, contemplados desde el resultado o vulneración del bien jurídico [ASENCIO, 2008:116]. Estas variaciones no tienen trascendencia a efectos del principio acusatorio, sólo importan una matización o complementación. La inclusión de datos colaterales o esclarecedores es ajena al objeto penal, no inciden en el *factum* principal.

III. LA CORRELACIÓN ACUSACIÓN Y SENTENCIA

§1. La relación hecho punible y norma jurídico penal –calificación jurídica y sanción penal– está contemplada en varios artículos del NCPP. Éstos expresan no sólo la vigencia del principio acusatorio y la garantía del debido proceso en relación al objeto procesal –ya abordadas– sino también el respeto del principio de contradicción y de la garantía de defensa procesal en relación con la institución procesal penal de la correlación entre acusación y sentencia.

§2. Las normas relevantes, desde el principio de contradicción y la garantía de defensa procesal, son las siguientes:

A. El artículo 336° inciso 2 del NCPP, al regular la estructura de la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, exige que ésta determine no sólo al imputado y los hechos punibles –indispensables para la definición del objeto procesal, tal como ha sido enfatizado por la Ejecutoria Suprema Vinculante Queja N° 1678-2006/Lima, FJ 5, del 13.4.2007–, sino que formule la tipificación específica, autorizando al Fiscal –si fuera el caso– a que introduzca calificaciones jurídicas alternativas, esto es, varias posibles tipificaciones del hecho investigado.

B. De igual manera, el artículo 349° inciso 1 NCPP, al establecer los requisitos estructurales de la acusación escrita, no sólo dispone la debida identificación del imputado y la relación clara y precisa del hecho atribuido con el conjunto de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, que en su conjunto tienen que coincidir con la aludida Disposición Fiscal –lo que se vincula al objeto procesal y se relaciona con el respeto al principio acusatorio–. También consagra

la necesidad de fijar el título de imputación: el artículo de la ley penal que tipifica el hecho, así como la cuantía de la pena que se solicita. En los apartados 2 y 3 de dicha norma se flexibilizan, relativamente, los alcances del título de imputación, dado que el Fiscal puede (i) efectuar una distinta calificación jurídica respecto de la establecida en la Disposición Fiscal, siempre manteniendo la identidad del hecho, o (ii) señalar, alternativa o subsidiariamente, las circunstancias de hecho que permitan una calificación distinta. Este último supuesto tiene como criterio base que, sobre el relato de hechos formulados en atención a los materiales recabados durante la investigación preparatoria y recogidos en la Disposición Fiscal, se advierta la posibilidad de que no se prueben algunos extremos de los mismos, pese a que éstos se incorporaron debidamente en la acusación, de suerte que ante tal eventualidad el tipo legal varíe. El propio apartado 3 del citado artículo 349° del NCPP estipula el objeto de ambos cambios: posibilitar la defensa del imputado, sin perjuicio de que siempre está presente la delimitación objetiva del fundamento de hecho de la pretensión: los hechos acusados se detallan puntualmente, incluso identificándose algunos pasajes de los mismos cuya exclusión, por improbados, pueda alterar el título de imputación.

C. El Fiscal, en el curso del juicio oral, conforme al artículo 374° inciso 2 NCPP puede introducir un escrito de acusación complementaria para incluir un hecho nuevo integrante de delito continuado o una nueva circunstancia, de carácter especial o específica, modificatoria del tipo legal. Ambas posibilidades tienen incidencia en la calificación jurídica de los hechos acusados y, por ende, requieren del contradictorio y, si correspondiera, de una actividad probatoria adicional a cargo de todas las partes personadas.

D. El Tribunal, asimismo, en el curso del juicio oral, según el artículo 374° inciso 1 del NCPP, está autorizado a plantear la tesis de desvinculación, que garantiza el derecho de defensa [LLOVET, 2008:696]; persigue provocar la contradicción y garantizar el contenido del derecho de defensa [MORENO CATENA, 2000:2394]. Ésta, en todo caso, expresa el deber de asistencia del Tribunal –que se limita a la cuestión jurídica– al reconocérsele la posibilidad de calificar el hecho que se somete a su decisión de modo distinto a aquel que emplea la acusación admitida [ROXIN, 2008:367]. Tiene un requisito material: posibilidad de calificación jurídica de los hechos debatidos no considerada por el Misterio

Público. Lo que el Tribunal no puede hacer, por imperio del principio acusatorio, es introducir nuevos hechos o variar los elementos esenciales del objeto procesal. Los requisitos procesales, vinculados con el principio de contradicción, estriban (i) en la puesta en conocimiento de la tesis de desvinculación a las partes procesales, (ii) en el derecho de pronunciarse sobre el mérito –la aceptación del fiscal no condiciona su procedencia ni aplicabilidad en la sentencia puesto que no se altera el elemento esencial del objeto penal–, y (iii) en el derecho de formular solicitudes probatorias en defensa de sus puntos de vista respecto de la tesis de desvinculación. Así lo reconoce la Ejecutoria Suprema Vinculante RN° 224-2005/Sullana, FJ 3°, del 21.4.2005, establecida por el Acuerdo Plenario N° 1-2005/ESV-22, del 30.9.2005.

Cabe resaltar que lo relevante para garantizar el respeto al objeto procesal es que no se alteren los hechos esenciales. El contradictorio exige conocimiento de los materiales de hecho y de derecho, posibilidad de debate efectivo, y oportunidades procesales y tiempo razonable para hacerlo. Por tanto, respecto del planteamiento de la tesis –la desvinculación del tribuñal acerca de la calificación jurídica– sólo es exigible el deber de advertencia, su planteamiento oportuno, la oportunidad de debate sobre el mismo y, en su caso, el reconocimiento de una actividad probatoria adicional circunscripta al punto introducido. Al respecto, el TEDH[7] declaró dos ideas centrales sobre el particular: (i) la STEDH del 17.12.2002 señaló que el Tribunal es soberano para admitir o no las alegaciones del Ministerio Público; y (ii) la STEDH, Asunto Colak c. Alemania, del 5.12.1988, puntualizó que el Tribunal no necesariamente en la sentencia puede fallar de acuerdo con la tesis propuesta *ex officio* por él mismo; el límite de su decisión estriba en que debe fallar fundándose sólo en los resultados de las sesiones del juicio.

E. El artículo 397° inciso 1 del NCPP incide en el objeto penal: los hechos y las circunstancias objeto de pronunciamiento en la sentencia son aquellos marcados por la acusación. Si bien la norma en cuestión hace mención a la acusación ampliatoria o, mejor dicho, complementaria, es de tener en consideración el artículo 387° inciso 3 del NCPP, que permite al Fiscal incluir en la acusación oral una circunstancia que no

[7] Tribunal Europeo de Derecho Humanos.

modifique esencialmente la imputación. Tal circunstancia, obviamente, no podrá ser de carácter especial o específica porque altera la tipicidad, y sólo podrá incluirse si ha sido objeto de debate en el curso del acto oral –es decir, si ha sido mencionada por los órganos de prueba, consta en la prueba documental o documentada leída, escuchada o visionada. y si su presencia no es sorpresiva o inusitada–.

F. El título de condena debe ser compatible o idéntico con el título de imputación, si es que el Tribunal no ha hecho uso oportunamente de la tesis de desvinculación, tal como prevé el artículo 397° inciso 2 del NCPP; si lo ha sido, su margen de calificación jurídica, con arreglo al principio *iura novit curia*, está determinado por la tesis planteada. Fijado el objeto del debate, al que se integra la pretensión de las demás partes y, en especial, la resistencia de la defensa del imputado, conforme al artículo 349° inciso 2 del NCPP, el Tribunal no puede optar por una calificación jurídica distinta de aquellas que las partes han propuesto, por cierto en el ámbito de su legitimación; si no respeta este límite, sin duda, el fallo sería sorpresivo y, con ello, lesivo al principio de contradicción y a la garantía de defensa procesal.

G. El *petitum* aun cuando no integra el objeto penal reconoce la necesidad de su debate. Este, sin embargo, una vez propuesto en la acusación escrita (artículo 349° inciso 1, literal f del NCPP). puede ser variado por el propio Fiscal como consecuencia del contradictorio, de las actuaciones del juicio oral. Así, el Fiscal puede introducir nuevos hechos que den lugar a un delito continuado y nuevas circunstancias (artículo 374° inciso 2 del NCPP), así como puede reconocer o aceptar la tesis de desvinculación del Tribunal (artículo 374° inciso 1 del NCPP). En ambos casos es muy probable que su incorporación tenga consecuencia en la pena que el Fiscal deberá solicitar al final del juicio. La relativa variación del petitum por el Ministerio Público se consagra en el artículo 387° inciso 2 del NCPP: sólo se exigen nuevas razones –no hace falta incorporación de circunstancias nuevas–, apreciadas por el Fiscal, para pedir un aumento o disminución de la pena solicitada en la acusación escrita.

H. El Tribunal, respecto de la pena requerida por el Fiscal, no podrá aplicar una más grave, excepto si la pena solicitada es ilegal, esto es, requiera una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación (artículo 397° inciso 3 del NCPP). Es evidente que si la pena pedida no es la que corresponde –se pide privación de libertad en vez

de multa– el Tribunal debe aplicar la regla del *iura novit curia* e imponer la que fuera menester. Similar postura deberá adoptar si el Fiscal obvia el requerimiento de una pena principal –en caso el tipo legal prevea penas conjuntas– o de una pena accesoria, en cuyo caso el órgano jurisdiccional estará facultado para aplicar las faltantes en aras del cumplimiento de la garantía penal. Sobre la base, controlable jurisdiccionalmente, de la corrección legal de la pena solicitada por el Fiscal, el NCPP reconoce, en efecto, una limitación cuantitativa al Tribunal: no excederla, pero ante un error sobre la naturaleza de la pena pedida o ante una omisión respecto del requerimiento de una pena, conjunta o accesoria, prima el principio de legalidad penal, que rechaza la vigencia del principio dispositivo en el Derecho Penal, tanto más si en materia de penas el imputado no podrá alegar desconocimiento de las reglas que la determinan y, por ende, denunciar la sentencia como sorpresiva o inesperada.

§ 3. La institución de la correlación entre acusación y sentencia se asienta en la noción de congruencia procesal, la cual incorpora –entre uno de sus elementos insustituibles– el contenido constitucionalmente garantizado del principio acusatorio, que se proyecta incluso a la garantía de tutela jurisdiccional.

Dos son las nociones que ha de tenerse en cuenta para su determinación en sede penal: el objeto penal y el objeto de debate. La primera noción ya ha sido explicada: es el hecho punible propuesto por el Ministerio Público y atribuido al imputado. La segunda noción está reconocida por el artículo 394° inciso 2 del NCPP y se refiere tanto a la pretensión del Fiscal –cuya base es el hecho punible– cuanto a la pretensión de las demás partes, en especial la resistencia del imputado.

La garantía de defensa procesal –y el principio de contradicción que lo integra– informa la segunda noción: el objeto de debate. Ésta exige que el acusado tenga el conocimiento de todo lo que puede influir en la decisión judicial –materiales de hecho y de derecho, y sanción penal solicitada–, de suerte que se le reconozca la posibilidad, constitucional y legalmente garantizada, de rebatir la calificación jurídica, impugnar la determinación de la pena, y afirmar hechos distintos con su correspondiente calificación jurídica, lo que le permite ampliar el objeto de la decisión, claro está sin alterar el objeto del proceso fijado por el Fiscal [MONTERO, 2008:342].

El Tribunal Constitucional en la STC N° 402-2006-HC/TC, del 23.3.2007, si bien señaló correctamente que en esta institución los principios

acusatorio y contradictorio [sic] se integran y complementan, consideró que el primero identifica los elementos necesarios para individualizar la pretensión –cuando sólo informan del imputado y del hecho punible–, mientras que el segundo custodia que el acusado pueda alegar y/o presentar todas las pruebas que estime necesarias para su interés –no obstante que su ámbito de cobertura es más circunscrito: radica, como luego se verá, en la posibilidad efectiva de realizar actuaciones para evitar lesiones a su entorno jurídico.

La correlación, entonces, impide al Tribunal considerar cuestiones ajenas al objeto de debate, lo que variaría el sentido del pronunciamiento. No puede omitir, de una parte, la consideración de una cuestión esencial: el hecho punible atribuido al imputado; y, de otra, tampoco puede introducir una cuestión extraña al proceso. En ambos casos se contravendría la regla sentencia *debet esse conformis libello* [DE LA RÚA, 1980:78].

§ 4. El principio de contradicción o de audiencia es el presupuesto de la garantía de defensa procesal, sin que pueda confundirse con ésta [PEDRAZ, 2000:228]. Es un criterio informador de la estructura del proceso que da cuenta de la idea misma de proceso [GIMENO, 2004:253]. Puede definirse, en tanto expresa el aforismo *audiatur et altera pars*: óigase también a la otra parte, como la interdicción de infligir un mal a un sujeto jurídico, a través de una decisión o resolución jurisdiccional, sin que ese sujeto jurídico haya tenido, en absoluto, la oportunidad de actuar, dentro del proceso de que se trate, en defensa de sus derechos e intereses legítimos conforme a lo que esté previsto o no prohibido expresamente por una ley razonable [DE LA OLIVA, 2002:51].

El cumplimiento de este principio requiere que al interesado se le otorgue una posibilidad efectiva y real –verdadera posibilidad procesal– de llevar a cabo unas concretas actividades para evitar la afectación de sus derechos e intereses legítimos. Requiere, de un lado, la posibilidad de adquirir conocimiento del objeto del proceso y de los materiales fáctico y jurídico correspondientes; y, de otro, la oportunidad de realizar cualquier tipo de alegaciones y fundamentarlas.

§ 5. La garantía de defensa procesal, concebida como un derecho fundamental predicable de todos los sujetos del derecho, de carácter amplio y polivalente, se refiere a la facultad que el ordenamiento les brinda para intervenir en el proceso jurisdiccional, incluso en su fase preliminar, de ser oído, de controlar y valorar la prueba, de probar sus pretensiones y de

exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una resolución favorable a sus derechos e intereses legítimos [MAIER, 1996:567]. Esta garantía cautela que las partes –en especial, a la Fiscalía y al imputado y su defensor– puedan (i) enfrentar los diferentes cargos, requerimientos y pretensiones que se formulan en el curso del proceso, e (ii) impedir una resolución jurisdiccional perjudicial o condenatoria. Así ha sido desarrollada por el artículo IX del TP del NCPP.

La garantía de defensa procesal, en esos términos, comprende un derecho - presupuesto: el derecho de acceso efectivo al proceso penal, de información de sus derechos y de adquisición del status de parte, cuya base o fundamento es el principio de contradicción o de audiencia. Si nos limitamos al imputado, este derecho le garantiza un "recurso" efectivo a ser oído por el órgano jurisdiccional, que debe ser concedido en todas y cada una de las instancias, y requiere tanto el acceso y conocimiento a los cargos, materiales de hecho y de derecho, pruebas y actuaciones de la causa, como un plazo razonable para preparar su oposición. A su vez la defensa procesal se traduce en una serie de derechos instrumentales: (i) asistencia de abogado –que incluye no solo la intervención de un abogado defensor sino también el derecho de autodefensa y el derecho a la "última palabra"–, (ii) utilización de los medios de prueba pertinentes –que incluye el derecho a intervenir en la actividad probatoria–, y (iii) no declarar contra sí mismo y no declararse culpable [GIMENO, 2007:225].

Es relevante al examen de la correlación el derecho a ser informado de la acusación. El artículo IX inciso 1 del TP NCPP exige que la imputación -término más técnico y, sin duda, más amplio que 'acusación', que puede ser entendida en un sentido restrictivo circunscripto a la acusación fiscal emitida al final del período de investigación preparatoria, en tanto que el deber de informar surge tan pronto como se comience a investigar a una persona [AMBOS, 2005:74], e incluye cualquier medida que comporte repercusiones importantes sobre la situación de un sospechoso (STEDH, Asunto Eckle c. Alemania, del 15.7.1982)– se comunique al imputado de inmediato y detalladamente. Este derecho, que tiene tres elementos –personal, temporal y formal–, exige un contenido determinado. La imputación debe contener una información detallada, precisa y concreta, que importe una descripción circunstanciada de sus elementos esenciales (STEDH, Asunto Sadak c. Turquía, del 17.7.201); además, debe comprender no sólo los hechos sino también su significado jurídico, para que no se encuentre en una desventaja

informativa irremediable –la necesidad de la comunicación oficial de la base jurídica y fáctica de los reproches que se formulan contra el imputado, está reconocida en la STEDH, Asunto Kamasinski c. Austria, del 19.12.1989–. Tal comunicación debe hacerse no solo en el primer momento formal sino cada vez que se presentan nuevas perspectivas respecto de cuestiones de hecho o de derecho. Precisamente, la STEDH, Asunto Matoccia c. Italia, del 25.7.2000, declaró que el acusado debe estar plenamente informado de las modificaciones de la acusación y de su causa, y, además, debe disponer de tiempo y de las facilidades necesarias para organizar su defensa respecto a la nueva alegación.

§ 6. La regla de la correlación entre la acusación y la sentencia, desarrollada legalmente por el artículo 397° del NCPP, exige que la sentencia sólo se debe expedir sobre el hecho y las circunstancias que contiene la acusación, que han sido intimadas al acusado, y, por consiguiente, sobre aquellos elementos de la imputación acerca de los cuales el ha tenido oportunidad de ser oído [MAIER, 1996:568].

La flexibilización, muy relativa por cierto, respecto de la denominada "correlación objetiva" –que es el primer término de comparación– está centrada no sólo en los nuevos hechos y circunstancias que puede introducir el Fiscal en la acusación complementaria, sino también en las nuevas circunstancias no esenciales pero debatidas en el juicio que este puede incorporar en la acusación oral (artículos 374° inciso 2, 387° inciso 3 y 397° inciso 1 del NCPP). La garantía de defensa procesal exige, en estos casos, el deber de advertencia del Tribunal.

La "correlación jurídica", que incide en la calificación jurídico penal –que es el segundo término de comparación– está regulada por el artículo 397° del NCPP. La calificación jurídica del Fiscal, expresada finalmente en su acusación oral –se reconoce, en este ámbito, una flexibilización recogida, primero, en el artículo 374° inciso 2 del NCPP para el caso de circunstancias especiales o específicas o de un delito continuado, y, segundo, en el artículo 387° inciso 3 del NCPP para el caso de corrección de errores materiales que incidan en la tipificación– no puede ser alterada, salvo que el Tribunal, sin modificar los hechos ni introducir circunstancias necesitadas de prueba, realice el planteamiento de la tesis de desvinculación (artículo 374° inciso 1 del NCPP). En consecuencia, el Tribunal sentenciador no puede penar por infracciones por las que no se ha acusado, ni por un delito distinto que el que ha sido objeto de acusación.

Como el título de condena, expresión de la correlación jurídica, afecta el principio de contradicción y la garantía de defensa procesal –el principio acusatorio queda constreñido a los hechos, a la correlación objetiva–, pues aún cuando para calificar jurídicamente los hechos punibles es de aplicación el apotegma *iura novit curia*, esa calificación no es ajena al debate contradictorio. El Tribunal es libre en las cuestiones jurídicas, debe examinar el hecho desde todos los puntos de vista jurídicos, pero cualquier variación debe ser advertido al imputado para que tenga oportunidad de defenderse [ROXIN, 2000:417]. La sentencia, como es lógico, no tiene como único límite el principio acusatorio, también está vinculada al objeto del debate, ya por iniciativa de las partes ya por iniciativa del propio tribunal mediante el planteamiento de la tesis de desvinculación, en virtud de la cual el principio de contradicción viene a añadirse al principio acusatorio como límite del pronunciamiento [MORENO CATENA, 2000:2391].

§7. El artículo 374° inciso 1 del NCPP, aparentemente, sólo atribuye al Tribunal una calificación jurídica de los hechos no considerada por el Ministerio Público. Esta autorización tiene cierto contraste con el apartado 2, de esa norma y el artículo 387° inciso 3 del NCPP, que se refieren a la posibilidad de que el Fiscal introduzca hechos nuevos integrantes de un delito continuado y, según el caso, nuevas circunstancias modificativas especiales o comunes, así como rectifique errores materiales, que pueden incidir en el relato de hechos o en las citas legales.

Ahora bien, si se tiene en cuenta que la calificación jurídica del hecho punible acusado no sólo afecta al tipo legal –a la tipicidad–, sino también a las otras categorías del delito: antijuricidad, culpabilidad y penalidad, entonces, la tesis de desvinculación alcanza a la integridad de la respuesta jurídica del hecho punible enjuiciado –cada una de las categorías de la teoría del delito hacen referencia a determinados aspectos del hecho que constituyen el material objetivo al que se debe aplicar la ley penal [BACIGALUPO, 2004:194]–, a condición de que no se varíen los elementos esenciales del mismo ni se introduzcan hechos que alteren o varíen radicalmente la actividad delictiva juzgada, presupuesto del principio acusatorio. No es significativo, por consiguiente, que no se mencione expresamente que la tesis de desvinculación pueda incorporar nuevos elementos tácticos, pues el precepto incide en la relevancia jurídica del cuadro de hechos que surgen del juicio y ésta, desde luego, puede verse afectada si se desprende del debate una circunstancia no advertida por las partes –cuya totalidad de pretensiones integran el objeto de debate– con entidad para alterar, no esencialmente por cierto, el

encuadramiento jurídico penal del *factum* juzgado. Así las cosas, la tesis de desvinculación del Tribunal, cuyo presupuesto es una modificación de la valoración jurídica [ROXIN, 2000:367], puede consistir en:

1. Un cambio de calificación sin modificación fáctica, lo que supone una calificación errónea del relato fáctico tal como ha sido propuesto por la acusación. Se entiende que ello sólo será posible si, en todo caso, el imputado no interesa en su pretensión defensiva una calificación distinta (Ejecutoria Suprema RN° 3904-2004/La Libertad, del 21.1.2005) o si la calificación del Fiscal no se debe a un simple error fácilmente constatable por la defensa (STEDH, Asunto Gea Catalán c. España, del 10.2.1995) –es lo que se denomina "error material de subsunción"–.

2. Un cambio de calificación con modificación fáctica, lo que entraña la introducción de una circunstancia no esencial en la descripción del hecho punible que de alguna manera tiene entidad para variar alguna de las categorías del delito, no exclusivamente el tipo legal en sentido estricto [VERGER GRAU, 1994:143/147]. Incluso será necesaria la tesis de desvinculación cuando del hecho se pueda desprender la posibilidad de imposición de una pena accesoria o de una medida de seguridad [ROXIN, 2000:368], en tanto que su aplicación requiere producir el oportuno debate y, de ser el caso, una adicional práctica de pruebas. En cambio, no será necesario el planteamiento de la tesis respecto de hechos o circunstancias incorporados por la propia defensa, pues en este caso, de aceptarse por el Tribunal la posición de aquélla, no se habría infringido el derecho de previo conocimiento para poder organizar la defensa (STSE[8] 1227/1994, del 13,6.1994).

De otro lado, la introducción de una circunstancia puede favorecer o perjudicar al imputado según fuera atenuante o agravante. Desde esta perspectiva, pareciera que el artículo 397° inciso 1 del NCPP reconoce una excepción a la necesidad de plantear la tesis de desvinculación, pues autoriza al Tribunal a introducir una circunstancia privilegiada o de atenuación en tanto sus efectos sean favorables al imputado, siempre que no entrañe la incorporación por esa vía de novedosos datos de hecho [ASENCIO, 2008:159]. Esta posibilidad se presentará en la medida en que la referida

[8] Sentencia del Tribunal Supremo Español.

circunstancia surja de la actividad probatoria y se estimara, razonablemente, que está o debiera estar en el entendimiento de las partes, sin que fuera necesario que el Fiscal o la defensa la haya propuesto formalmente. Justifica esta postura dos argumentos: (i) que no se genera indefensión al imputado visto el resultado favorable de su incorporación ex officio; y (ii) que la ley no asume un carácter bidireccional del aforismo *audiatur et altera pars*, dado que no prevé el derecho de la acusación a ser informada de las posibilidades de atenuación de la pena.

Distinto es el caso de la figura de la "degradación de la acusación" que tiene lugar cuando, como consecuencia de la actividad probatoria, no se acreditan determinados pasajes del hecho imputado, tales como la consumación, la entidad total del hecho o la presencia de una circunstancia agravante, común o específica, en donde no hace falta el planteamiento de la tesis de desvinculación.

§ 8. No hay problema alguno en reconocer que en los supuestos de una nueva calificación jurídico penal se requiere inevitablemente el planteamiento de la tesis de desvinculación –en especial cuando se trata de agravantes específicas, que en rigor suponen subtipos agravados (STSE del 31.10.1957 [MORENO CATENA, 2000:2409])–, salvo cuando se trate: (i) de tipos legales que presentan relaciones subsidiarias: la violación sexual comprende el delito de lesiones –en tanto esa figura se hubiera comprendido en la acusación–, de manera que si no se prueba la infracción principal puede condenarse por la subsidiaria o residual; (ii) de tipos legales progresivos: lesiones en sus diversos grados y el homicidio, equiparables también a la progresión entre los delitos básicos, los agravados y los privilegiados; (iii) de una calificación alternativa propuesta por la defensa; (iv) de un mero error material de subsunción evidente en que incurrió la Fiscalía –así reconocidos en el Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116, del 16.11.2007–; (v) de un tipo legal homogéneo en el que todos los elementos de un delito se encuentren contenidos en el otro –supuestos de degradación de la imputación–; o (vi) de un caso de concurso aparente de leyes o unidad de ley –aquí, los hechos ya están incorporados y el debate, necesariamente, comprende todos los aspectos del problema, de suerte que no se produce indefensión–. No se trata de tipos legales homogéneos los delitos de terrorismo agravado y de colaboración terrorista, tal como lo definió la STC N° 1029-2000-HC/TC, del 18.1.2001; se trata, en puridad, de figuras "secantes", esto es, los elementos de una no están íntegramente incluidos en la otra [MAIER, 1996:573]; tampoco se trata

de tipos legales homogéneos los delitos de falsedad genérica y falsedad ideológica, pues entre ambos, obviamente, existen diferencias respecto a la conducta prohibida que merecían un debate previo e, incluso, posibilidad probatoria alternativa (STC N° 1230-2002-HC/TC, del 20.6.2002). La degradación de la acusación sólo será posible, sin planteamiento de tesis, respecto de delitos homogéneos, de más a menos, esto es, de tipo básico a tipo privilegiado, o de tipo agravado a tipo básico.

El Tribunal Constitucional, en la STC N° 1231-2002-HC/TC, del 21.6.2002, cuestionó que en vía recursal se modifique el tipo penal objeto de condena –similar al que fue objeto de acusación: tipo básico–, al revocar la sentencia y condenar por el subtipo agravado de tráfico ilícito de drogas. Estimó que no es posible un pronunciamiento jurisdiccional fuera de los términos de la acusación, lo que afecta la esencia del contradictorio. Si bien consideró que el cambio de calificación jurídica vulnera el debido proceso, lo que no es correcto en atención a la especificidad de la garantía de defensa procesal –que comprende íntegramente el supuesto en cuestión–, precisó acertadamente que con ese proceder se afectó el principio del contradictorio o audiencia y la garantía de defensa procesal. En iguales términos se pronunció dicho Tribunal en la STC N° 2082-2002-HC/TC. del 30.9.202, pues en la alzada se modificó el título condenatorio –similar al título acusatorio– de un delito de secuestro básico a un subtipo agravado de secuestro. De otro lado, un supuesto de tipos legales homogéneos, abordado por el Tribunal Constitucional en la STC N° 2179-2006-HC/TC, del 12.4.2007, se presenta entre el delito de asociación ilícita terrorista y el de terrorismo agravado –comisión de un acto terrorista como integrante de una organización terrorista–: artículos 320° y 319° del CP. El vínculo asociativo, como elemento típico, está comprendido en el segundo artículo citado, por lo que el acusado tenía conocimiento de los cargos en virtud de la uniformidad en la comunicación de la imputación. En consecuencia, por las características de ambos tipos legales para condenar por asociación terrorista en vez de acto terrorista agravado o hacía falta el planteamiento de la tesis, tanto más si ello suponía una degradación de la acusación en el que la pertenencia era un dato asumido íntegramente en la figura agravada. Un caso exactamente igual fue materia de la STC N° 402-2006-HC/TC, del 23.3.2007: se acusó por delito de terrorismo agravado y se condenó por delito de asociación terrorista. Un problema específico, acerca de la necesidad de planteamiento de la tesis de desvinculación, se presenta en los casos de tipicidad subjetiva, grados de ejecución del delito y título de

participación en el hecho punible. La premisa que es de tener en consideración para dilucidar si cabe plantear la tesis, relativizando el aludido Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116, ante modificaciones en los ámbitos de tipicidad subjetiva, grados del delito y formas de participación delictiva –y, más aún, de tipo comisivo a tipo omisivo–, está en función de si las referidas variaciones pueden ocasionar indefensión material a las partes, específicamente al imputado. Es determinante apreciar la coincidencia o no del elemento actividad. Se debe establecer qué comportamientos requieren, en el caso concreto y en relación con lo debatido en el juicio, de una apreciación jurídico penal novedosa, si éstos coinciden o no con los hechos expuestos en la acusación. La no coincidencia, que debiera ser la norma, determinará el planteamiento de la tesis, pues ésta siempre conlleva necesariamente la variación de la estrategia defensiva –en especial, no son fungibles la imputación dolosa y la imputación culposa, tampoco el paso del delito de acción a uno por omisión o viceversa [MAIER, 1996:575]–.

§ 9. El *petitum* como requisito material u objetivo de la pretensión punitiva hecha valer por el Ministerio Público determina, en cierto sentido, los límites de la correlación penal, del deber judicial de congruencia. El objeto inmediato es el concreto problema planteado por el artículo 397° inciso 3 del NCPP, en tanto que fija un límite al Tribunal: no exceder la pena más grave que la requerida por el Fiscal; es la denominada "correlación cuantitativa", sin relevancia constitucional [GIMENO, 2007:107]. En el § 2.H se han concretado sus posibilidades interpretativas, empero el problema más sensible es su justificación desde los principios y las garantías constitucionales.

Es cierto que el principio de legalidad penal (artículo 2° inciso 24, literal e de la Constitución) fija límites al juez: no puede sancionar al imputado con pena no prevista en la ley, aunque es de resaltar que se trata de un derecho fundamental y de una garantía material a favor de la persona; por tanto, su vulneración no puede invocarse para perjudicarlo (así, Ejecutoria Suprema de Calificación de Casación N° 11-2007/La Libertad, del 5.11.2007). También es verdad que el juez debe aplicar el Derecho objetivo y que tal exigencia es una garantía institucional de la jurisdicción y una protección del juez en defensa de su independencia (artículos 138°, 1er Párrafo, 139°, 139° inciso 2 y 146° inciso 1 de la Constitución); así como que, específicamente, corresponde al Juez fijar la pena dentro de los límites fijados por la ley (artículo 46°, 1er Párrafo,

del CP). Sin embargo, desde la facultad o potestad del juez también debe contemplarse otros bienes constitucionales que delimitan su campo de acción: (i) las valoraciones del órgano defensor de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho, amén de representante de la sociedad (artículo 159° inciso 1 y 3 de la Constitución); y (ii) el valor seguridad jurídica y la garantía de defensa procesal (artículo 139°. 14 de la Constitución).

En efecto, respecto al primer argumento, es según decir con GIMENO que el Ministerio Público como representante de la sociedad, valora la lesión producida por el delito en la esfera social y, como tal, es parte cualificada para señalar al Tribunal el tope máximo de la individualización de la pena. En consecuencia, la petición de pena que formula refleja la reacción social frente al delito y el castigo que la sociedad espera, por lo que otorgar más de lo que está demandado es ser "ultra retribucionista", lo que tampoco es deseable [MORENO CATENA, 2000:2419].

En cuanto al segundo argumento, la posibilidad que el acusado pueda finalmente ser condenado a una pena mayor a la solicitada por el Fiscal atenta a la seguridad jurídica y al derecho de defensa del acusado que se habrá defendido de una petición concreta de pena, realizando una previsión del resultado final, del que debe excluir la posibilidad de ser condenado a mayor pena que la que solicita la acusación. Así, por ejemplo, el acusado habrá valorado la posibilidad de llegar a una conformidad con la acusación teniendo en cuenta la pena que efectivamente le solicita la acusación –la jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido que la conformidad siempre implica una rebaja automática de la pena (Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116, párrafos 22 y 23, del 18.7.2008)– [RLFÁ/RLCHARD/RLAÑO, 2006:370].

En consecuencia, fijar la congruencia cuantitativa, entendida como límite externo al poder de determinación de la pena que ostenta el Juez, si bien no lesiona la garantía de debido proceso –que comprende el principio acusatorio– al no alterar la delimitación el hecho punible, si lo está con particular acento en el principio de contradicción y la garantía de defensa procesal, esencialmente en la idea de interdicción de los fallos sorpresivos, en tanto que lesiona el derecho presupuesto de conocimiento de los cargos y la necesaria correspondencia entre estos –que lo impone el Ministerio Público–, el planteamiento defensivo, que integra el objeto del proceso;

las pretensiones de las partes respecto a la pena se verían quebrantadas irremediablemente porque la decisión judicial pasaría por alto un aspecto fijado que no integró el debate procesal.

IV. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

ALVARADO VELLOSO, Adolfo: *Introducción al estudio del Derecho Procesal,* Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000.

AMBOS, Kai: *Principios del proceso penal europeo*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

ARMENTA DEU, Teresa: *Lecciones de Derecho procesal penal,* Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007.

ASENCIO MELLADO, José María: *Sistema acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal.* Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales - Fondo Editorial, Lima, 2008.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: *Derecho Penal - Parte General,* ARA Editores, Lima, 2004.

BAUMANN, Jürgen: *Derecho Procesal Penal,* Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986.

BOVINO, Alberto: *Principios políticos del procedimiento penal,* Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Derecho Penal - Parte General,* Tomo I, Obras Completas, ARA Editores, Lima, 2004.

CALVINHO, Gustavo: *El sistema procesal de la democracia,* Instituto Panamericano de Derecho procesal - Capítulo Perú, Editorial San Marcos, Lima, 2008.

CAROCCA PÉREZ, Alex: *Garantía constitucional de la defensa procesal,* J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1998.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y otros: *Derecho Procesal Penal,* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros: *Derecho procesal - Introducción*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2002.

DE LA RÚA, Fernando: *Proceso y Justicia,* Lerner Editores Asociados, Buenos Aires, 1980.

DELGADO FLORES, Luis Ángel: *La delimitación del objeto del proceso penal en sede de la etapa intermedia,* En: Revista Actualidad Jurídica, 182, Lima, Enero 2009.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio: *Los fundamentos del Derecho Constitucional,* Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2008.

GARCÍA ROCA, Javier/SANTOLAYA, Pablo (directores): *La Europa de los derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

GELSI BIDART, Adolfo: *Protección judicial o garantía procesal en el Código General del Proceso,* En: Revista Uruguaya de Derecho Procesal, T. XIII, 1998.

GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho Procesal Penal,* Editorial Colex, Madrid 2007.

GIMENO SENDRA, Vicente: *Introducción al Derecho Procesal,* Editorial Colex, Madrid, 2004.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y otros: *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal,* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia: *Acusación y defensa en el proceso penal,* J.M. Bosch, Barcelona, 2004.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: *Proceso Penal Comentado,* Editorial Jurídica Continental, San José, 2001.

MAIER, Julio: *Derecho Procesal Penal,* Tomo I, Fundamentos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.

MONTERO AROCA, Juan: *Proceso penal y libertad,* Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2008.

MORENO CATENA, Víctor y otros: *El proceso penal,* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARAN, Mercedes: *Derecho Penal - Parte General,* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ORTELLS RAMOS, Juan y otros: *Derecho Procesal - Introducción,* Editorial Punto y Coma, Valencia, 2003.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto: *Derecho Procesal, Penal I,* Editorial Colex, Madrid, 2000.

PÉREZ MORALES, Mónica Galdana: *Correlación entre acusación y sentencia en el proceso ordinario,* Editorial Comares, Granada, 2002.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor: *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú,* Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2000.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El Sistema Procesal Español*, J.M., Bosch, Barcelona, 1995.

RIFA SOLER, José María y otros: *Derecho Procesal Penal,* Instituto Navarro de Administración Pública, Pamplona, 2006.

ROXIN, Claus: *Derecho Procesal Penal,* Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

SAN MARTÍN CASTRO, César: *Correlación y desvinculación en el proceso penal,* Universidad de Lima - Fondo de desarrollo Editorial, Lima, 2005.

SCHLÜCHTER, Ellen: *Derecho Procesal Penal,* Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

TORRES DEL MORAL, Antonio: *Principios de Derecho Constitucional Español,* Átomo Ediciones, Madrid, 1988.

Jurisdicción constitucional y justicia penal: problemas y perspectivas (*)

SUMARIO: I. La Jurisprudencia en el ordenamiento jurídico. II. Función y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Relaciones con la jurisdicción ordinaria. III. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Jurisprudencia de la Corte Suprema. Dos modelos distinto. IV. Jurisdicción constitucional y jurisdicción penal. Dos temas esenciales. V. Bibliografía.

I. LA JURISPRUDENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Uno de los problemas más álgidos –y una fuente de tensiones– entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria, en aquellos países en que la primera está encargada a un órgano jurisdiccional propio, *sui generis* y diferenciado del Poder Judicial, es, sin duda alguna, el referido al papel de la Jurisprudencia, a su posición en el ordenamiento jurídico y a las relaciones entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria, basadas –en este supuesto– en el principio de separación orgánica entre ambas jurisdicciones.

La sola mención de la existencia y de la institucionalización de un Tribunal Constitucional, de inicial configuración kelseniana –y solo con-

(*) Ponencia presentada en el VII Seminario Internacional sobre "Justicia Constitucional y Estado de Derecho", realizado en Santa Cruz-Bolivia, del 25 al 27 de agosto de 2004.

cebido en los años veinte del siglo pasado, como "legislador negativo"-(1), que concentra el control de la constitucionalidad y garantiza la supremacía de la Constitución en la "cúspide de la teoría escalonada del orden jurídico *[Stu-fenbauttheorie]*", nos hace tributarios del sistema jurídico romano-germánico. A su vez, el hecho de que en la mayoría de nuestros países no solo asuma el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y la solución de los conflictos de competencia entre los órganos constitucionales –que, a juicio de RICARDO HARO, es su atribución central y generalmente se expresa en un control abstracto y contencioso objetivo [2004: 61]–, sino que también asuma la defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas contra las agresiones que pueden provenir de cualquier poder público, incluido el Poder Judicial (que es lo que, con Capeletti, se denomina "jurisdicción constitucional de la libertad" [ORTECHO VILLENA 1994: 48]), ocasiona fuertes tensiones con el Poder Judicial en general y con la Corte Suprema en particular, pues a menudo sus propias decisiones son objeto de control por dicho Alto Tribunal(2).

A esto último se refería TOMÁS y VALIENTE cuando expresó:

> La articulación entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional no es fácil, ni podía nadie pensar que está establecida con nitidez [aunque]

---

(1) El proceso, como se sabe, busca resolver un conflicto o una incertidumbre con relevancia jurídica para que, a partir de él, el juez promueva la obtención de un clima de paz social con justicia. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA [2003: 53-55] ve en esto último la función de mediador, bajo parámetros jurídicos, del juez; y, en orden a los tribunales constitucionales, apunta que hace muchos años abandonaron los parámetros de "legislador negativo" al cual los había circunscrito el pensamiento "kelseniano" *y* que en la actualidad incluso emiten sentencias interpretativas, aditivas o manipulativas, y es ahora más bien el reto establecer cuál es el límite de su actuación jurisdiccional. Esto último, como acota ABAD YUPANQUI [1995a: 243], transforma al Tribunal Constitucional en una especie de legislador positivo, al precisar, de modo vinculante, el contenido de una concreta norma examinada.

(2) FIX ZAMUDIO [1982:57] nos dice que "jurisdicción constitucional de la libertad" es una frase afortunada de MAURO CAPELLETTI que se ha utilizado para designar a los instrumentos procesales que están dirigidos específicamente a la tutela de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente y a los organismos judiciales encargados de impartir la protección. Igualmente, acota que los instrumentos procesales creados a efectos pueden hacerse valer ante los tribunales ordinarios o especializados en controversias constitucionales.

los numerosos y en ocasiones difíciles problemas que plantea han de ser resueltos partiendo siempre del principio de supremacía formal y funcional del Tribunal Constitucional, que se deriva, tanto de la supremacía normativa de la Constitución como del carácter de intérprete supremo de aquélla atribuido al Tribunal [1989: 27].

Más allá de las tensiones enunciadas, que luego trataremos y que son inevitables cuando la Ley Fundamental entrega competencia –total o parcial, exclusiva o compartida, pero en todo caso "superior"– al Tribunal Constitucional en los procesos de Amparo y de Hábeas Corpus –típicos de la jurisdicción de la libertad–, se debe acotar, especialmente en los países de nuestro ámbito de cultura, cuál es el papel que cumple la jurisprudencia en el sistema de fuentes del Derecho. De inicio, siguiendo a NORBERTO BOBBIO, entendemos por "fuentes del Derecho" a "aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas" [1987: 158].

Tal vez una visión especialmente esclarecedora al respecto es la que proporciona, desde la Teoría del Derecho, AGUILÓ REGLA [2000: 101-122]. Este *ius* filósofo nos dice lo siguiente:

1) que, desde luego, las autoridades jurisdiccionales, los jueces, al dictar sentencias –que es una propiedad que los define dentro del orden jurídico– producen o crean normas jurídicas, esto es, determinados resultados institucionales;

2) que el fallo de una sentencia judicial es una decisión en cuya virtud el juez emite una norma particular dirigida a las partes del proceso o a los órganos de ejecución; con ella se trata de resolver un determinado conflicto jurídico. El fallo, a su vez, se basa en normas generales que el juez tiene el deber de aplicar, y su función, por cierto, no es la de modificar el derecho –lo que es propio de las autoridades políticas– sino la de hacerlo efectivo y aplicable, para lo cual –desde su motivación o fundamentos– debe tomarlo en cuenta. En la construcción del fallo, el juez, en primer lugar, parte de una nota característica de todo ordenamiento jurídico: que, *prima facie,* el derecho objetivo es indeterminado –por ello debe concretarlo al caso particular– y, en segundo lugar, que debe explicar la decisión judicial en términos de

racionalidad y de igualdad. Es posible que el juez, al desarrollar esa función, introduzca nuevas normas mediante un proceso de concreción normativa, lo que no significa, empero, que tenga atribuida la función de cambio o modificación del sistema jurídico(3).

Las resoluciones judiciales, precisa con rigor ASENCIO MELLADO, cumplen y verifican el derecho objetivo mediante su aplicación y traslación a los hechos concretos y particulares –de ahí que la función judicial se caracteriza por un dinamismo y un grado de especificidad que no posee la legislativa–. Esa aplicación, explica el autor, no es mecánica, pues ha de tener en cuenta: (a) que la ley, por su carácter general y su insuficiencia para prever todas las múltiples situaciones de la vida, no es completa; (b) que, aunque el hecho esté positivamente previsto, la ley no siempre es clara en su expresión, ni precisa en su formulación; y, frecuentemente, contiene antinomias productoras de conflictos por concurrencia de normas que tipifican un supuesto fáctico similar o idéntico; (c) que corresponde a los órganos jurisdiccionales indagar la norma aplicable, eligiendo la que más se adapte al caso no solo en su sentido literal sino, igualmente, en su dimensión histórica y social; y (d) que, de la misma manera, compete a los órganos judiciales complementar el ordenamiento jurídico cuando no exista norma específica y, por ello, una laguna legal [1997: 37].

3) que, en el modelo del *civil law* –visto en comparación con el modelo del *common law*–, la incorporación de normas de origen judicial en el derecho objetivo se basa en el modelo de la jurisprudencia y no del precedente, aunque tal diferencia, meramente esquemática, no es absoluta. De ahí que, por ejemplo, cuando se trata de las sentencias del Tribunal Constitucional, las legislaciones del sistema romano

(3) Respecto al derecho penal, precisaba STRATENWERTH [1982:37], que el derecho judicial debe introducirse, en principio, dentro del marco que establece la ley penal, pues de otra manera esta perdería su función garantizadora. Sin embargo, en orden al derecho legislado, aclaraba que basta con una simple ojeada a un comentario de la ley vigente para verificar que la aplicación de la ley nunca se realiza en forma de una mera "subsunción", sometida únicamente a las reglas de la lógica; que toda ley requiere una interpretación y la interpretación es un proceso creador; y que la jurisprudencia penal de los tribunales superiores se acerca de tal manera y en forma tan uniforme en sus efectos a la propia ley que se discute si las modificaciones in *malam partem* están o no sometidas a la prohibición de la retroactividad.

germánico asumen el "modelo del precedente", en cuya virtud los jueces y tribunales ordinarios están directamente vinculados al "contenido constitucional" declarado en todo tipo de decisiones por el Tribunal Constitucional.

4) que la doctrina del *stare decisis* o del precedente nos dice que una decisión de un órgano jurisdiccional, tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso y necesaria para su establecimiento, es una autoridad o precedente obligatorio para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango en subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión. Claro está, se trata del precedente obligatorio, que todos los jueces deben seguir imperativamente, no del precedente persuasivo, que se limitan a guiar a los jueces en sus decisiones pero que no tienen la obligación de seguir.

5) que, en la tradición jurídica del *civil law,* la "jurisprudencia" evoca siempre el conjunto uniforme de las sentencias judiciales, a partir del cual pueden extraerse o inferirse normas jurídicas generales. En consecuencia, la incorporación al derecho objetivo de las normas que los jueces utilizan para poder resolver los casos se produce no por el hecho de que un tribunal haya tomado la decisión de utilizar un determinado criterio sino por la reiteración de decisiones que recurren a ese mismo criterio; por ello, es común recurrir a la expresión "línea jurisprudencial" en lugar de la de "precedente". Ahora bien, la jurisprudencia obligatoria se extrae de las sentencias de las cortes supremas, a quienes se les entrega el poder de unificar la "doctrina jurisprudencial"; solo ellas tienen ese poder y esa competencia en la jurisdicción ordinaria.

Según lo expuesto, en aquellos ordenamientos jurídicos que han incorporado el control concentrado de la constitucionalidad, para hablar en términos amplios, el modelo utilizado para los fallos del Tribunal o Corte Constitucional es el del "precedente", mientras que para la jurisdicción ordinaria el modelo es el propio de la "jurisprudencia"; y el sentido que se le da a esta última, como reitera el ius filósofo peruano ALZAMORA VALDEZ aun cuando se reconozca su actividad creadora, es siempre el conjunto de sentencias o fallos dictados por los tribunales sobre materias específicas pero orientadas en sentido uniforme, esto es, como criterio resultante de una serie de fallos concordantes para resolver determinada cuestión jurídica [1987: 244].

En un sentido estricto, desde la perspectiva de la jerarquía y de la competencia, sólo puede hablarse de jurisprudencia en nuestro sistema jurídico cuando esas sentencias o fallos las emite el máximo tribunal. Asimismo, en tanto se quiera buscar que esos fallos tengan efectos generales para casos futuros –en el sentido de que cuando se está ante circunstancias similares, que no iguales, a las anteriores ya resueltas, la resolución posterior debe ajustarse a los términos de lo resuelto anteriormente para dicho caso–, es menester la debida motivación. Ello a fin de que se pueda conocer qué elemento del caso justificó fallar de una manera determinada, elemento llamado *ratio decidendi, y* qué fue intrascendente en sus consideraciones *–obiter dictum–* [RUBIO CORREA 2001: 171, 186]. En el Derecho Eurocontinental puede rastrearse esa lógica expansiva de una decisión judicial en los denominados "fallos de reglamento" *(arrets de règlement)* del Derecho Francés del antiguo régimen, que servían para decidir un proceso y reglamentar los casos idénticos en el futuro.

A este respecto, precisaba DU PASQUIER, existen los "fallos de especie" y los "fallos de principio"; en los primeros, su alcance no va más allá de las circunstancias del litigio: consisten simplemente en la constatación y la apreciación de hechos concretos; en cambio, en los fallos de principio, se resuelve un problema de alcance más general, porque fijan una noción susceptible de aplicación en otros casos semejantes: constituyen un precedente y por su naturaleza "forman jurisprudencia" [1983: 41].

4. Ahora bien, es claro que si el juez, según criterio consolidado, crea derecho en el caso concreto, de ello progresivamente surge, a su vez, la necesidad de una creación del derecho con carácter general. Tal necesidad brota del principio de la generalidad del Derecho, propio de las sociedades modernas, que se vería negativamente afectado si casos similares fueran resueltos, en cada ocasión, en forma diversa. Este principio no se satisface solo mediante ley general, pues exige, a su vez, la generalidad en su interpretación y aplicación por los jueces, así como en la forma en que se supla su falta. Siendo así, afirma GASCÓN ABELLÁN [1993: 35], los criterios que inspiren la creación judicial del Derecho en el caso concreto deben universalizarse, convertirse en reglas generales, de manera que la regla de conducta en el caso se convierta en regla universal para todos los casos similares. Esta es la única vía para conseguirse seguridad jurídica, fundada en la expectativa de una aplicación uniforme del Derecho.

Si, como anota LÓPEZ GUERRA [2001: 88], la generalidad en la aplicación judicial del derecho se consigue mediante la técnica del precedente

–o, si seguimos lo que antes se señaló, la "línea jurisprudencial"–, se deben resolver dos problemas derivados: ¿qué sentencias revisten ese carácter? y ¿en qué consiste ese carácter?

1) No hay duda alguna de que, desde el principio de igualdad, debe exigirse la uniformidad en la interpretación de la ley y la aplicación del derecho por los tribunales. Ello, concurrentemente, constituye un objetivo coherente con el principio de seguridad jurídica, que requiere presencia de criterios comunes y estables de interpretación y aplicación del derecho. No es el caso, por cierto, en los supuestos del autoprecedente –del mismo tribunal– y de la jurisprudencia horizontal –de diferentes tribunales del mismo nivel–, en tanto de por medio está la garantía de independencia judicial. Sólo cabe la invocación de la jurisprudencia vertical, es decir, la emanada del máximo Tribunal de Justicia, aquel al que la ley –propiamente la Constitución– le encomienda la misión de establecer la necesaria uniformidad en la aplicación de la ley a través de su jurisprudencia.

2) Aceptado lo anterior, se reconocen, esquemáticamente, tres tipos de vinculación a la jurisprudencia vertical, la emanada de toda Corte Suprema de Justicia. Se trata de a) la "vinculación intelectual", basada en la convicción y fuerza persuasiva de los fallos supremos; b) la "vinculación estricta", que supone una obligación de acatamiento por todos los tribunales y jueces, bajo las responsabilidades de ley; y, c) la "vinculación disuasoria", que entraña el riesgo de revocación de un fallo que se aparta de ella a través de la vigencia de un recurso de unificación de doctrina jurisprudencial. En esta perspectiva, está fuera de discusión que corresponde a la Corte Suprema la función unificadora de la doctrina de los tribunales de la jurisdicción ordinaria y, en consecuencia, la "interpretación correcta" de la ley.

El tema, sin duda más complejo, es el relativo a la existencia o no de un derecho constitucional a que los tribunales se atengan a la jurisprudencia de la Corte Suprema: vale decir, si un justiciable perjudicado con una decisión, que no siguió el precedente jurisprudencial, puede reclamar la vulneración de ese derecho, anclado en la igualdad ante la ley y en la seguridad jurídica. Parece no existir una respuesta fácil al problema. Los referentes para su solución estarán señalados, obviamente, en lo que sobre el particular prescriba expresamente la Constitución. Si no existe una norma puntual al respecto –como sucede en el constitucionalismo latinoamericano–, en lo que implícitamente establezca en orden a los dos principios involucrados (igualdad y seguridad jurídica) y a la propia configuración orgánica e institucional que

la Constitución atribuye a la Corte Suprema y, particularmente, a lo que las leyes procesales regulan (¿bloque de constitucionalidad?) en cuanto a la existencia de un recurso de casación para la unificación de la jurisprudencia, sus criterios resultarán vinculantes como fuente del derecho, pues de otra forma no tendría sentido la incorporación de ese recurso impugnatorio.

II. FUNCIÓN Y JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. RELACIONES CON LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

La justificación del Tribunal Constitucional, conforme a la esencia de la doctrina postulada por Hans KELSEN, consiste en que la Constitución no es una norma cualquiera sino la más importante de todas las leyes, ya que fija los valores superiores del ordenamiento jurídico en que se aplica(4). La propia existencia del Tribunal Constitucional, como resalta MONROY CABRA, supone necesariamente la fuerza normativa obligatoria de la Constitución como norma fundamental y suprema, a la vez que exige a dicho Alto Tribunal asumir la función insustituible de interpretar y custodiar la línea divisoria entre el poder constituyente, objetivado en el texto constitucional, y los poderes constituidos [2004: 36-37]. Por consiguiente, es necesario asegurar que la ley ordinaria y los actos de todos los poderes públicos se correspondan con lo dispuesto por la Constitución, para lo cual esa función debe reservarse a un órgano jurisdiccional, independiente e imparcial, pero diferente de los ordinarios y que esté por encima de la ley ordinaria [MONTERO AROCA y otros, 2003: 46].

Desde ese especial encargo, como enseña GIMENO SENDRA [GIMENO SENDRA y otros, 2000: 135-137], el Tribunal Constitucional puede ser conceptuado como el más alto órgano jurisdiccional –es, por consiguiente, un "órgano jurisdiccional supremo"–, encargado de la defensa e interpretación de la Constitución. Así se tiene que: a) es supremo tanto por su función como por su situación institucional con respecto a

(4) La Constitución, en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, es una norma jurídica que, como tal, cuenta con valor normativo inmediato y directo que vincula a los ciudadanos y a todos los poderes públicos; y su interpretación, citando a GARCÍA PELAYO, tiene especial relevancia debido a la mayor presencia de principios generales, de valores susceptibles de distinta interpretación y especificación, de cláusulas generales y de preceptos indeterminados, cuyos significados solo pueden determinarse, en cada caso y en cada momento, a través de las concretizaciones resultantes de la interpretación (ABAD YUPANQUI, 1995a: 242).

los demás poderes del Estado; b) su misión es defender y garantizar la primacía de la Constitución, norma de la más alta jerarquía; de ahí que, desde un punto de vista procesal, está situado por encima de los poderes del Estado, en tanto que está autorizado constitucionalmente para anular los actos de todos los poderes públicos (misión esencial); y, c) ostenta la potestad jurisdiccional, toda vez que es un órgano independiente –nota subjetiva– y sus resoluciones definitivas gozan de los efectos de la cosa juzgada –nota objetiva–.

En tanto el Tribunal Constitucional es el guardián de la Constitución, su función básica es obtener la aplicación efectiva de la Constitución a los casos concretos, asegurando su interpretación uniforme. En puridad, el Tribunal Constitucional realiza una labor de casación especial, en tanto que asegura la aplicación uniforme de la Constitución, anulando las disposiciones con rango de ley y demás actos contrarios a la Ley Fundamental, con absoluta prohibición de inmiscuirse de entrar a conocer los hechos que dieron lugar al proceso. Ello sin interferir, desde luego, en la aplicación de la legalidad ordinaria encargada a la Corte Suprema (defensa del *ius constituionis),* para lo cual poco importa que dicha defensa sea asumida simultáneamente por medio del *ius litigatoris* o, lo que es lo mismo, mediante la defensa de los derechos fundamentales o que efectúe, exclusivamente, la protección del *ius constitutionis* por medio de los procedimientos abstractos de control de la constitucionalidad de las leyes. Lo decisivo es que al Tribunal Constitucional le corresponde garantizar la supremacía de la Constitución, de la que es su "intérprete supremo". De este modo, el Tribunal Constitucional es el que crea la única "doctrina legal constitucional" que vincula a todos los órganos del Poder Judicial. Es claro, sentado lo anterior y como insiste GIMENO SENDRA [GIMENO SENDRA y otros 2000: 139], que a la jurisdicción ordinaria, en lo que le es propio, y frente al principio de subsidiariedad, también está comprometida en la aplicación de la Constitución. Sin embargo, dicha aplicación ha de resultar acorde con la doctrina legal del Tribunal Constitucional sobre la materia, del mismo modo que la aplicación de la ley ordinaria ha de efectuarse de conformidad con la doctrina legal de la Corte Suprema[5].

[5] Cabe reiterar, conjuntamente con JOACHIM ROTH [1996: 119], que el objetivo principal del Tribunal Constitucional es velar precisamente por el orden constitucional, es decir, garantizar el respeto a la jerarquía de las normas, la legalidad de los actos públicos, así como defender los derechos fundamentales de la persona garantizados por la Constitución.

Como se sabe, la "función genérica" de la jurisdicción estriba en la resolución definitiva de los conflictos, intersubjetivos y sociales, mediante la aplicación del derecho objetivo. La jurisdicción, como señala MONTERO AROCA [MONTERO AROCA y otros 2003: 38], es la potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por los tribunales e integrada por magistrados independientes, y que consiste en la facultad de realizar el Derecho en el caso concreto, juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado. Su actividad se concreta en cuatro ámbitos: 1) en la protección de los derechos subjetivos, que, en el caso del Tribunal Constitucional, se circunscribe a la tutela de los derechos fundamentales; 2) en el monopolio en la imposición de las penas, privativo de la jurisdicción ordinaria; 3) en el control judicial normativo, que en el caso del Tribunal Constitucional descansa en el control constitucional de las normas con rango de ley y en el caso de la jurisdicción ordinaria, se residencia en el control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa; y 4) en la complementación del ordenamiento jurídico, que en el caso del Tribunal Constitucional es vinculante para los particulares y todos los poderes públicos, incluso al legislativo, que debe amoldarse a lo que establezca adecuando la legislación, y su doctrina abarca todos los sectores del Derecho.

La "función de complementación" significa que la doctrina legal no es una fuente directa sino una fuente subordinada a la ley, que solo se legitima *secundum* o *praeter legem,* nunca *contra legem.* Cuando la Jurisprudencia norma lagunas, lo hace con ocasión de la interpretación de la Constitución o de la ley, sin que pueda sustituirse la voluntad del constituyente o del legislador por la suya propia. Esa tarea de complementación se residencia, en el primer caso, en el Tribunal Constitucional y, en el segundo, en la Corte Suprema; pero, en ambos casos, su misión es la de unificar los criterios de interpretación de las normas mediante su doctrina legal, a fin de que la norma sea aplicada por igual. Un dato importante, que luego se analizará con mayor detalle, es que la función de complementación –tal como se ha glosado– no es reclamable en el proceso penal, porque en el Derecho Penal ha de regir, en su más estricto sentido, el principio constitucional de legalidad, aunque, claro está, sobre esa afirmación mucho ha de decirse y matizarse.

En orden a la Jurisprudencia Constitucional, a la fuerza vinculante vertical de los fallos del Tribunal Constitucional respecto de los tribunales ordinarios en general y de la Corte Suprema en particular, es de tener en cuenta los dos efectos que traen consigo las sentencias constitucionales

en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales: 1) la cosa juzgada, que en palabras de CALAMANDREI es la eficacia natural de toda sentencia e importa la declaración oficial de la certeza del derecho incierto o controvertido; y 2) los efectos generales o normativos vinculantes, que –siguiendo a CASAL HERNÁNDEZ [2004: 303]– consiste en la obligación de respetar y acatar lo establecido en las sentencias del Tribunal Constitucional, lo que comprende no sólo la observancia del mandato que tales decisiones puedan dirigir a alguna autoridad sino, también, el sometimiento de todos los organismos públicos a las consecuencias jurídicas del pronunciamiento.

Desde luego, lo que nos interesa es este segundo efecto, que es lo distintivo de la jurisdicción constitucional. Así tenemos, por ejemplo, que el artículo 52°, primer párrafo, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional del Perú (LOTC), estipula que "La sentencia del Tribunal vincula a los poderes públicos y tiene plenos efectos frente a todos" (cuya fuente se encuentra, como se sabe, en el § 31°. 1 de la BverfGG Alemana y que instaura la *Bindungswirkung*). El problema es más intenso y complejo cuando el Tribunal recurre a una sentencia interpretativa o aditiva, e introduce criterios paranormativos. En esa misma línea de "efectos generales", la primera disposición general de la citada LOTC prescribe que: "Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos"(6). Ello significa que el ordenamiento jurídico peruano se afilia al efecto vinculante de la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional, normativamente impuesto en las fuentes germana y española, así como en la legislación de Costa Rica y Venezuela, y, jurisprudencialmente, en la Argentina. El modelo italiano, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte de Casación, se afilia, sin embargo, al "valor persuasivo" de su jurisprudencia.

(6) Explica GONZÁLEZ RIVAS [1989: 37-38] que dicha norma, en primer lugar, tras señalar que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y establecer un mandato a los órganos judiciales de interpretar y aplicar las leyes en coherencia con los preceptos y principios constitucionales, ordena una interpretación de las leyes *secundum constitutionem* y, en este sentido, dentro de las variables de significación que el texto legal, sometido a examen, posee, el juez debe elegir aquel que sea más conforme con la Constitución. En segundo lugar, estipula unos módulos o cánones interpretativos que no sólo afectan a los preceptos sino, también, a los principios constitucionales, de ahí que los principios de la justicia, la igualdad o la dignidad de la persona humana puedan ser tenidos en cuenta como factores de valoración.

Aceptar el valor vinculante de la Jurisprudencia Constitucional importa, por lo menos, dos consecuencias jurídicas generales, de amplia irradiación en el funcionamiento de la jurisdicción ordinaria. La primera tiene que ver con el concepto de "doctrina constitucional", que, por cierto, es bastante amplio en los términos de la ley. Se refiere, en puridad, al conjunto de resoluciones, de todo tipo, dictadas por el Tribunal Constitucional en toda clase de procesos constitucionales bajo su competencia y cuyo objeto está radicado en la interpretación de preceptos y principios constitucionales, de suerte que para su debida aplicación habrá que acudir no al fallo o parte resolutiva sino a la *ratio decidendi* contenida en los fundamentos jurídicos de las resoluciones. La segunda se circunscribe a la fuerza de tal "doctrina constitucional". Se trata de una vinculación obligatoria, de carácter vertical, a toda la jurisdicción ordinaria, de modo tal que la jurisprudencia que habrá podido configurar, con anterioridad al fallo constitucional, debe corregirse a la luz de lo interpretado por el Tribunal Constitucional.

Enseña, al respecto, BOCANEGRA SIERRA [1982: 55 y 64], que este concepto de vinculación o *bindugswirkung* da lugar a lo siguiente: en primer lugar, reconoce que para que el Tribunal Constitucional pueda cumplir con su función de interpretar definitivamente la norma fundamental y garantizar, en consecuencia, la seguridad y la paz jurídica, se hace necesario adjuntar a la cosa juzgada una eficacia superior a dicho instituto; en segundo lugar, implica que la sentencia constitucional, por este efecto, alcanza no sólo a todos los órganos del Estado, sino que se concreta en las consideraciones jurídicas de la sentencia *(Tragende Gründe),* aunque no todas, sino las que han sido decisivas para la emisión del fallo; esto es, a la *ratio decidendi:* las razones que han sido especialmente relevantes, justificativas, para la adopción de la decisión concreta y sin las cuales el fallo no podría existir, por contraposición a los *obiter dicta.* Ello es así porque, si la función del Tribunal es la interpretación de los principios constitucionales, el concreto conflicto jurídico constitucional es solamente el motivo, la ocasión que la hace posible, y frente a cuya correcta interpretación y a su futura utilización uniforme por todos los órganos constitucionales, el concreto conflicto planteado posee, sin duda, una menor significación. Ello, en todo caso, obliga a concluir el reconocimiento de una vinculación de todos los órganos del Estado a las decisiones constitucionales mayor en relación con el mero pronunciamiento del fallo; y en tercer lugar, fuerza a concluir, para evitar el congelamiento de los desarrollos constitucionales futuros, que tal vinculación no tiene el carácter de vertical. Obviamente, siendo horizontal,

sólo puede tener un carácter flexible, de ahí que la ley debe conferir un mecanismo especial para posibilitar el apartamiento de la jurisprudencia anterior, aunque mediante procedimientos que eviten cambios inusitados que vulneren la seguridad jurídica. Esta es, precisamente, la función del artículo 55° LOTC, al estipular: "Cuando el Tribunal decida apartarse de la jurisprudencia constitucional precedente sentada por él, la resolución se adopta por no menos de seis votos conformes"(7).

El efecto vinculante *(Bindungswirkung)* de las sentencias constitucionales, que se traduce fundamentalmente en la aplicación de la regla del "precedente", permite, sin embargo, una delimitación de su contenido o alcance. Estimo, siguiendo a CASAL HERNÁNDEZ [2004: 318-321], que dos serían los límites necesarios para el adecuado funcionamiento de la justicia constitucional. En primer lugar, el precedente propiamente dicho comprende los criterios de interpretación de la Constitución (preceptos y principios) vinculados al caso decidido, pero que poseen un explícito alcance general que trasciende al del estricto precedente. Se trata de las razones básicas y necesarias que fundamentan el fallo, no las afirmaciones complementarias o tangenciales que se puedan exponer en los fundamentos jurídicos de este, ajenas al núcleo central del debate. El principio del *stare decisis,* por cierto, no impide la labor interpretativa de la jurisdicción ordinaria, a cuyo efecto la doctrina reconoce dos técnicas: la distinción y la aplicación estricta de la *ratio decidendi,* sin perjuicio del control ulterior de ambas técnicas por el Tribunal Constitucional.

En segundo lugar, es obvio que la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional de la legislación ordinaria no posee fuerza vinculante, aunque sí aquella interpretación constitucionalmente necesaria de una disposición legal o, en sentido inverso, acerca de la interpretación constitucionalmente excluida de un precepto legal, las que, por cierto, sí son vinculantes a la jurisdicción ordinaria.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán, en su sentencia del 10.6.1975, Sala Segunda, con suma prudencia acotó:

---

(7) Queda claro, y así lo entiende, por ejemplo, EGUIGUREN PRAELI [2002: 50-51], que la justificación de los efectos arriba descritos emana de la afirmación de que el Tribunal Constitucional cumple con interpretar los principios constitucionales, y es el conflicto jurídico constitucional concreto tan sólo el motivo para que entre al análisis e interpretación de la Carta constitucional.

> El efecto vinculante [de las decisiones del Tribunal Constitucional] se limita a la parte de los fundamentos de la sentencia, en los cuales se hace referencia a la interpretación y aplicación de la Ley [Fundamental]. Estos no se extienden a las explicaciones que tienen por objeto la interpretación de leyes ordinarias. La interpretación o aplicación de las leyes ordinarias es asunto de los tribunales especializados. El Tribunal Constitucional Federal, por el contrario, podrá determinar con efectos vinculantes los criterios y límites que se encuentran en el Derecho Constitucional para la interpretación de una ley ordinaria". [SCHWABE 2003: 5]

En igual sentido la Corte Constitucional Colombiana, en el auto 013/99, del 10.3.1999, acotó:

> (...) no todo lo expuesto en la parte motivo de las providencias (...) constituye jurisprudencia en sentido estricto (...) por ella ha de entenderse la existencia en decisiones anteriores de un sustrato de interpretación judicial que permite inferir criterios mínimos de alguna manera reiterados por la Corte en cuanto al alcance de las normas constitucionales aplicables y en lo relativo a la solución de controversias planteadas en los mismos términos.

Esta última decisión, empero, exige un elemento adicional para consolidar el efecto vinculante de una "línea jurisprudencial": la reiteración de fallos en el mismo sentido.

El profesor DE LA OLIVA SANTOS, en el amplio y complicado marco de las relaciones entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria, ha clarificado lo siguiente [1996: 9-53]:

> (1) Que las principales causas del problema, las zonas tangentes y secantes, resultan de la confluencia de tres factores: a) la extraordinaria amplitud de materias constitucionalizadas por la Ley Fundamental (que es un fenómeno típico del constitucionalismo de los últimos cincuenta años); b) la concreta configuración del objeto de los procesos constitucionales, en rigor del proceso de Amparo (en nuestro país incluimos el Hábeas Corpus, especialmente relevante en el ámbito del Derecho Penal y, propiamente, del Orden Jurisdiccional Penal) –que permite al Tribunal Constitucional enjuiciar directamente hechos y

decidir con carácter irrevocable sobre estos, revisando resoluciones previas de los jueces ordinarios–; y, c) la interpretación que pueda hacer el Tribunal Constitucional sobre el alcance de las normas procesales constitucionalizadas (v.gr.: en Perú, el artículo 139° constitucional). Ello, sin embargo, no oculta otras pautas de interrelación, tales como la multiforme función de aplicación directa y salvaguarda de la Constitución que incumbe a la jurisdicción ordinaria, lo que implica diluir muchísimo la separación entre la esfera de la constitucionalidad y la esfera de la mera legalidad.

(2) Que dentro de dichas causas o zonas tangentes y secantes está el punto relativo a la fiscalización constitucional de la "legalidad ordinaria" –en lo procesal y en lo sustantivo o material– por los órganos de la jurisdicción ordinaria. Hoy resulta claro que esa fiscalización:

a) Será posible y resulta necesaria –importando, v.gr.: exclusión de ciertas interpretaciones, imposición de otras, censura de la elección de la norma aplicable, etcétera–, siempre y cuando guarde relación de necesidad con el contenido del concreto derecho fundamental cuya violación se haya denunciado en el caso, esto es, cuando resulte insoslayable para el examen de una resolución judicial en tanto esta ha sido el origen inmediato y directo de la violación del derecho fundamental que se reputa vulnerado[8];

[8] Esta es en buena cuenta, como recuerda CÉSAR LANDA, el núcleo de la histórica sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 15.1.1958, recaída en el Asunto Lüth, al establecer: "El Tribunal Constitucional debe examinar si el Tribunal Civil ha juzgado con acierto el alcance y el efecto de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho Civil. Pero de ahí se deriva al tiempo el límite de su labor revisora: no es asunto del Tribunal Constitucional examinar en su integridad las sentencias del Juez Civil; sólo debe examinar el llamado "efecto de irradiación de los derechos fundamentales" sobre el Derecho Civil y hacer valer aquí también el contenido de valor de la norma constitucional" [LANDA 2003: 211]. El juez ordinario, en suma, no posee completa libertad para interpretar la ley, ya que debe acomodar esta a la Constitución [CANOSA USERA 2004: 160]. Pareciera que nuestro Tribunal Constitucional optó por una opción más limitada, y exigió la concurrencia necesaria de una vulneración de un derecho procesal constitucionalizado, pues tiene sentado que (...) la posibilidad de que mediante una resolución de la jurisdicción se lesione un derecho constitucional distinto a los estrictamente procesales (verbigracia, derecho de propiedad, contratación, asociación, etc.) y que frente a tal contingencia procedan las garantías, no es una tesis admitida por Derecho Procesal Constitucional peruano o por su doctrina, pues ello supondría que la garantía (llámese Hábeas Corpus o Amparo) estaría destinada a revisar directamente el fondo de los procesos respectivos, como si el proceso constitucional

b) No importa, aún bajo la invocación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el análisis de la corrección de la fundabilidad de una sentencia en concreto, salvo que ella afecte un derecho fundamental específico distinto de aquel;

c) Alcanza a la motivación de una sentencia, aunque puntualmente entendida como la exigencia de un razonamiento que ponga en relación el hecho concreto con la norma que se aplica, es decir, censurará aquella que impida toda posibilidad de conocer cuál ha sido el criterio que ha conducido al órgano judicial a adoptar la decisión en el sentido en que lo ha hecho; y,

d) Se extiende, limitadamente, a la prueba (reconstrucción de los hechos), en tanto ello no entrañe una valoración de la prueba o de los hechos objeto del proceso que importaría una sustitución de la valoración judicial por la del Tribunal Constitucional. Ello no se da, en primer lugar, cuando controla la existencia de actividad probatoria de cargo (existencia de prueba y que sea de cargo), y, en segundo lugar, cuando revisa si la actividad probatoria se produjo mediando graves infracciones jurídicas de diversa índole que jurídicamente hubiera de negarse valor a dicha actividad[9].

---

fuese en realidad una suprainstancia constitucional. Por ello, a menos de que lo que se vulnere por una autoridad jurisdiccional sea un derecho procesal con rango constitucional (debido proceso o tutela judicial efectiva) o una norma constitucional sustantiva que pueda tener implicancias procesales, no será viable el uso del proceso constitucional. La única excepción a dicha regla será la de la tutela de derechos constitucionales sustantivos, cuando los mismos son vulnerados como consecuencia de la violación paralela de derechos constitucionales de naturaleza procesal (...)" (STC del 26.10.1999, Exp. 189-99-AA/TC, Asunto Pesquera Rodga S. A.).

[9] Sin duda alguna, ingresar en la interpretación de la legislación ordinaria, aun cuando sea necesaria a los efectos de la protección de un derecho fundamental que se repute vulnerado, requiere de suma prudencia, por los problemas que puede generar con la Corte Suprema al defender sus fueros. En Italia, la dicotomía interpretativa que se produjo, en tanto la Corte de Casación se negó a seguir la interpretación realizada de las normas subconstitucionales por la Corte Constitucional, dio lugar a la doctrina del "derecho viviente". De conformidad con ella, la jurisprudencia reiterada y pacíficamente aplicada por los tribunales ordinarios, especialmente la que emana de las Salas de Casación, sobre la interpretación de las leyes, debe ser respetada por la Corte Constitucional, que se encuentra inhibida para darle una interpretación distinta. Esta doctrina, sin duda alguna, resulta razonable, aunque debe puntualizarse que el respeto a la jurisprudencia ordinaria sólo será factible si ella no entraña una vulneración a un derecho fundamental. El Tribunal Constitucional Peruano, en

El Tribunal Constitucional del Perú, por ejemplo, tiene sentada una jurisprudencia parcialmente conteste con lo que hemos expuesto. Así, ha establecido que no le corresponden las cuestiones de mera legalidad, que son materia de la jurisdicción ordinaria, mientras que no depende de ella, de manera directa, la realización del derecho fundamental demandado (STC del 20.8.2002, recaída en el Asunto Calcosta S.A., Exp. 649-2002-AA/TC, párrafo 7). También ha declarado que no puede ser dilucidada en sede constitucional la verificación o no de las objeciones procesales y probatorias o el cumplimiento de los requisitos procesales (STC del 29-5.2002, recaída en el Asunto Manuel Espinoza García, Exp. 899-2000-AA/TC, párrafo 2)[10].

Resulta interesante al respecto lo establecido por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en su sentencia del 7.12.1976, Sala Primera, dictada en un recurso de amparo contra una sentencia penal por delito de difamación. Precisó al respecto lo siguiente:

---

este ámbito, tiene expuesto, primero, que las acciones de Hábeas Corpus o de Amparo no tienen por objeto efectuar una evaluación de la interpretación del derecho que los jueces de la jurisdicción ordinaria puedan realizar en el ámbito de sus competencias exclusivas, pues tal tarea corresponde efectuarla al propio Poder Judicial, a través de las diversas instancias, habilitando para ello el ejercicio de los medios impugnatorios que el ordenamiento procesal prevé (STC del 29.3.2000, Exp. 1 31 6-99-HC/TC, Asunto César Peñalvá Mojonero); y, segundo, que, excepcionalmente, solo será posible la intervención del Tribunal Constitucional en aquellos supuestos de manifiesta inconstitucionalidad, en lo que ha de cuidarse de sobremanera no convertir al proceso constitucional en una suprainstancia jurisdiccional que se deriva en un pronunciamiento sobre el fondo de los procesos respectivos (STC del 1.10.2000, Exp. 678-99-HC/TC, Asunto José Luis Rengifo Asipali y otros).

[10] Tal vez, con mayor énfasis, en dos sentencias recientes, el Tribunal Constitucional ha puntualizado que no le incumbe la interpretación de la legalidad. Así, en la STC del 30.3.2004, recaída en el Asunto Nuevo Mundo Holding S. A., Exp. 1501-2003-AA/TC, párrafo 3, estipuló que "La afectación del principio de legalidad no es resoluble en sede de amparo, sino la acción [judicial ordinaria]". En la STC del 6.1.2003, recaída en el asunto Eduardo Calmell del Solar Díaz, Exp. 290-2002-HC/TC, párrafo 2, sancionó que "En innumerables oportunidades este Tribunal ha recordado que, en el ámbito de los procesos constitucionales como el Hábeas Corpus, no se ventilan cuestiones atinentes a la infracción de normas de rango legal, sino las referidas a la violación (o no) de derechos constitucionales". En otras dos sentencias, el Tribunal Constitucional se negó a controlar el juicio de hecho y el análisis probatorio realizados por el juez ordinario. Así, en la STC del 17.3.2003, Exp. 0220-2003-HC/TC, Asunto Enrique Eduardo Vildoso Benavides, acotó que es ajena a su competencia "(...) la revisión de juicios de reproche penal o la valoración del caudal probatorio que lo sustenta".

> [la sentencia penal] al ser proferida por un tribunal especializado competente, no es por antonomasia susceptible de revisión por un tribunal constitucional: la estructuración del proceso, la determinación y valoración de los hechos, la interpretación del derecho ordinario y su aplicación al caso individual, se encuentran excluidas en principio de una revisión por parte del Tribunal Constitucional Federal; sólo en caso de una violación del Derecho Constitucional específico puede conocer el Tribunal Constitucional Federal de un recurso de amparo. Se puede dar una violación de este tipo cuando no se tiene en cuenta la influencia de los derechos fundamentales en el Derecho Penal o en el Derecho Procesal Penal, o ésta se establece de una manera errónea. [SCHWABE, 2003: 7]

Queda claro, respecto de lo expuesto en el parágrafo anterior, que la fiscalización del Tribunal Constitucional se sitúa en la interpretación y aplicación de las dos clases de normas: las procesales y las materiales –actividad *in procedendo* e *in iudicando*– realizadas por los órganos de jurisdicción ordinaria. Lo primero, como consecuencia de la constitucionalización de las normas de esa naturaleza que ha llevado a cabo la Ley Fundamental; lo segundo, por la propia existencia de derechos constitucionales materiales.

El proceso de Amparo o de Hábeas Corpus, cuando se trata de acciones u omisiones del órgano jurisdiccional, explica PÉREZ TREMP [1985: 235-236], reconoce, en el Tribunal Constitucional, el juez último encargado de fiscalizar también la correcta aplicación –incorrecta aplicación o inaplicación– de las normas referidas a los derechos fundamentales por parte de los jueces ordinarios(11), aunque el alcance de una declaración de inconstitucio-

(11) Una resolución judicial, en los marcos del ordenamiento jurídico peruano, solo puede ser enjuiciada en sede constitucional en tanto que se alegue la vulneración de derechos constitucionales por el órgano jurisdiccional ordinario, y siempre y cuando la lesión a los mismos haya sido consecuencia de una manifiesta violación del contenido esencial al derecho al debido proceso (STC del 5.8.1999, recaída en el Asunto Julia Cornejo Barrionuevo, Exp. 534-99-HC/TC), esto es, cuando derive de un proceso irregular, sin que corresponda cuestionar el fondo de lo resuelto (STC del 21.6.2002, recaída en el Asunto Noel Jaimes Santillán, Exp. 781-2002-HC/TC). El proceso regular, a su vez, está inescindiblemente ligado al desarrollo normal y respeto escrupuloso de los derechos de naturaleza procesal: el de tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso: y, con ello, todos los derechos que lo conforman. En consecuencia, un proceso será irregular cuando se expidan actos que violen el derecho al debido proceso (STC del 20.6.2002, recaída en el Asunto César Humberto Tineo Cabrera, Exp. 1230-2002-HC/TC).

nalidad del proceder judicial debe estar sometida al principio de la máxima conservación de actuaciones procesales y de la mínima perturbación de los derechos e intereses de terceras personas. Esto último traduce no solo la posición de supremacía del Tribunal Constitucional, sino que explica que su labor no es la meramente negativa, es decir, de dejar sin efecto la actuación judicial inconstitucional; también posee una faceta, en sentido positivo, consistente en reinterpretar a la luz de la Constitución el acto judicial que produjo la violación, para su subsanación por el órgano de instancia.

Un problema derivado de la superioridad del Tribunal Constitucional estriba en determinar si existen remedios idóneos frente al manifiesto desconocimiento de la doctrina constitucional por los tribunales ordinarios. ¿Qué sucede si la justicia ordinaria no sigue la jurisprudencia del Tribunal Constitucional? Entiendo, en puridad, que no existe un derecho fundamental referido a la fuerza obligatoria del precedente constitucional, por lo que invocando esa infracción no puede abrirse paso la competencia objetiva del Tribunal Constitucional. Es claro, por lo demás, que la jurisdicción de la libertad no ha sido constituida para reparar infracción de preceptos o normas, sino vulneraciones de derechos fundamentales. Luego, dentro de una técnica jurisdiccional clásica, vinculada a la revisión, solo cabría abrir paso al amparo, siempre que esa concreta interpretación, que difiere de la expuesta por el Tribunal Constitucional, de lugar o importe una vulneración de un derecho fundamental, material o procesalizado, según el caso.

III. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA. DOS MODELOS DISTINTOS

En el derecho eurocontinental *(civil law)*, como ya hemos indicado, la vía necesaria para hacer efectiva la Constitución, cuyo supremo –no único– intérprete es el Tribunal Constitucional[12], ha sido, entre otras técnicas, la expresa configuración del precedente judicial, el *stare decisis*, es decir, la vinculación vertical de la jurisprudencia del Tribunal

[12] Subraya ABAD YUPANQUI [1995b: 217] que la característica esencial de todo Tribunal Constitucional es la de ser supremo intérprete de la Constitución, lo que no significa que sea su único intérprete, sino que, reconociendo la competencia de los demás órganos para hacerlo –por ejemplo, el Poder Judicial o el Legislativo–, la interpretación que el Tribunal acoja es la que ha de primar sobre los restantes órganos constitucionales.

Constitucional a todos los órganos del Estado, en especial del judicial (vinculación general)[13].

Ahora bien, ¿cómo se forma esa jurisprudencia vinculante?, ¿hace falta una reiteración de fallos constitucionales en un mismo sentido?, ¿se requiere de un mecanismo de publicación específico? En su caso, ¿cómo opera un cambio de la jurisprudencia constitucional?

Es evidente que el recurso al Derecho comparado, en tanto se sigue parcialmente el modelo asumido en nuestro país, de base germana, sólo nos permite una primera afirmación sólida: en materia constitucional, los fallos del Tribunal Constitucional, recaídos en cualquier proceso constitucional, son vinculantes al Poder Judicial. Las vías concretas en que opera esa vinculación sólo pueden determinarse en el concreto ordenamiento jurídico nacional.

La LOTC, artículo 56°, no exige, para la eficacia vinculante de sus fallos, que estos merezcan una decisión específica o expresa o, en todo caso, una votación determinada; sólo requiere su publicación en el diario oficial. A su vez, la ley de Hábeas Corpus y Amparo, en su artículo 9°, se limita a señalar que las resoluciones sobre esas materias sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general. Por último, el artículo 55° de la LOTC se circunscribe a establecer una votación calificada cuando el propio Tribunal Constitucional decide apartarse de la jurisprudencia constitucional precedente: seis de nueve votos conformes.

El reciente Código Procesal Constitucional peruano, aprobado mediante ley 28237, del 31.5.2004, que reemplaza a la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, en su artículo VII del Título Preliminar, circunscribe la obligatoriedad de su jurisprudencia a aquellas sentencias que así lo exprese el fallo, en cuyo efecto el Tribunal Constitucional debe precisar el extremo de su efecto normativo. Ello significa, en primer lugar, que no toda sentencia, más allá de su carácter genérico o que interprete una concreta institución jurídica de relevancia constitucional, debe ser considerada un precedente obligatorio; en segundo lugar, que el propio Tribunal Constitucional decide

[13] Distinta es, por ejemplo, la lógica colombiana. Si bien en la sentencia T-260/95, del 20.6.1995, señaló que los jueces deben atenerse a las pautas doctrinales trazadas por la Corte Constitucional Colombiana, en el Auto 013/99, del 10.3.1999, precisó que deben tratarse de criterios mínimos referidos a la interpretación de las normas jurídicas plasmados en fallos reiterados.

qué sentencia constituye precedente obligatorio y no los jueces ordinarios en atención a su propia consideración de existencia en el fallo de un principio de alcance general; en tercer lugar, que introduce una clasificación interna del valor de la jurisprudencia constitucional, entre obligatoria y disuasoria, determinada por el propio Tribunal Constitucional; y, en cuarto lugar, que el cambio de doctrina jurisprudencial, cuando el Tribunal Constitucional decide apartarse del precedente, desde un punto de vista formal requiere que en la nueva sentencia se expresen los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y, especialmente, se precisen las razones por la cuales se aparta del precedente (como se sabe, en concordancia con esto último, se exige una votación calificada, véase el artículo 55° LOTC).

Distinto es, en cambio, el caso de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Como ya se anotó, la pauta general del sistema del Derecho Romano Canónico fue entender que la Jurisprudencia solo es tal en la medida que se trate de varios fallos en un mismo sentido emanados del Supremo Tribunal. Sin embargo, esa regla ha sido matizada en el Derecho Peruano. Así tenemos:

(1) Que no todas las sentencias de la Corte Suprema –en rigor, de sus salas especializadas– constituyen jurisprudencia obligatoria. De conformidad con el primer párrafo del artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), solo lo serán aquellas ejecutorias que la propia Sala Especializada ordene publicar en el diario oficial cada trimestre y cuya escogencia estará determinada en función de los principios jurisprudenciales que puedan contener. Ello significa que existen dos clases de fallos del Tribunal Supremo: los clasificados para su publicación trimestral y "los otros", de suerte que los primeros constituyen precedentes obligatorios, y los otros precedentes, en todo caso, meramente disuasorios.

(2) Que esa "obligatoriedad" no es absoluta –con dispensa de la *contradictio in terminis*–, puesto que el segundo párrafo de la citada norma permite que, por excepción, un juez de cualquier instancia se aparte de dicho "criterio jurisdiccional", aunque formalmente debe invocar el precedente que decida apartarse y, a continuación, explicitar los fundamentos de tal opción(14).

(14) Este modelo fue antecedido por la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, y su Complementaria (leyes 23506, artículo 9°, y 25398, artículo 8°), que permitía al juez apartarse de la Jurisprudencia cuando de ella se desprenden principios de alcance general, siempre y cuando

Empero, existe el artículo 80° inciso 4 de la LOPJ, modificado por el artículo 2° de la ley 27465, que establece como atribución de la Sala Plena de la Corte Suprema no solo la sistematización y difusión de la jurisprudencia de las Salas de la Corte Suprema sino, también, la de "(...) disponer la publicación trimestral de las Ejecutorias que fijen principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales". Pareciera que, si la respectiva Sala Especializada de la Corte Suprema procede a la publicación trimestral de su propia jurisprudencia, la obligatoriedad de los principios que establezca no es absoluta, mientras que sí lo será si la publicación es dispuesta por la Sala Plena.

(3) Que, en el Orden Jurisdiccional Civil, la lógica normativa es otra cuando se trata de plenos casatorios o sentencias plenarias del Supremo Tribunal. Esta previsión normativa, por lo demás, es la que prima con arreglo a la vigésima tercera disposición final de la LOPJ, que instaura el principio de supletoriedad de las normas procesales de dicha ley. Estatuye el artículo 400° del Código Procesal Civil del Perú (CPC) que, si un fallo se adopta mediando un pleno casatorio, este constituye "(...) doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado", la que, al igual que toda sentencia casatoria, se publica en el diario oficial. Ello significa que una sentencia plenaria es siempre obligatoria y, por ende, todos los jueces deben seguirla imperativamente.

Tal institución no existe en el orden jurisdiccional penal. El Código de Procedimientos Penales no instauró el recurso de casación, tampoco definió lo que debe entenderse por Jurisprudencia Penal, ni previó las lógicas de su aplicación, por lo que en todo el ámbito de la actividad decisoria de la Sala Penal de la Corte Suprema rige lo dispuesto en la LOPJ. Empero, con la recientísima promulgación y publicación del

---

se fundamente inexcusablemente las razones de hecho y de derecho correspondientes, lo que se explica en el respeto a la independencia de criterio de los órganos jurisdiccionales. Es obvio, sin embargo, que, con la institucionalización del Tribunal Constitucional, tal posibilidad ya no es de recibo tratándose de la jurisprudencia emitida por ese Alto Tribunal (así se infiere, por lo demás, del artículo VII del TP del Cód. Proc. Const.). Ello por cuanto "la independencia del juez no puede significar libertad para interpretar la Constitución o las normas infraconstitucionales de manera distinta a la impuesta por el Tribunal Constitucional. La coherencia del sistema jurídico así lo exige. Y no cabe construir la independencia del juez contra esa unidad y coherencia de sentido de todo el Ordenamiento Jurídico" [CANOSA USERA, 2004:184].

nuevo Código Procesal Penal (decreto legislativo 957), se establece la sentencia plenaria que instituye la denominada "doctrina jurisprudencial" y que debe publicarse en el diario oficial. Dicha sentencia plenaria, con arreglo a lo dispuesto en la primera disposición final del CPC y por virtud del artículo 400° del citado Código, es de obligatorio cumplimiento por todos los jueces penales.

(4) Que, en los casos en que las Salas Especializadas de la Corte Suprema decidan apartarse de su jurisprudencia obligatoria, es decir, de aquellas en las que medió su clasificación y difusión trimestral, al amparo del primer párrafo del artículo 22° LOPJ, el cambio de criterio jurisprudencial solo tendrá operatividad cuando se publique en el diario oficial la decisión que lo instaure (no hace falta, claro está, que venza un trimestre para que opere el cambio jurisprudencial y su ulterior publicación).

Como puede observarse de lo expuesto, la posibilidad de una efectiva doctrina jurisprudencial a cargo de la Corte Suprema de Justicia se encuentra seriamente afectada por un deficiente, incoherente y plural tratamiento legislativo. Es claro que el Supremo Tribunal debe tener mucho cuidado en definir una concreta doctrina jurisprudencial, a cuyo efecto debe establecer, con precisión y con el máximo rigor jurídico, la *ratio decidendi* de sus fallos cuando importen la fijación de una determinada interpretación de una concreta institución jurídica[15]. Sin embargo, y aun cuando también es imperativa la adecuada publicidad de los fallos del Supremo Tribunal, no es de rigor exigir una votación calificada para la adopción de la doctrina jurisprudencial ni que esta se exprese cada trimestre. Asimismo, carece de rigor clasificar las sentencias casatorias en plenarias y no plenarias, otorgando a cada una un valor distinto en orden a su obligatoriedad, y menos conceder a los jueces de otras instancias la posibilidad de apartarse de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Las comunes exigencias de igualdad en la aplicación judicial de la ley y del adecuado control de la actividad jurisdiccional de los jueces *(nomofilaquia)* tornan imperativo el reconocimiento de la Jurisprudencia como fuente del Derecho.

---

[15] A esto se refiere, entre otros, GÜNTHER JAKOBS, cuando expresa que la Jurisprudencia tiene la misión de fundamentar sus sentencias a partir de la ley y de juzgar cada caso *sistemáticamente*. Esto último significa, en palabras del autor, lo que es relevante para lo que postulamos, que cada caso debe juzgarlo "(...) de modo adecuado axiológicamente a todos los demás casos posibles, incluidos aquellos que se esperan en el futuro" [1997: 127].

A esto último, como técnica adecuada de prevalencia del principio de unidad en la interpretación y aplicación judicial de la ley, sirve la vía recursal y, en concreto, la previsión de un motivo de casación cuando se vulnera la doctrina jurisprudencial. Así está configurado en el artículo 386° inciso 1 del Código Procesal Civil y en el artículo 429° inciso 5 del novísimo Código Procesal Penal (aprobado mediante Decreto Legislativo 957, del 29.7.2004), cuando prescribe que es causal para interponer recurso de casación: "5. Si la sentencia o auto se aparte de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional".

Existe una discusión, que en la actualidad tiende a reducirse, referente a si en la justicia penal es pertinente incluir la vulneración de la doctrina jurisprudencial como motivo específico de casación. En la base de la aceptación de este motivo casacional, en el ámbito civil, se encuentra –tal como ha sostenido GARBERÍ LLOBREGAT [1994: 289]– el hecho de que la existencia del Derecho Judicial se manifiesta no sólo en la concreción de estándares jurídicos o cláusulas generales abiertas, o en la realización de juicios de equidad en los supuestos legalmente admitidos sino, especialmente, en la integración de las lagunas del ordenamiento y en la superación de sus contradicciones. Se consideró, con un claro criterio decimonónico, desde BECCARIA –y que, por cierto, asumió FEURBACH para el Derecho Penal postulando la prohibición de la interpretación–, que ello no era posible en sede penal, pues la jurisprudencia no tiene capacidad creadora de tipos penales, y ni siquiera integradora de la propia ley. Empero, como aclara NIEVA FENOLL [2000: 147-148], si se toma en cuenta que las leyes precisan de su interpretación, y esta pueda ser realizada por el Tribunal Constitucional o el Tribunal Supremo, entonces es posible infringir un precepto legal en la medida en que el juez *A quo* haya contravenido la interpretación jurisprudencial de los Tribunales Superiores sobre ese precepto.

En este punto, es particularmente relevante la posición –que asumo– de BACIGALUPO ZAPATER [2002: 35/38, 43]. Dice el jurista español que el "orden jurídico" es algo más que un mero orden legal; que, amén de las leyes, están la Constitución, los valores jurídicos y los principios constitucionales, que debe aplicar e interpretar el juez penal; que las garantías criminal y penal no pueden ser entendidas de forma tan mecánica que anulen la libertad del juez para resolver, mientras que no cree nuevas figuras delictivas ni aplique penas no previstas en el ordenamiento, graduadas de acuerdo con reglas que también detrae de la ley, es decir, que se introduzcan cláusulas no escritas que operen contra el ciudadano; que, en suma, la aplicación de principios no explícitos en la ley es compatible con el principio de legalidad, mientras

que no lo es una aplicación literal de la ley que contradice los principios generales implícitos en ella; que la aplicación de la ley no solo no excluye su interpretación, sino que requiere una consideración referente a los valores fundamentales del ordenamiento jurídico, sin la cual esta no sería posible. Desde esta misma perspectiva, JAÉN VALLEJO [2002:20] anota que si el lenguaje es generalmente ambiguo y si el juez se ve obligado en muchos casos, a completar la norma mediante juicios de valor, las posibilidades interpretativas del juez son importantes; este es el caso, por ejemplo, de los elementos normativos de los tipos penales.

En tal virtud, si toda norma es interpretable[16] y si un valor del ordenamiento jurídico es la igualdad en la aplicación judicial de la ley, y si la interpretación de la ley le corresponde, finalmente, al Supremo Tribunal, la que haga por mor de los principios ya señalados (igualdad y nomofilaquia) debe tener fuerza vinculante, cuya vulneración amerita la viabilidad inmediata del recurso de casación[17].

---

[16] Enfatiza HANS HEINRICH JESCHECK [2002: 164-165] que toda norma jurídica requiere interpretación, lo que es válido también para el supuesto de un "tenor literal claro" puesto que el sentido jurídico de una disposición legal puede ser distinto de aquel que se deriva de la comprensión natural de un tenor literal aparentemente diáfano. Agrega el autor que "prohibir la interpretación significó nada menos que querer impedir a la realidad la creación de casos con relevancia jurídica en los que el legislador no había pensado, ordenando asimismo al juez el olvido de los precedentes judiciales que él mismo había sentado. Por ello, la cuestión únicamente puede residir en el modo de asegurar que la interpretación no socava la función garantista de la ley penal. Y esto sucede, precisamente, por medio de la aplicación de reglas de interpretación reconocidas de las que hasta cierto punto se deriva una vinculación del Juez".

[17] Una posición tradicional, contraria al valor de la Jurisprudencia, es la sostenida por PEÑA CABRERA. Dice el autor [1999: 198] que la Jurisprudencia "(...) no es fuente de Derecho Penal, ya sea en forma mediata que produzca de manera constante. La razón estriba en que las resoluciones judiciales de la Corte Suprema solamente tienen eficacia obligatoria en un caso concreto, negándose su valor como norma imperativa de carácter general a situaciones que sobrepasen ese caso concreto". Se olvida el distinguido penalista peruano, en este caso, lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial respecto a la jurisprudencia vinculante y, esencialmente, desde la teoría del Derecho, el papel de la interpretación en la aplicación judicial de la ley y en el sistema de fuente del derecho objetivo. Más cercano, aunque no coincidente con nuestro punto de vista es el sostenido por VILLAVICENCIO TERREROS [1990: 64], quien considera que la Jurisprudencia es una fuente de producción derivada, subordinada a la ley, en virtud de lo cual cumple un papel complementario, sin que las decisiones sean de aplicación general. Sin embargo, no solo interpreta la ley, sino que crea derecho, lo que sucede cuando llena de contenido diversas expresiones típicas (violencia, grave amenaza, negligencia), en cuyo caso los criterios que se adoptan son solo de probable aplicación.

IV. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y JURISDICCIÓN PENAL. DOS TEMAS ESENCIALES

El derecho penal se asienta en cuatro principios fundamentales, limitadores del *ius puniendi* estatal, que tienden a limitar el qué y el cómo castigar, para garantizar así los derechos individuales. Se trata de los principios de legalidad, de proporcionalidad, de culpabilidad y de resocialización. Estos principios penales y todo el cuerpo del Derecho Penal, de un lado, están incorporados en lo que se denomina el "Programa Penal de la Constitución", que está integrado por el conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales que constituyen el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponde aplicar. Por otro lado, más allá de ese programa, configura –juntamente con los principios generales de la Constitución y los concretos preceptos de la misma– el "Derecho Penal Constitucional", integrado por los valores superiores del ordenamiento jurídico, los preceptos que consagran derechos fundamentales (dignidad de la persona, justicia, libertad, etcétera), las normas que regulan conceptos del sistema penal (inviolabilidad e inmunidad de altos dignatarios, unidad jurisdiccional, conducción por el Ministerio Público de la investigación del delito, etcétera), y los preceptos sobre mandatos, prohibiciones y regulaciones que afectan directamente al Derecho Penal (proscripción de las penas y tratos inhumanos y degradantes, las normas de garantía de la libertad personal frente a la privación de libertad, etcétera) [ARROYO ZAPATERO 1996: 35-36].

En el marco actual del desarrollo de la Jurisprudencia Constitucional, en especial en el Perú, resultan de trascendental importancia los problemas que se derivan del principio de legalidad penal, que concreta la función de garantía de la ley penal[18], al que nos vamos a circunscribir en esta última sección. Por un lado, es de tener presente las dificultades que conlleva el subprincipio de determinación, certeza o taxatividad *(nullum crimen, nulla*

[18] Dice WESSELS [1985: 13], al respecto, que un hecho solo puede ser castigado si su "punibilidad" estaba "legalmente determinada antes" de su comisión; como tal, el principio de legalidad garantiza la protección del ciudadano contra el ejercicio y la extensión arbitrarios del poder penal estatal. En igual medida, TIEDEMANN [2003: 51] expresa que el sentido nuclear el principio de legalidad es el de garantizar la descripción legal de los tipos de delito, es decir, de injusto típico, y no transferir al juez del caso concreto la determinación de lo injusto.

poena sine lege certa); y, por otro lado, los problemas relativos al ámbito de la interpretación de los tipos penales con relación a la prohibición de analogía *(nullum crimen, nulla poena sine lege stricta)* y de la interdicción de resultados *in malam partem.*

Sin duda, el primer problema entraña una relación más estrecha entre el legislador y el Tribunal Constitucional, mientras que el segundo problema hace más evidente las vinculaciones entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria, en las que, por lo demás, se pone en tensión el ámbito de la jurisdicción ordinaria para interpretar las normas con rango de ley y la competencia del Tribunal Constitucional para advertir una posible interpretación que colinde con las exigencias constitucionales del principio de legalidad penal[19].

(1) La doctrina penalista ha precisado que la *Lex certa,* en cuanto subprincipio derivado del principio de legalidad penal, significa, por un lado, un rechazo a la analogía como fuente creadora de delitos –vinculada al juez–; y, por otro lado, una prohibición de las llamadas "cláusulas generales" *(Generalklauseln),* es decir, aquellas que no dan criterios de determinabilidad [BUSTOS RAMÍREZ 1994: 125-126]. Precisa MIR PUIG [2002: 112-113] que la *Lex certa,* en cuanto constituye un aspecto material del principio de legalidad que trasunta la exigencia de seguridad y garantía de dicho principio, impone un cierto grado de precisión de la ley penal y excluye la analogía en cuanto perjudique al reo. Este postulado de precisión de la ley, insiste el autor, da lugar al llamado "mandato de determinación", que requiere que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles (exigencia de tipicidad del hecho) y las penas que pueden acarrear (exigencia de un cierto "legismo" que limite el necesario arbitrio judicial).

---

[19] El principio de legalidad, enseña CLAUS ROXIN, distingue cuatro consecuencias o repercusiones, plasmadas en forma de "prohibiciones", de las cuales las dos primeras se dirigen al juez, y las dos últimas, al legislador: la prohibición de analogía, la prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena, la prohibición de retroactividad y la prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas. El Tribunal Constitucional del Perú hasta el momento no se ha enfrentado a una acción de Hábeas Corpus cuyo objeto procesal sea la infracción al principio de legalidad penal. En dos fallos ha señalado que su análisis requiere sentencia firme de la jurisdicción penal ordinaria (STC del 6.1.2003, recaída en el Asunto Calmell del Solar Díaz, Exp. 290-2002-HC/TC, párrafo 12; y, STC del 9.6.2003, recaída en el Asunto Luis Bedoya de Vivanco, Exp. 1076-2003-HC/TC, párrafo 2).

(2) Por otro lado, y con mayor rigor, la *Lex stricta,* dirigida al juez, significa prohibición de la analogía, en cuya virtud este no puede fundamentar la punibilidad o una agravante aplicando una ley a un caso similar al legislado pero no comprendido en su texto. La analogía prohibida, en todo caso, es la *in malam partem,* pues no puede reputarse vulnerada la legalidad penal cuando se favorece al imputado[20]. Ello nos lleva a la caracterización segura de los límites de la interpretación aceptable en el Derecho Penal [BACIGALUPO ZAPATER 1998: 77-79].

La interpretación, para ser considerada como tal, debe permanecer dentro de los límites del "sentido literal posible" del texto legal, a fin de evitar –en palabras de LUZÓN PEÑA [1995: 163]– el riesgo de inseguridad jurídica que podría suponer un exceso de una orientación objetiva de la interpretación si se centrara exclusiva o desmedidamente en la finalidad de la ley olvidando su tenor. En otras palabras, como explica HURTADO POZO [1987: 196, 201], hasta el extremo de la zona de penumbra (zona periférica o zona marginal) que rodea al núcleo connotativo de la expresión. Esta, sin embargo, no está predeterminada de manera natural y obvia, de suerte que, en todo caso, al juez le corresponde esclarecer el significado de la "formulación lingüística" concretada en la ley[21]. Ahora bien, como previene CASTILLO ALVA [2002: 189-191], saliendo al paso de algunas concepciones compatibilizadoras, la analogía, en tanto imprescindible forma de razonamiento del pensar humano, no puede estar excluida de un proceso tan complejo como la interpretación y aplicación de las leyes, y esto es más evidente cuando se interpreta utilizando el método teleológico [véase JAÉN VALLEJO 2002: 22]. Empero, no se trata de reducir la interpretación a la

---

[20] CONDE-PUMPIDO FERREIRO explica que "(...) en Derecho penal, se vienen distinguiendo dos clases de analogía: la analogía *in malam partem* o contraria a los intereses del reo, que es la que expresamente inadmite el principio de legalidad; y la analogía *in bonam partem* o favorable al reo, que se acepta como compatible con los intereses de la [interdicción de la] arbitrariedad. En definitiva se ha dicho que en la prohibición de la analogía *in malam partem* se trata de los límites del derecho a castigar, mientras que la analogía *in bonam partem* se refiere a la no imposición del castigo o a la imposición de un castigo menor. Es también, en el fondo, una consecuencia del principio de igualdad tratar del mismo modo favorable a supuestos en los que se haya igualdad de razón" [1997: 343-344].

[21] Por lo demás, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que las autoridades nacionales tienen la función de interpretar y aplicar el derecho interno (la interpretación, pues, es una actividad necesaria enraizada en la propia razón del derecho). Véase el STEDH, del 22.11.1995, Asuntos S.W. y C.R. vs. Reino Unido.

semejanza de casos o a la igualdad normativa –identidad de razón–, pues, en esencia, la analogía tiende a ampliar la aplicación de la ley y el derecho sobre la base de la existencia de casos semejantes; es su orientación el extender o proyectar el desarrollo de la ley.

Conforme aclara WESSELS [1985: 16], la interpretación tiene por objetivo la aclaración del sentido legal y, dado el caso, la adaptación de la ley a las exigencias y criterios nuevos del presente. En cambio, el objetivo de la analogía consiste en llenar las lagunas de la ley, ampliando y desarrollando un principio jurídico (nueva creación del derecho)[22]. Coincidiendo con JAÉN VALLEJO [2002: 24], es de puntualizar que dos serían los límites en esta materia; primero –el más importante y decisivo–, que resulta inadmisible una interpretación que contradiga el sentido natural de las palabras utilizadas, que choque con el texto legal; y, segundo, como mero dato indiciario, que la interpretación resultante no colisione con el consenso científico acerca de cuál es el límite del texto legal.

En relación con la *Lex certa,* el Tribunal Constitucional peruano en su emblemática sentencia del 3.1.2003, recaída en el Asunto Marcelino Tineo Sulca y otros sobre inconstitucionalidad de la legislación sobre terrorismo, Exp. 10-2002-AI/TC, postuló dos ideas centrales. La primera introdujo, en nuestro constitucionalismo, distintas tipologías de sentencias constitucionales. La segunda, analizando el tipo penal de terrorismo, consintió en la legitimidad de los tipos penales abiertos y de aquellos que contienen determinadas cláusulas indeterminadas.

Frente a la trascendencia nacional que implicaba un pronunciamiento sobre el íntegro de la legislación antiterrorista (párrafo 26), el Tribunal Constitucional reconocía la insuficiencia de una tipología de sentencias en meramente estimatorias y desestimatorias (párrafo 28), de ahí que, siguiendo lo aportado por el Derecho y la Jurisprudencia Comparados, identificó

---

[22] Por cierto, debe diferenciarse "analogía" de "interpretación analógica permitida". En este último supuesto, como explica certeramente URQUIZO OLAECHEA [2000: 106], la ley enumera o describe un término que denota un supuesto de hecho (conducta, bien, persona, relación jurídica, institución, etcétera) y deja expresamente la tarea al intérprete de desentrañar y adecuar los casos semejantes (análogos) a los descritos por ella (cláusula especial de analogía). En la interpretación analógica, enfatiza el autor, no se desborda el sentido literal posible porque éste aquí no existe; y en su lugar se describe o enuncia un caso de cierta amplitud, encomendándose al operador jurídico el determinar los supuestos que se semejan o parecen al señalado por la ley.

otras cuatro modalidades de sentencias constitucionales: las interpretativas, las aditivas, las sustitutivas y las exhortativas (aunque luego señala que la sentencia que emite es "estipulativa", en tanto que expone los conceptos, alcances y efectos de esta, de manera que, más adelante, ya no tenga que volver a explicarlos [párrafo 33 *in* fine]).

Las sentencias antes indicadas responden –a juicio del Tribunal Constitucional– a la necesidad de no crear vacíos legislativos o generar peores efectos que los que se podrían producir con la declaración de la inconstitucionalidad de una disposición legal (párrafo 33). También asumen el principio de conservación de la ley y afirman la necesidad de una interpretación conforme a la Constitución con el fin de no lesionar el principio básico de la primacía constitucional (párrafo 34).

Mediante las "sentencias interpretativas" se dispone que una disposición legal no es inconstitucional si es que esta puede ser interpretada conforme a la Constitución, en cuyo caso la disposición no se declarará inconstitucional en la medida en que se la interprete en el sentido que es conforme a la Constitución (párrafo 29). Mediante las "sentencias aditivas" se declara la inconstitucionalidad de una disposición en cuanto deja de mencionar algo que era necesario que se previera para que ella resulte conforme a la Constitución, de suerte que no se declara la inconstitucionalidad del precepto sino sólo de la omisión, de manera que, tras esa declaración, será obligatorio comprender dentro de la disposición aquello omitido (párrafo 30). Mediante las "sentencias sustitutivas" se declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte en la que prevé una determinada cosa, en vez de prever otra. Consecuentemente, la decisión sustitutiva se compone de dos partes: la primera declara la inconstitucionalidad de una parte del precepto legal y la segunda reconstruye el precepto dotándolo de un contenido diferente de acuerdo con los principios constitucionales vulnerados (párrafo 31). Mediante las "sentencias exhortativas", al advertirse una manifestación de inconstitucionalidad en un precepto legal, solo se declara su mera incompatibilidad y se exhorta al legislador para que, en un plazo razonable, introduzca aquello que es necesario para que desaparezca el vicio meramente declarado y no sancionado (párrafo 32).

Siendo así, en el fallo de la citada sentencia, en materia de Derecho Penal material, declaró: (a) inconstitucional todos los tipos penales de traición a la Patria –sentencia estimatoria–; (b) infundada la demanda respecto a los tipos penales de terrorismo, aunque, respecto al tipo penal de terrorismo

básico, precisó la interpretación conforme a la Constitución que era del caso adoptar por el Poder Judicial –sentencia interpretativa–; y, (c) exhortó al Congreso a reemplazar el régimen legal de la pena de cadena perpetua, fijando límites temporales a dicha pena, y a establecer las penas máximas a los tipos penales de terrorismo –sentencia estipulativa–.

El tipo penal de terrorismo básico, previsto y sancionado por el artículo 2° del Decreto Ley 25475, preceptúa:

> El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado (...).

Al respecto el Tribunal Constitucional incorporó cuatro interpretaciones, a mi juicio correctas, al citado tipo penal. Son las siguientes:

a) Que cuando el tipo penal dice "realiza actos", se refiere a la comisión de "delitos".

b) Que cuando el tipo penal dice "materias", esa palabra debe entenderse en conexión con "artefactos explosivos". Consecuentemente, la figura penal criminaliza tanto las "materias explosivas" cuanto los "artefactos explosivos", los que, a su vez, deben tener una entidad tal que resulten capaces de causar los siguientes efectos fijados en la norma: "estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado".

c) Que el tipo penal configura dos modalidades de acción típica (por error técnico –sin mayor relevancia en el presente caso– considera el medio típico como una modalidad típica). Por un lado, provocar, crear o mantener un estado de grave alarma social (en puridad, la exigencia de grave alarma social no es una modalidad de comportamiento típico sino el resultado de aquel, esto es, el efecto exterior de la acción diferenciable espacio-temporalmente [JESCHECK, 2002: 294]); y, de

otro, realizar delitos contra determinados bienes jurídicos básicos. BRAMONT-ARIAS TORRES [1997: 559-569] ve, en este ámbito, la presencia de dos modalidades de comportamiento típico, según se trate de bienes jurídicos individuales o colectivos: la primera, realizar actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridades personales o contra el patrimonio; y la segunda, realizar actos contra la seguridad de los edificios, vías o medios de comunicación o de transportes, etcétera, unidos por determinados medios típicos: los de carácter catastrófico. Pero, el elemento subjetivo (tipicidad subjetiva) también ha de considerarse: se trata de un tipo doloso y, como tal, debe entenderse en la dicción de la norma el vocablo "intencionalmente", lo que es compatible con el artículo 12 del Código Penal(23).

d) Que cuando el tipo penal dice "cualquier otro medio", si se analiza integralmente los medios típicamente relevantes, se entiende que debe tratarse de un medio que presente una equivalencia racional con "armamentos, materias o artefactos explosivos" y tenga un potencial referido solo a los casos de grave dañosidad.

El problema que plantea un tipo de sentencia como la presente, esto es, la interpretativa, en el ámbito del Derecho Penal es particularmente complejo, tanto porque el derecho penal está informado por el principio de legalidad estricta o de reserva de ley, de soberanía absoluta del legislador –con sus mandatos de configuración normativa expresa e inequívoca–, cuanto porque condiciona la actividad interpretativa del juez penal ordinario forzándolo a optar por una determinada opción hermenéutica, con lo que ello entraña para el principio de exclusividad jurisdiccional. Sin embargo, y de entrada, es claro que, hoy por hoy, como ya se anotó, el derecho objetivo no es solo el derecho legislado, y la interpretación de una norma debe tomar en cuenta no sólo los preceptos constitucionales sino, también, los principios y valores que ella entraña, situación que de por sí relativiza o, en todo caso, modula el propio concepto de legalidad penal o de reserva de ley.

(23) Este aspecto de fallo, creo, es el menos logrado, pues contiene errores dogmáticos en el análisis del tipo de injusto del delito de terrorismo, referentes a la identificación de los elementos típicos, dado que confunde el resultado exigido con la modalidad típica empero, tal defecto en modo alguno afecta el ámbito propiamente constitucional de análisis llevado a cabo. El artículo 12° CP prescribe: "Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley".

Las dudas que se expresan en el párrafo anterior, empero, más allá de la relativización de los conceptos de reserva de ley y de su interpretación, carecen de virtualidad, por lo menos en su concepción más estricta. Tres son las razones de este rechazo relativo. En primer lugar, como explica NUNES DE ALMEIDA [1998: 322], las sentencias interpretativas tienen su origen y fundamento en la aplicación jurisprudencial del principio de interpretación conforme a la Constitución(24). En segundo lugar, siguiendo a DÍAZ REVORIO [2003: 346], si se parte de la idea que el principio *nulla poena sine previa lege* constituye una garantía para el imputado, de suerte que no impide cualquier interpretación más favorable para él, entonces si una ley prevé un supuesto de hecho y una determinada sanción penal, y una sentencia constitucional reduce el ámbito de aplicación de dicha sanción o las consecuencias jurídicas desfavorables, tal fallo no afecta la legalidad penal, que es precisamente lo que sucede en este caso y que ha sido taxativamente destacado en los párrafos 67 y 74 de la sentencia(25). En tercer lugar, la interpretación que alcanza una sentencia de esas características es aquella estrictamente necesaria para consolidar una debida relación de la función judicial con el principio de supremacía de la Constitución, cuyo supremo intérprete es el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, sobre la base de la ponderación de los principios de primacía institucional del Tribunal Constitucional en la interpretación de la Constitución y de exclusividad jurisdiccional del poder judicial, cabe sostener –como en su día postuló la Corte Suprema Alemana–, que el Tribunal Constitucional no puede hacer otra cosa que conferir a la Corte Suprema la tarea de establecer el camino metodológico que haga posible que una

(24) Una advertencia muy clara, desde una perspectiva favorable a esta clase de sentencias, aun cuando se comprende lo delicado del tema en materia penal, es el realizado por ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA. Dicho autor, siguiendo a PIZZORUSSO, previene que, aun cuando se pueda hablar en estos casos de una labor legislativa complementaria a cargo de las Cortes Constitucionales, el elemento distintivo que no hay que perder de vista es que la evaluación que efectúa la magistratura constitucional no está ceñida a parámetros de oportunidad o de calidad, pues, de ser así, significaría la invasión de un campo o margen de acción propio del legislador [2003: 93].

(25) El párrafo 67 dice: "(...) [al adicionar el vocablo "intencionalmente"], con la finalidad de reducir los márgenes de aplicación del tipo penal, en realidad no crea nada, sino simplemente se limita a reducir los alcances del supuesto de hecho previsto en la ley penal (...). El párrafo 74 dice: "Tales pautas interpretativas (...), no afectan el principio de legalidad penal, pues se derivan de la propia formulación del precepto penal impugnado (...)".

determinada institución de Derecho Penal resulte coherente con los principios constitucionales [TIEDEMANN 2003: 27/28]. Desde esta perspectiva, la Corte Suprema puede, incluso ante una sentencia interpretativa del Tribunal Constitucional, elaborar y aplicar una interpretación propia y distinta –claro está, asumiendo los principios globales de relevancia constitucional–.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha definido el principio de legalidad penal, frente al cuestionamiento de la legislación sobre terrorismo, dotándolo de un amplio contenido, en concordancia con la doctrina científica sobre la materia. En efecto, señaló que dicho principio exige no sólo que, por ley, se establezcan los delitos (reserva de ley), sino, también, que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley –*Lex certa* o principio de determinación– (párrafo 45); que este principio, referido al supuesto de hecho de la ley, está dirigido al legislador para que dote de significado unívoco y preciso al tipo penal a los efectos de una subsunción judicial con relativa certidumbre, aunque tal exigencia, por las características de la propia naturaleza del lenguaje (ambigüedad, vaguedad, equivocidad), no importa una determinación absoluta, sino que tolera un cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según el caso (párrafo 46); que, sin embargo, el límite a esta relativa indeterminación se encuentra cuando ya no permite al ciudadano conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos, o cuando se utiliza un lenguaje tan confuso que un hombre de inteligencia normal tenga que averiguar su significado y difiera con los demás respecto a su contenido (párrafo 47); que, finalmente, el derecho penal admite la posibilidad de que existan tipos abiertos que, frente a la indeterminación, sobre todo de los conceptos valorativos, delegan al juzgador la labor de complementarlos mediante la interpretación (párrafo 49), siendo su límite la no inclusión del núcleo fundamental de la materia de prohibición y, por tanto, cuando la complementación ya no sea sólo cuantitativa sino, eminentemente, cualitativa (párrafo 51).

En esa misma perspectiva, URQUIZO OLAECHEA [2000: 71] expresa que el principio de determinación no puede ser comprendido como una exigencia de absoluta claridad y precisión en la descripción de la conducta prohibida; que puede aceptarse cierta vaguedad como consecuencia del empleo de fórmulas generales, pero la exigencia sigue reposando en la máxima taxatividad posible; que lo dicho también permite aceptar la formulación de los injustos penales que alberguen elementos descriptivos, normativos y valorativos.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán (BverfGE 48, 56) tiene sentado que no se debe extremar el mandato de la determinación de la ley, pues, de lo contrario, las leyes se tornarían excesivamente rígidas y casuísticas, y no se podrían adecuar a la evolución de la vida, al cambio de las situaciones o a las características especiales del caso concreto, de ahí que el derecho penal no puede renunciar a la utilización de conceptos generales que no pueden ser descritos formalmente con toda exactitud y que por esta razón necesitan en gran medida una interpretación judicial [JAÉN VALLEJO, 2002: 31][26].

Si bien el principio de legalidad penal permite cierto margen de libertad para que el juez ordinario pueda interpretar y adecuar las conductas a sus postulados, el gran problema queda, y entiendo que sólo puede definirse caso por caso, aunque el papel orientador está en manos de la ciencia jurídico-penal, más aún en nuestros países, que han adoptado un común sistema de la teoría del delito.

Sin duda alguna, por ejemplo y siguiendo la Jurisprudencia Constitucional Española, una intervención de la jurisdicción constitucional será viable cuando la justicia penal ordinaria desconozca llanamente la exigencia de tipicidad de una conducta (no lo será cuando el juez opte por una de las varias interpretaciones que permite la ley penal, así por la definición de si un delito es de peligro abstracto o de peligro concreto); cuando la interpretación judicial sea irrazonable por resultar imprevisible para sus destinatarios al apartarse de la posible literalidad del precepto o al utilizar pautas interpretativas y valorativas extravagantes; o cuando se haga uso de una aplicación analógica *in malam partem,* a cuyo efecto, entre otros, en la motivación del fallo se empleen modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica [JAÉN VALLEJO 2002: 25-28][27].

---

[26] El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la STEDH del 15.11.1996 recaída en el Asunto Cantoni vs. Francia, coincidiendo con lo expuesto precedentemente, estableció que la utilización de la técnica legislativa de las categorías deja a menudo zonas de penumbra en los límites de la definición; que por sí solas dichas dudas surgidas en casos límite no bastan para convertir a una disposición en incompatible con el artículo 7º (que reconoce el principio de legalidad penal), siempre que esta resulte suficientemente clara en la gran mayoría de los casos; que la función de decisión confiada a los órganos jurisdiccionales sirve precisamente para disipar las dudas que pudieran subsistir con respecto a la interpretación de las normas, teniendo en cuenta la evolución de la práctica diaria.

[27] Véase Sentencias del Tribunal Constitucional Español 232/1997, 42/1999, 49/1999 y 126/2001, respectivamente.

V. BIBLIOGRAFÍA

ABAD YUPANQUI, Samuel

1995a "La jurisdicción constitucional en la Carta peruana de 1993". En *Una mirada a los Tribunales Constitucionales*. Lima: Comisión Andina de Juristas/ Konrad Adenauer Stiftung, 1995.

1995b "El valor de la jurisprudencia constitucional en el ordenamiento jurídico peruano". En *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios II*. Lima: Comisión Andina de Juristas.

AGUILÓ REGLA, Joseph

2000 *Teoría general de las fuentes del Derecho*. Barcelona: Ariel.

ALZAMORA VALDEZ, Mario

1987 *Introducción a la ciencia del Derecho*. Lima: Eddili.

ARROYO ZAPATERO, Luis; y otros

1996 *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. Barcelona: Praxis.

ASENCIO MELLADO, José María

1997 *Introducción al Derecho Procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique

1998 *Principios de Derecho penal. Parte General*. Madrid: Akal/iure.

2002 *Justicia Penal y Derechos Humanos*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

BOBBIO, Norberto

1987 *Teoría general del Derecho*. Bogotá: Temis.

BOCANEGRA SIERRA, Raúl

1982 *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y María del Carmen GARCÍA CANTIZANO

1997 *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Lima: San Marcos.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan

1994 *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: PPU.

CANOSA USERA, Raúl

2004 "Dificultades para la articulación de la justicia constitucional y la jurisdicción ordinaria en España". En *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo I. Lima: Jurista Editores.

CASAL HERNÁNDEZ, Jesús M.

2004 "Cosa juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional". En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* décimo año, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung.

CASTILLO ALVA, José Luis

2002 *Principios de Derecho penal. Parte General.* Lima: Gaceta Jurídica.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido

1997 *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia,* tomo I. Madrid: Trivium.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés e Ignacio DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ

1996 *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales.* Madrid: Me Graw Hill.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier

2003 *La interpretación constitucional de la ley.* Lima: Palestra Editores.

Du PASQUIER, Claude

1983 *Introducción al Derecho.* Lima: Ed. Justo Valenzuela.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco

2002 "Efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional". En *Constitucionalismo y Derechos Humanos.* Lima: Grijley.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy

2003 *Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso.* Lima: ARA.

FIX ZAMUDIO, Héctor

1982 *La protección procesal de los derechos humanos.* Madrid: Civitas.

GARBERÍ LLOBREGAT, José

1994 *Apelación y Casación en el proceso penal.* Madrid: Colex.

GASCÓN ABELLÁN, Marina

1993 *La técnica del precedente y la argumentación racional.* Madrid: Tecnos.

GIMENO SENDRA, Vicente; Víctor MORENO CATENA y VALENTÍN CORTÉS Domínguez

2000 *Introducción al Derecho procesal.* Madrid: Colex.

GONZÁLEZ RIVAS, Juan José

1989 "El Poder Judicial y el Tribunal Constitucional". *Poder Judicial,* número especial XI, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

HARO, Ricardo

2004 "El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las Cortes y Tribunales Constitucionales". En *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano,* décimo año, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung.

HUERTA GUERRERO, Luis Alberto

2003 *Libertad personal y habeos corpus.* Lima: Comisión Andina de Juristas.

2004 *La jurisdicción constitucional en el Perú en el2003-* Lima: Comisión Andina de Juristas.

HURTADO POZO, José

1987 *Manual de Derecho Penal Parte General.* Lima: Eddili.

JAÉN VALLEJO, Manuel

2002 *Justicia penal contemporánea.* Lima: Editorial Librería Portocarrero.

2003 *Derecho penal aplicado.* Madrid: Colex.

JAKOBS, Günther

1997 *Derecho penal. Parte General.* Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

JESCHECK, HANS Heinrich

2002 *Tratado de derecho penal. Parte General.* Granada Comares.

LANDA ARROYO, César

2003 *Tribunal Constitucional y Estado de Derecho.* Lima: Palestra Editores.

LÓPEZ GUERRA, Luis

2001 *El Poder Judicial en el Estado Constitucional.* Lima: Palestra Editores.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel.

1995 *Curso de derecho penal. Parte General,* I. Madrid: Universitas.

MIR PUIG, Santiago

2002 *Derecho penal. Parte General.* Barcelona: Editorial Reppertor.

MONROY CABRA, Marco Gerardo

2004 "Necesidad e importancia de los Tribunales Constitucionales en un Estado social de Derecho". En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* décimo año. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung.

MONTERO AROCA, Juan y otros

2003 *Derecho Jurisdiccional I. Parte General.* Valencia: Tirant lo Blanch.

NIEVA FENOLL, Jorge

2000 *El hecho y el derecho en la casación penal.* Barcelona: J.M. Bosch Editor.

NUNES DE ALMEIDA, Luís

1998 "Portugal". En *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa* actual/Barcelona: Ariel.

ORTECHO VILLENA, Víctor Julio

1994. *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales.* Trujillo: Fondo Editorial de la Universidad de Trujillo.

PEÑA CABRERA, Raúl

1999 *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* Lima: Grijley.

PÉREZ TREMP, Pablo

1985 *Tribunal Constitucional y Poder Judicial.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ROTH, Joachim

1996 "El control constitucional función vital para preservar el Estado de Derecho y consolidar la democracia constitucional". En *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios* III. Lima: Comisión Andina de Juristas.

RUBIO CORREA, Marcial

2001 *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

SCHWABE, Jürgen (comp.)

2003 *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán.* Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Íbáñez/ Konrad Adenauer Stiftung.

STRATENWERTH, Günter

1982 *Derecho Penal. Parte General, I.* Madrid: Edersa.

TIEDEMANN, Klaus

2003 *Constitución y Derecho penal.* Lima: Palestra Editores.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco

1989 "Poder Judicial y Tribunal Constitucional". *Poder Judicial,* número especial, 11, Madrid.

URQUIZO OLAECHEA, José

2000 *El principio de legalidad.* Lima: Gráfica Horizonte.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe
1990 *Lecciones de Derecho penal. Parte General.* Lima: Cultural Cuzco.

WESSELS, Johannes
1985 *Derecho Penal. Parte General.* Buenos Aires: Depalma.

El control constitucional de la subsunción normativa realizada por la jurisdicción penal ordinaria (*)

SUMARIO: I. Introducción. **II.** Resolución judicial y proceso de HC o Amparo. **III.** La garantía de legalidad penal y su control constitucional. **IV.** Conclusiones Provisionales. **V.** Bibliografía básica.

I. INTRODUCCIÓN

Entre los sensibles problemas que trae consigo la presencia de una jurisdicción de la libertad en relación con la jurisdicción penal ordinaria, especialmente, cuando –como en el Perú– la primera está básicamente encargada a un órgano jurisdiccional propio, que traduce jurídicamente el principio de separación orgánica entre ambas jurisdicciones, se encuentra sin duda alguna el aspecto vinculado a la delimitación competencial, a la competencia material –utilizando categorías procesales–, de lo constitucional –a cargo del Tribunal Constitucional– y de lo estrictamente legal –a cargo del Poder Judicial en general y de la Corte Suprema en particular–. Ello,

(*) Ponencia presentada en el Primer Seminario del Centro de Estudios Constitucionales "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia penal, con especial referencia a los delitos de corrupción de funcionarios", Centro Cultural PUCP, Lima, 30 mayo al 1 de junio de 2005.

por sobre todo, en un ámbito muy difuso –de zonas tangentes y secantes, al decir de DE LA OLIVA [1996: 9/53] – debido a lo siguiente: 1) a la extraordinaria amplitud de materias constitucionalizadas por la Ley Fundamental; 2) a la forma cómo se ha configurado el proceso constitucional de Hábeas Corpus –que le permite enjuiciar directamente hechos y decidir con carácter irrevocable sobre los mismos, revisando incluso resoluciones judiciales–; y 3) a la interpretación que pueda hacer el Tribunal Constitucional –en adelante, TC– sobre el alcance de las normas procesales constitucionalizadas.

Sin embargo, más allá de estas dificultades, que ahora enfrentaremos en orden al principio de legalidad penal –tema de nuestra ponencia–, consideramos indispensable señalar algunas notas características de la función del Tribunal Constitucional en relación con la jurisdicción penal ordinaria. Destaco las tres siguientes:

1. La competencia que la Ley Fundamental entrega al TC en los ámbitos que ella define siempre es superior. El TC es el supremo intérprete de la Constitución, la más importante de todas las normas jurídicas del Estado, que fija los valores superiores del Ordenamiento Jurídico. Como tal, el TC es el encargado de precisar los alcances de la Constitución en todos los ámbitos de funcionamiento del Estado, incluido el Poder Judicial.

2. Como órgano jurisdiccional supremo, encargado de la defensa e interpretación de la Constitución, las decisiones que emite tienen –más allá de la cosa juzgada, según lo dispuesto en el art. 6° del Código Procesal Constitucional [en adelante, CPConst.]– efectos normativos vinculantes o de carácter general [vid.: art. 52°, Primer Párrafo, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; y, en especial, art. VI *in fine* TP CPConst.]. Respecto al marco de las decisiones del Poder Judicial, se tiene la 1ra. Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional –en adelante, LOTC–, en cuya virtud las sentencias constitucionales inspiran la interpretación de las normas jurídicas que aplican los jueces. Esto es lo que denomina AGUILÓ REGLA la técnica del precedente o del *stare decisis* [2000: 101/122].

3. Este valor vinculante importa dos consecuencias jurídicas generales: a) el conjunto de decisiones del TC crean doctrina constitucional, y para su debida aplicación habrá que acudir no al fallo o parte resolutiva sino a la *ratio decidendi* contenida en los fundamentos jurídicos, no a

los *obiter dicta;* y, b) la vinculación es obligatoria, de carácter vertical, a toda la jurisdicción ordinaria, de modo que la jurisprudencia de esta última debe amoldarse a lo decidido por el TC.

Es de aclarar, sin embargo, que con arreglo al art. VIII TP CPConst., no toda decisión tiene este efecto normativo vinculante. Sólo la tiene cuando así lo exprese la sentencia y en el extremo que fije. Esta norma, sin duda, limita –o, en todo caso, circunscribe– lo dispuesto en el art. 52°, Primer Párrafo, LOTC.

II. RESOLUCIÓN JUDICIAL Y PROCESO CONSTITUCIONAL

Dicho lo anterior, corresponde precisar cuál es el ámbito del control constitucional sobre las decisiones judiciales en general. El art. 200° de la Ley Fundamental, aparentemente, es muy claro: los procesos de Habeas Corpus y de Amparo proceden "...contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o personas, que vulnera o amenaza..." un derecho reconocido por la Constitución. Ello significa, desde luego, que un juez –siendo una autoridad o funcionario– puede lesionar o poner en peligro un derecho constitucional, por lo que –en principio– las decisiones que emita pueden ser cuestionadas vía proceso constitucional de la libertad: Hábeas Corpus o Amparo.

Sin embargo, la permisión constitucional no es total o amplia, tiene límites normativamente configurados en la propia Ley Fundamental. Tratándose de resoluciones judiciales la propia Constitución establece un ámbito concreto al poder de revisión del juez constitucional en su actuación en la denominada "jurisdicción de la libertad". Estatuye el artículo 200°. 1 *in fine* de la Constitución que no procede el Amparo –y por extensión razonable, el Hábeas Corpus– cuando se trata de "...resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular".

Esta norma recoge una determinada opción, instaura en buena cuenta un límite a la competencia material del Orden Jurisdiccional Constitucional. Asume, a no dudarlo, la tesis permisiva restringida o restrictiva moderada, en cuya virtud sólo se puede cuestionar en amparo la vulneración de aquellos derechos constitucionales de naturaleza procesal, no de carácter material. Los primeros, como se sabe, están referidos al sí y al cómo de la sentencia, mientras los segundos al qué de la sentencia [DE LA OLIVA, 2002: 118].

El ámbito de lo propiamente procesal de la institución, como canon de legitimidad del control de la jurisdicción constitucional, está claramente apoyado por la doctrina nacional [por todos: SÁENZ ÁVALOS, 2005: 127]. Es de destacar que el art. 4º CPConst., como señala ABAD YUPANQUI, sustituye la expresión "procedimiento regular" por la más rigurosa en sentido técnico de "tutela procesal efectiva", circunscripta a dos nociones definidamente procesales: tutela jurisdiccional y debido proceso. A este respecto, la fuente jurisprudencial estaría en la STC Nº 3283-2003/AA, DEL 15.6.20004, Asunto Taj Mahal discoteque y otros, que como hemos expuesto sólo comprende derechos procesales. Estos, a su vez, como precisa la STC Nº2940-2002-HC, del 30.1.2003, Asunto Ramón Campos Esparza, tienen que ver con el inicio, tramitación y conclusión de una causa (la STC Nº 612-1998, del 9.4.1999, hace mención a una categoría jurídica más difusa: "los principios procesales").

La interpretación del citado artículo 200° Const., sin duda, es fuente de profundos conflictos, que, por lo demás, no creo que cesen en un futuro cercano. La Jurisprudencia, reflejando estos inevitables conflictos, presenta matices, que es del caso resaltar muy someramente.

La STC 1230-2002/HC, del 20.6.2002, Asunto Tineo Cabrera, recoge una noción estricta de la tesis permisiva restringida. Señaló: 1) que el concepto "proceso regular" está inescindiblemente ligado al desarrollo normal y respeto escrupuloso de los derechos de naturaleza procesal: el de tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso y, con ello, todos los derechos que los conforman; y, 2) el procedimiento irregular, susceptible de Hábeas Corpus, tiene lugar cuando en un procedimiento jurisdiccional se expidan actos que violen el derecho al debido proceso.

Empero, otros fallos acogen la concepción de origen estadounidense del doble ámbito de significación del derecho al debido proceso: el material y el formal –las citas de la obra de Juan Francisco LINARES es siempre automática, sin análisis de fuentes y sistemas jurídicos, para aquellos seguidores de esa concepción–[1]. Lo primero está referido o apela a los principios

[1] Señala este autor: "Con la fórmula debido proceso legal (*Latu sensu*) nos referimos a ese conjunto no sólo de procedimientos legislativos, judiciales y administrativos que deben jurídicamente cumplirse para que una ley, sentencia o resolución administrativa que se refiera a la libertad individual sea formalmente válida (aspecto adjetivo del debido proceso,), sino también para que se consagre una debida justicia en cuanto no lesione indebidamente cierta

complementarios de razonabilidad y conexión entre los hechos evaluados, el derecho invocado y el resultado –en forma de sentencia– obtenido, el cual debe estar acompañado de principios de certeza, oportunidad, legitimidad y justicia [CASTILLO CORDOVA: 2004: 147][2]. Existen documentados, por lo menos, siete fallos dictados entre julio de 2002 a abril de 2003, siendo de citar tal vez como emblemático, por su vinculación con la jurisdicción penal ordinaria, la STC N° 538-2003-HC, del 27.3.2003, Asunto Polay Campos. Algún procesalista nacional, sin prever lo expansivo del término y su proyección al qué de la sentencia, aboga por esa concepción mixta del debido proceso [vid.: BUSTAMANTE ALARCÓN, 2001, 162: 343], al que ha seguido, sin cuestionamiento o matiz alguno, un constitucionalista [vid.: EGUIGUREN PRAELI, 2002: 211/212][4].

El debido proceso sustantivo o material –como concepto jurídico más bien indeterminado– es una institución que no forma parte de la ciencia procesal eurocontinental, del derecho romano germánico ... ni siquiera, como lo ha recordado MONTERO, la propia noción "debido proceso". Cabe significar, como punto de partida, que la Constitución se refiere al procedimiento –que si se entiende técnicamente desde el Derecho procesal, al decir de ASENCIO, constituye llanamente la sucesión de actos que desarrollan el órgano jurisdiccional y las partes para el fin de la aplicación del Derecho–; o, incluso, por extensión, al proceso en estricto sentido –que igualmente es de definir, según acota GIMENO, como el instrumento que tiene el Poder

---

dosis de libertad jurídica presupuesta como intangible para el individuo en el Estado de que se trate (aspecto sustantivo del debido proceso) [1970: 11/ 12].

[2] La fuente anglosajona del *due process of law,* como recuerda LANDA ARROYO, entendida como debido proceso sustantivo, se concretó a la protección de los ciudadanos contra las leyes contrarias a los derechos fundamentales, pero cuando se incorporó al constitucionalismo latinoamericano matizó sus raíces y se extendió a la necesidad de que las sentencias sean valiosas en sí mismas, esto es, que sean razonables [2004: 195]. BIDART CAMPOS, en este mismo sentido, señala, en primer lugar, que el debido proceso sustantivo, es un principio material o de contenido, que viene a exigir a las leyes un contenido razonable –se opone a lo arbitrario y remite a una pauta de justicia–; y, en segundo lugar, que la Corte Suprema argentina extendió el principio de razonabilidad a toda actividad del poder, en cualesquiera de sus ámbitos *y* funciones, sea la administración o la jurisdicción [1984: 108].

[3] Un autor nacional [MESÍA RAMÍREZ, 2005: 102/103] circunscribe la tutela procesal, a que hace referencia el artículo 4° del Cód. Proc. Const., a los derechos procesales nucleados alrededor de los derechos a la tutela judicial y al debido proceso, que es una concepción propia de la tesis permisiva moderada o restrictiva.

Judicial para resolver los conflictos que ante sus órganos se les planteen, y desde su contenido, como primera nota esencial, el conjunto de derechos constitucionales de incidencia procesal, posibilidades, obligaciones y cargas, que asisten a los sujetos procesales como consecuencia del ejercicio del derecho de acción y de la interposición de la pretensión–. Ambas instituciones, integrantes del Derecho procesal, no se refieren al contenido del fallo judicial, a lo que propiamente se decida o disponga; sólo exige –claro está– por su propia derivación procesal que la resolución judicial no adolezca de "defectos intrínsecos esenciales", vinculados a la ausencia de motivación –se incluye la falta de claridad y la contradicción interna– y de incongruencia(5).

Desde esta perspectiva, creo, que el art. 4º CPConst. se orienta a la concepción unidimensional del debido proceso formal. Esta norma exige, en primer lugar, que la decisión judicial sea firme y, ahora, también definitiva. Cabe puntualizar como fuente que, por lo menos, en dos fallos, el TC señaló no sólo la exigencia de firmeza de la decisión, sino que –más en concreto– cuando se cuestiona de uno u otro modo la tipicidad del hecho objeto del proceso penal adicionó el requisito de definitividad, esto es, que ha de esperarse que la sentencia tenga el carácter de definitiva (véase SSTC 290-2002/HC, del 6.1.2003, Asunto Calmell del Solar Díaz; y, 1076-2003/HC, DEL 9.6.2003, Asunto Bedoya de Vivanco). En segundo lugar, tratándose de HC, requiere el cumplimiento de dos requisitos: 1. Que el juez vulnere dos derechos constitucionales: la libertad individual y la tutela procesal efectiva, y 2. Que la vulneración sea evidente. El juez, en su resolución judicial, no sólo ha de infringir el derecho a la tutela procesal efectiva: art. 139º inciso 3 de la Constitución, sino que al hacerlo también, concurrentemente, debe lesionar o poner en peligro la libertad individual(6).

---

(5) En este ámbito resulta esencial precisar, conjuntamente con CORTÉS DOMÍNGUEZ, que las resoluciones judiciales pueden estar viciadas 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 [1996: 336]. Sin duda, el control constitucional vía acción de Hábeas Corpus sólo puede incidir en los vicios de actividad, de definido ámbito procesal.

(6) Pareciera orientarse en esa dirección ESPINOSA SALDAÑA BARREDA cuando dice: "La Ley 28237 también habilita la posibilidad de interponer Hábeas Corpus contra resoluciones judiciales firmes (...) que vayan contra la libertad personal. Ello como consecuencia de un proceso dentro del cual no se haya respetado la tutela procesal efectiva" [2004: 127]. En un trabajo anterior, el mismo autor no sólo precisa que en el Perú no se

La noción "tutela procesal efectiva" ha sido utilizada por el Tribunal Constitucional en varias sentencias y, según creo, lo hizo como sinónimo de debido proceso formal. Como quiera que la Constitución hace mención diferenciada al derecho a la tutela jurisdiccional y al derecho al debido proceso[7], como garantías procesales genéricas, la diferencia aún con fines didácticos se encuentra en que el derecho a la tutela jurisdiccional, siendo un derecho que comporta una protección eminentemente procesal, absolutamente independiente del derecho alegado, y en tanto derecho complejo tiene cuatro manifestaciones concretas:

(a) el derecho de acceso al proceso;

(b) el derecho a una resolución fundada en derecho –que el juez motive su resolución respecto al juicio histórico en relación a lo que fluye del propio proceso, que implica censura de la incongruencia omisiva o *ex silentio*, y que el marco de decisión sea el derecho objetivo, juicio jurídico, lo que desde luego puede tratarse de una sentencia procesal si no se cumplen los presupuestos procesales o las formas esenciales del procedimiento; ello no entraña, como resalta DE LA OLIVA, el derecho a una sentencia jurídicamente acertada, pues ello excede el derecho a la tutela, lo que puede hacerse si la Constitución lo permite en los marcos de otro derecho, siempre fundamental o de una libertad pública–;

(c) el derecho a la ejecución de lo resuelto; y,

(d) el derecho a los recursos legalmente establecidos.

El derecho al debido proceso, en cambio, y vista la configuración de nuestra propia Constitución, comprende otros ámbitos. Requiere, según expresa GIMENO, que el proceso esté a cargo de un juez legal imparcial o predeterminado por la ley, y que el proceso mismo deber ser respetuoso de los principios de contradicción, igualdad de armas, acusatorio en lo

---

ha hecho mayor diferencia entre debido proceso y tutela judicial efectiva, tampoco se tiene una clara determinación sobre los alcances de la noción "debido proceso", aunque parece entender que acoge una noción exclusivamente procesal de esa institución [2003: 148].

[7] Opinión contraria, postulando la sinonimia de debido proceso y derecho a la tutela, es la mantenida por RUBIO CORREA [2005: 195]. De igual manera, TRUJILLO WÜRTTELE. [2003: 276]. EGUIGUREN PRAELI, siguiendo al español GÓNZALES PÉREZ –por lo demás, no seguido por la doctrina procesalista española–, acota que uno de los elementos de la tutela judicial efectiva es el derecho a que se observe un debido proceso [2002: 210].

penal, así como el derecho al silencio y no autoincriminación, asistencia letrada, conocimiento previo de la imputación, derecho a utilizar la prueba pertinente, y otros [2004: 243], sin perjuicio de incorporar el *ne bis in idem* procesal y la interdicción de las dilaciones indebidas(8). Las normas vulneradas en ese ámbito deben ser de jerarquía constitucional, para lo cual habrá de revisar el listado amplísimo de garantías específicas que contiene nuestra Ley Fundamental y, como enfatiza MONTERO, las que incorporan los Pactos Internacionales, no explicitados en la Constitución [1991: 37](9).

En consecuencia, está expedita la vía del proceso constitucional –Hábeas Corpus o Amparo– siempre que un juez vulnere las normas procesales constitucionalizadas, nucleadas alrededor del derecho a la tutela jurisdiccional y al derecho al debido proceso, y a partir de esa infracción lesione o ponga en peligro la libertad individual de las personas. La vulneración, lesión o puesta en peligro concurrente de ambos derechos constitucionales, además –prescribe el CPConst.–, debe ser evidente. Esto último es una noción propia del Derecho probatorio, y hace mención a lo que a BRICHETTI [1973: 16/17] precisó como la existencia de una prueba que inmediatamente, esto es, *prima facie*, persuada al juez de su correspondencia con la realidad(10).

III. LA GARANTÍA DE LEGALIDAD PENAL Y SU CONTROL CONSTITUCIONAL

Ambos temas ya han sido abordados por el Tribunal Constitucional. El primero tiene un contenido general y está dirigido fundamentalmente al legislador ordinario.

---

(8) Mayores precisiones en SAN MARTÍN CASTRO, 2004: 96/101 y 104/108.

(9) El debido proceso, apunta MONTERO, es una garantía general de la actividad jurisdiccional a partir de la cual pueden ampararse en ella garantías concretas que, por la circunstancia que fuere, no quedaron incluidas de modo expreso en la Constitución; empero, no toda infracción de la ley procesal ordinaria supone violación de la garantía genérica constitucionalizada, pues si así se pretendiera se estaría elevando a rango constitucional todas las normas del Código Procesal Penal (Ibidem).

(10) El TC ha traducido esta expresión como "transgresión manifiesta", "lo absolutamente irregular", "lo esencialmente atentatorio al debido proceso": STC 1332-2000-HC, del 19.1.2001, y 670-1996-AA, del 25.5.1998. Vid.: CASTILLO CÓRDOVA, 2004:69/70. Otro autor (DONAYRE MONTESINOS, 2005: 163), lo define como "lo claro e indiscutible". No es un problema de claridad conceptual, sino de claridad fáctica, de certeza probatoria –sin lugar a dudas– de la vulneración constitucional.

La garantía de legalidad penal está prevista en el art. 2° inciso 24, literal d de la Const., en cuya virtud: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley".

Esta garantía ha sido definida, con mucho rigor, en la emblemática STC 10-2002/AI, del 3.1.2003, Asunto Marcelino Tineo Sulca y otros, que incorpora, por lo menos, dos manifestaciones de esta garantía: (1) reserva de ley o *lex scripta* –la ley es la única fuente del Derecho Penal, excluyéndose el Derecho Consuetudinario para fundamentar la punibilidad, así como la reglamentación de la ley vía Decreto Supremo–, y (2) exigencia de determinación o *lex certa* –como prohibición de cláusulas generales, lo que significa que el legislador debe estructurar la ley de modo que contenga todos los presupuestos que condicionan la pena y determinen la consecuencia jurídica; el núcleo de lo admisible es que el tipo legal contenga el núcleo fundamental de la materia de prohibición (párr. 35 STC N° 10-1002/AI, del 3.1.2003)–.

Los dos subprincipios citados están dirigidos fundamentalmente al legislador, aunque es obvio que un juez puede vulnerarlos cuando castigue una conducta sobre la base de una disposición consuetudinaria o de una norma que no tiene rango de ley, o cuando en la definición de lo penalmente prohibido y sancionable –en aquellos supuestos que la ley utilice elementos normativos o cierto grado de generalización del texto legal– llegue a resultados incompatibles con lo que el texto y un coherente sentido interpretativo, socialmente aceptable, establezca; lo último, sin duda, es un canon de razonabilidad.

Además, la garantía de legalidad penal comprende otros dos subprincipios: (3) la *Lex praevia* (vid.: art. II TP CP), referida a la retroactividad de la ley penal, como tal sólo requiere la existencia de una ley previa: la norma ha de ser anterior al hecho delictivo [así ha sido incorporada en la STC 2488-2002/HC, del 18.3.2004, Asunto Villegas Namuche]; y, (4) la *Lex stricta* o prohibición de la analogía *in malam partem* entendida como aplicación de la ley por el juez a un caso similar al legislado pero no comprendido en su texto (vid.: arts. 139° inciso 9 de la Const., y III TP CP).

El primer subprincipio no sólo prohíbe al legislador que dicte normas penales materiales para que rijan hechos ocurridos con anterioridad a su promulgación y publicación, también se extiende al juez prohibiéndole que

sancione o decida situaciones jurídicas en base a normas no vigentes cuando los hechos, salvo el caso de las normas más favorables (vid.: art. 103°, II Párrafo, Const.); el segundo subprincipio conlleva una prohibición dirigida exclusivamente al juez: las lagunas de punibilidad no puede integrarse aplicando la analogía u otro mecanismo de integración jurídica.

Un resumen general de la doctrina del TC, muy a tono con la explicación formulada por BACIGALUPO–, que se recoge en el presente texto–, se encuentra en el párr. 2 de la STC 2758-2004/HC, del 23.11.2004, Asunto Bedoya de Vivanco(11).

El Problema clave se presenta cuando se trata de controlar constitucionalmente la labor del juez ordinario en orden a la garantía de legalidad penal. Sobre la base de lo anteriormente expuesto, esto es, de lo que dispone la concordancia de los arts. 200° Const. y 4° del CPConst., es pertinente la siguiente pregunta:

¿Cuál es el ámbito del control vía proceso constitucional de HC o Amparo en su caso?

La respuesta jurisprudencial se encuentra en la STC 2758-2004/HC, del 23.11.2004, Asunto Bedoya de Vivanco. Aquí se discutió si se cumplían los presupuestos de una figura penal determinada: el tipo penal de complicidad de peculado por un *extraneus*. Allí se dijo lo siguiente:

a) Que la legalidad penal se extiende al control de una decisión judicial frente a los supuestos de creación judicial de delitos o faltas y sus

(11) Esta concepción del denominado principio de legalidad es prácticamente unánime en la dogmática del Derecho penal. Son cuatro sus consecuencias al decir de JESCHECK: 1) "Exclusión del Derecho Consuetudinario", que en buena cuenta consagra la reserva de ley en materia penal; 2) "Interpretación de las disposiciones penales", prohibiendo la analogía, salvo la in bonam partem; 3) "Determinación de la ley penal": los tipos penales deben poseer una redacción lo más exacta posible que evite la remisión a conceptos extensivos, amenazar con consecuencias jurídicas inequívocas y contener tan solo marcos penales de envergadura limitada; y, 4) "Prohibición de retroactividad", que responde a la idea de seguridad jurídica –las otras responden a la noción de legitimación democrática de las leyes penales–, y supone que una acción que en el momento de su comisión era impune, no puede ser declarada posteriormente punible, e implica también la exclusión de que pueda ser castigada posteriormente con una pena más grave caso de que ya fuera punible [2002: 142/1479].

correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos.

b) Que el análisis de la justicia constitucional no es equiparable al que hace el juez penal, citando al respecto –como base de su procedencia– la sentencia Tineo Cabrera circunscrita al debido proceso legal, pero añade que por regla general la tipificación penal y la subsunción de las conductas ilícitas no son ni deberían ser objeto de revisión en sede de proceso constitucional, citando la STC Español 104/1985.

c) Que esta excepcionalidad tendrá lugar cuando el juez se aparte del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores – Canon de Razonabilidad [¿Esa es la diferencia entre cuestiones de relevancia constitucional y cuestiones de mera legalidad ordinaria?]. No habrá vulneración alguna si el Juez penal, dentro de las alternativas que ofrezca la dogmática penal, utiliza para la sanción la concepción que considere más adecuada.

Esto último, como acota TIEDEMANN consagra una opción ya clásica de la jurisdicción constitucional, por lo demás oportuna y adecuada: ésta no debe afectar las categorías y construcciones del Derecho penal ordinario, aunque claro está las categorías que éste ha construido: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad son abiertas, aunque en modo limitado, a la valoración y a la influencia jurídico constitucional [2003: 37,62].

Llama la atención que la referida sentencia no cite en su apoyo, aunque asuma su texto, dos STC Español, las números 133/87 y 137/87. En esas sentencias, como acota BACIGALUPO ZAPATER, el Tribunal Constitucional Español, en el ámbito de la *Lex stricta,* señaló que la razonabilidad en la interpretación judicial habrá de ser analizada desde las pautas axiológicas que informan el texto constitucional y desde modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica; así como que son rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan el ordenamiento constitucional– conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisible para sus destinatarios [2004: 140].

IV. CONCLUSIONES PROVISIONALES

Los comentarios, a modo de conclusiones provisionales, que podemos formular son los siguientes:

1. Es claro que el modelo español de control constitucional de las resoluciones judiciales es el "permisivo amplio" [Cfr.: ABAD, 2004: 288]; consecuentemente, no es de recibo citar –sin el deslinde respectivo– decisiones del Tribunal Constitucional Español, en tanto que nuestra Constitución expresamente asume el modelo "permisivo restrictivo". Desde esta perspectiva, resulta dudoso por decir lo menos revisar en sede constitucional el contenido de la propia decisión judicial, juzgar la propia justicia del fallo del juez penal ordinario, pues rebasaría el ámbito del sí y el cómo de la sentencia –ínsito al concepto tutela jurisdiccional– para introducirse en el qué de la misma. Incluso ha dicho el propio Tribunal Constitucional Español –STC 24/1999, de 15.2.1999– que sólo le corresponde analizar si una concreta interpretación judicial supone una lesión a un derecho fundamental, pero en virtud de la vulneración de ese derecho, y no de la tutela judicial(12). Por consiguiente, no forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional que se dicte una sentencia jurídicamente acertada.

2. Por lo demás, incluso en España no es por todos aceptada la doctrina jurisprudencial del TCE respecto a la revisión del fondo de las resoluciones judiciales, –si ésta presenta defectos de juicio de relevancia constitucional material– aún con el límite fijado en la comentada STC Bedoya de Vivanco, que asume la doctrina legal del citado Tribunal Constitucional Español. Como dice DE LA OLIVA, ingresar al fondo del asunto en esos casos implicaría obstaculizar de modo casi insal-

(12) La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha identificado debido proceso legal con derecho de defensa procesal –o debido proceso formal– situándolo en el artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos, independizándolo de otros derechos reconocidos en la misma Convención –son sólo requisitos que deben observarse en las instancias procesales (OC-9/87, 6.109.1987)–. En la OC-16/99, del 1.10.1999, y en el Asunto Genie Lacayo, SCIDH del 6.10.1997, párr. 74, señaló lo siguiente: 1) Que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia, a lo cual contribuyen el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto debido proceso legal; y, 2) Que esto último [sólo] abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial [Cfr.: HUERTA GUERRERO, 2003: 10/11].

vable la determinación del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, a la vez que haría sumamente complicada la labor del TC [2002:434]. Recuérdese que por mandato constitucional y legal, a partir del tantas veces mencionado art. 4° CPConst., lo que el TC puede revisar tratándose de decisiones judiciales –límite que, por cierto, no rige para el control de decisiones de otras autoridades– es la vulneración del derecho a la tutela procesal y el derecho al debido proceso.

3. La razonabilidad es, en buena cuenta y sin perjuicio de lo ya expuesto –como deduce RUBIO CORREA de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional–, el principio utilizado por éste para "limitar" el control a la justicia ordinaria o la injerencia en sus decisiones definitivas. A través de este principio, se exige que los actos que los sujetos realizan frente a los hechos y circunstancias cumplan el requisito de ser generalmente aceptados por la colectividad como una respuesta adecuada a los retos que presenta la realidad frente al actuar humano jurídicamente relevante. Este principio requiere, pues, una justificación lógica de la decisión adoptada [RUBIO CORREA, 2005: 242/247]. En igual sentido se pronuncia, por ejemplo LINARES, quien siguiendo a la jurisprudencia estadounidense y argentina, acota que una solución que se dicte en el proceso debe ser razonable, esto es, adecuada a la controversia planteada.

4. Si esto es así, cabe reiterar sin embargo –más allá de tratarse de un ámbito de análisis muy especializado y, en el sector de la tipificación penal, específico o circunscripto– que este control, que implica analizar el fondo de una decisión judicial, más allá de sus buenas intenciones, no tendría cobertura en el ámbito de los derechos a la tutela jurisdiccional y al debido proceso.

V. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

ABAD YUPANQUI, SAMUEL: *El proceso constitucional de amparo,* 1ra. Edición, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

ACUILÓ REGLA, JOSEPH: *Teoría General de las fuentes del Derecho,* Ariel Derecho, Barcelona, 2000.

AGURTO WÜRTTELE, MARISELA: "El derecho a la tutela judicial efectiva y el amparo constitucional contra resoluciones judiciales". En: AA.VV.: La Constitución y su defensa, Ed. Grijley, Lima, 2003.

ASENCIO MELLADO, José María: *Introducción al Derecho Procesal,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: *Derecho Penal - Parte General,* Ed. Ara Editores, Lima, 2004.

BIDART CAMPOS, Germán: *La Corte Suprema - El Tribunal de las Garantías Constitucionales,* Ediar, Buenos Aires, 1984.

BRICHETTI, Giovanni: *La evidencia en el Derecho Procesal Penal,* Ed. EJEA, Buenos Aires, 1973.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *Comentarios al Código Procesal Constitucional,* Ara Editores, Lima, 2004.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y otros: *Derecho Procesal Civil,* Ed. Colex, Madrid, 1996.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otro: *Tribunal Constitucional, Jurisdicción Ordinaria y Derechos Fundamentales,* Mc Graw Hill, Madrid, 1996.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros: *Derecho Procesal - Introducción,* 2da. Edición, Ed. Ceura, Madrid, 2002.

DONAYRE MONTESINOS, Christian: *El Hábeas Corpus en el Código Procesal Constitucional,* Jurista Editores, Lima, 2005.

EGÜIGUREN PRAELI, Francisco: *Estudios Constitucionales,* Ara Editores, Lima, 2002.

ESPINOSA SALDAÑÁ BARREDA, Eloy: *Código Procesal Constitucional, Proceso contencioso administrativo y derechos del administrado,* Ed. Palestra, Lima, 2004.

ESPINOSA SALDAÑA BARREDA, Eloy: *Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso,* Ara Editores, Lima, 2003.

HUERTA GUERRERO, Luis alberto: *El debido proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Comisión Andina de Juristas, Lima, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho Penal - Parte General,* Ed. Comares, Granada, 2002.

LANDA ARROYO, César: *Teoría del Derecho Procesal Constitucional,* Ed. Palestra, Lima, 2004.

LINARES, Juan Francisco: *Razonabilidad de las leyes,* Ed. Astrea, Buenos Aires, 1970.

GIMENO SENDRA, Vicente: *Introducción al Derecho Procesal,* 2da. Edición, Ed. Colex, Madrid, 2004.

MESÍA RAMÍREZ, Carlos: *Exégesis del Código Procesal Constitucional,* Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

MONTERO AROCA, Juan y otros: *Derecho Jurisdiccional, tomo III, Proceso Penal,* Bosch, Barcelona, 1991.

RUBIO CORREA, Marcial: *La interpretación constitucional según el Tribunal Constitucional,* PUCP Fondo Editorial, Lima, 2005.

SÁENZ DÁVALOS, Luis: "Las innovaciones del Código Procesal Constitucional en el proceso constitucional de amparo". En: *Introducción a los procesos constitucionales* - Tomo I. Jurista Editores, Lima, 2005.

SAN MARTÍN CASTRO, César: *Derecho Procesal Penal,* II Tomos, Ed. Grijley, Lima, 2004.

TIEDEMANN, Klaus: *Constitución y Derecho Penal,* Ed. Palestra, Lima, 2003.

Control difuso en materia penal

SUMARIO: I. El control difuso. **II.** Constitución y Derecho Penal. **III.** La Corte Suprema y la supremacía constitucional.

I. EL CONTROL DIFUSO

1. Sistema de control constitucional

Nuestra Constitución Nacional –en adelante, CN– consagra un sistema mixto de control de la constitucionalidad de las normas; en pureza, una coexistencia de dos sistemas en un mismo entramado normativo, que no se cruza ni se opone en lo esencial. Incorpora tanto el control difuso, a cargo del Poder Judicial, y el control concentrado, a cargo del Tribunal Constitucional –en adelante, TC– [GARCÍA BELAUNDE]. Si bien ambos coexisten, en tanto el TC es el órgano de control de la Constitución (artículo 201° de la CN), es obvio que, finalmente, la interpretación que realiza de lo constitucional tiene absoluta primacía sobre lo que en un momento pudo resolver el Poder Judicial, tal como está legalmente previsto en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional –en adelante, TP CPConst–. Así lo ha establecido el TC en la sentencia Royal Gaming SAC del 2/2/2006 (Exp. N° 4227-2005-AA/TC), que decidió que cuando el TC declara constitucional una norma con rango de ley queda proscrita la utilización del control difuso de constitucionalidad de normas por el Poder Judicial.

2. Concepto

¿En qué consiste el control difuso? Este modelo, que nació en 1803 con la famosa sentencia Marbury vs. Madison de la Suprema Corte Federal estadounidense, que a propósito de un proceso o *writ of mandamus* –en el que William Marbury, un juez de paz del distrito de Columbia, demandó al secretario de Estado, James Madison, porque no le expedía o sellaba el título producto de un nombramiento realizado por la Administración anterior en las postrimerías de su mandato (precisamente John Marshall cuando era Secretario de Estado del presidente Adams, que luego entró en conflicto con el nuevo Presidente Jefferson)– declaró la inconstitucionalidad del capítulo 13 de la Ley Judicial de 1789 [RIVERA SANTIBÁÑEZ], consiste en que un juez del Poder Judicial, en los marcos de un proceso jurisdiccional, inaplica una norma de derecho positivo –con rango de ley– por estimar que es opuesta a la Constitución, es decir, invoca la denominada "cláusula de supremacía" o principio de supremacía constitucional; asume la validez jurídica del brocardo *lex superior derogat inferior*. Su fuente nacional más remota se encuentra en el artículo 10° de la CN de 1856; luego desarrollada por el Código Civil de 1936 y la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ– N° 14605, y ratificada por el artículo 236° de la CN de 1979, que a su vez fue desarrollada por el artículo 14° de la actual LOPJ, dictada durante la vigencia de la CN de 1979.

A raíz de lo dispuesto por el artículo 138°, segundo párrafo, CN vigente –en concordancia con el artículo 51° de la CN–, el TC en la sentencia Triplay Iquitos, del 16/10/2002 (Exp. N°499-2002-AA/TC), estatuyó que esa atribución solo la tienen los órganos jurisdiccionales (TC, Poder Judicial, Jurado Nacional de Elecciones) –no la tiene, por cierto, el Tribunal Fiscal–. El TC ha precisado, por lo demás, que el mismo puede hacerlo en los procesos de jurisdicción de la libertad (sentencia Portillo Manrique del 30/6/1997, Exp. N° 165-96-AA/TC, doctrina reiterada en la sentencia aclaratoria Castillo Chirinos, del 7/8/2006, Exp. N° 2730-2006.AA/TC). La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema –en adelante, SCS– en la Ejecutoria Suprema del 27/2/1996, estipuló que cuando en un proceso constitucional un juez inaplique una norma, no es del caso que se eleve en consulta, en función de la característica y espíritu de urgencia y celeridad de ese tipo de procesos, de tutela urgente (creo, más bien, que el motivo

esencial es que, por imperio del artículo 202°.2 de la CN, en esos procesos la última palabra la tiene el TC, que interviene a través del Recurso de Agravio Constitucional según el CPConst).

3. Naturaleza jurídica

La sentencia Gamero Valdivia, del 6/8/2002 (Exp. N° 1109-2002-AA/TC) (ratificada por la sentencia Zavala Guzmán del 25/3/2004, Exp. N° 2737-2002-AA/TC) adelanta, por lo menos, dos ámbitos referidos a la naturaleza jurídica de esta institución procesal constitucional: (1) es un "poder-deber" de los jueces –ello porque la supremacía constitucional o jerarquía de normas, sancionado por el artículo 51° de la CN, es un principio esencial del ordenamiento jurídico que los jueces deben garantizar– (ídem: STC del 21 /7/2005, sobre Ley N° 28658, de equiparación de arresto domiciliario con detención preventiva, Exp. N° 19-2005/PI/TC); y, (2) es un "acto complejo" en función de sus presupuestos –no simple– en la medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado.

4. Notas esenciales del control difuso

Son las seis siguientes [CASTAÑEDA OTSU]:

(1) Es difuso o disperso. Compete a todos los jueces, de cualquier categoría y orden jurisdiccional –incluso los militares– en las causas cuyo conocimiento les corresponde. Ese cometido, empero, se acentúa en la SCS por imperio del artículo 14° de la LOPJ que instituye el instituto procesal de la consulta, circunscrita a las normas con rango de ley.

(2) Es reparador. Es posterior a la entrada en vigor de la ley. Esta se revisa una vez promulgada y publicada.

(3) Se ejerce por vía de acción o de excepción. Solo en el curso de un proceso jurisdiccional, en vía de acción o de excepción (no solo de sentencias, sino también de autos, que es el caso de las Ejecutorias Supremas –en adelante, Ej. Sup.– del 29/11/2002 y 11/12/2002, que declararon inconstitucional el artículo 51 del Código Penal,

modificado por la Ley N° 26832). Se requiere de una controversia entre partes con intereses jurídicos contrapuestos y propios para la dilucidación jurisdiccional.

(4) Relevancia de la norma cuestionada. La norma debe tener una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso (sentencia Centro de Conciliación del Cono Norte del 21/4/2003, Exp. N° 765-2003-AA/ TC). La declaración judicial se origina en función de un conflicto de intereses concreto. No hay una declaración abstracta o contingente sobre la constitucionalidad de la ley; no es –como dicen los alemanes– un proceso objetivo en el que las partes no adoptan la posición procesal estricta de recurrentes.

(5) Inconstitucionalidad evidente. La norma cuestionada resulta incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a intepretarla de conformidad con las cláusulas constitucionales. Así lo dispone la segunda Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

(6) Efecto "inter partes" de la resolución emitida. Solo rige para las partes que han intervenido en el proceso del que deriva. Los jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma en cuestión, para el caso concreto, sin afectar su vigencia. Ahora bien, solo podrá tener efecto general y de ese modo acercarse al modelo concentrado, cuando la SCS invoca el artículo 22° de la LOPJ y decide instituirla como obligatoria, en función de los principios jurisdiccionales que contiene –la *ratio decidendi*–. Digo que se "acerca" al modelo concentrado no solo porque en este el TC declara sin efecto la norma cuestionada (artículo 204° de la CN) –que no es el caso de la inaplicación propia del modelo difuso–, sino porque las Ejecutorias Vinculantes pueden ser objeto de desvinculación por los jueces y tribunales explicando los motivos de su decisión –lo que es imposible en el modelo concentrado–.

5. Procedimiento de la inaplicación normativa

Ha sido regulado por el artículo 14° de la LOPJ. Esta norma no solo reconoce que ese "poder-deber" es ejercido por cualquier juez del PJ en el marco de un proceso jurisdiccional de su competencia, sino que: (1) se ejerce al momento de fallar el fondo del asunto; y (2) la inaplicación debe elevarse en consulta a la SCS.

Es de aclarar, en primer lugar, que el fallo sobre el objeto procesal puede ser realizado tanto al resolver el fondo del asunto de una sentencia en un proceso cuyo objeto puede ser un litigio entre particulares (civil o laboral), entre particulares con el Estado (contencioso administrativo) o uno de carácter penal (penal o tutelar) –a eso se denomina en "vía de excepción"–, así también cuando se demande en la vía ordinaria, vale decir, cuando se incoe una pretensión propiamente constitucional, que no quiso plantearse en vía de tutela urgente –a eso se denomina en "vía de acción"–. Pero no solo eso, sino que la decisión consultada puede ser una sentencia, que es el vehículo más común, que incluye los sobreseimientos –resoluciones equivalentes–, así como cuando se emitan autos que, de uno u otro modo, incidan –directa o indirectamente– sobre el objeto procesal; sería el caso, por ejemplo, de una excepción, de una medida provisional o limitativa de derechos.

En segundo lugar, toda resolución que inaplica una norma con rango de ley –salvo el caso de normas de inferior jerarquía– requiere de la consulta. La consulta persigue la revisión de la decisión judicial por la SCS, sin cuya sentencia la resolución emitida no causa ejecutoria; su objeto es controlar si el derecho –en este caso los artículos 51° y 138°, segunda parte de la CN– fue debida y justamente interpretado y aplicado, de ahí que no rige el límite recursal representado por el principio de interdicción de la *reformatio in peius*. Es un imperativo legal con carácter obligatorio, instituido en función de que los valores en juego son de los máximos en la escala: principio de supremacía constitucional y garantía del valor seguridad jurídica. Rige supletoriamente el artículo 409° del Código Procesal Civil –en adelante, CPC–. La resolución de la SCS se expide dentro de los cinco días de vista la causa, no procede informe oral, durante la tramitación de la consulta los efectos de la resolución quedan suspendidos.

Ahora bien, es preciso puntualizar que la consulta, en virtud de que la inaplicación normativa es excepcional y de última ratio –véase artículo 408° inciso 3 y parte *in fine,* CPC–, procede solo cuando no corresponde una impugnación contra esa resolución. Se dispone la consulta en defecto del recurso pertinente, cuando se ejerció y el Tribunal Superior insistió en la inaplicación, o cuando no cabe un recurso, ordinario o extraordinario, contra la resolución de inaplicación, es decir, una vez ejercido el derecho al recurso devolutivo respectivo se inaplica la norma; o cuando, sencillamente, no se interpone recurso alguno.

Lo expuesto obliga a una interrogante. Si la inaplicación la realiza una Sala de la Corte Suprema, ¿la consulta es necesaria? Obviamente, sí. El artículo 14º de la LOPJ configura una competencia funcional específica, exclusiva, originaria, en materia de control difuso (el TC utilizó la expresión "competencia orgánica" en el caso de la justicia militar, pero creo que se trata de una denominación equivocada), que la radicó con exclusividad en la SCS; por consiguiente, si una Sala Suprema, civil o penal, decide inaplicar una norma con rango de ley, no tiene otra opción que consultarla a su par, la Sala Constitucional y Social.

II. CONSTITUCIÓN Y DERECHO PENAL

1. Programa Penal de la Constitución

Los principios rectores del *ius puniendi* están considerados como principios constituyentes del derecho de castigar; es consustancial al Derecho Penal la función de garantía de los valores y los derechos que en el texto constitucional se recogen.

La CN recoge preceptos, unos directa y otros indirectamente, que afectan y conforman el sistema punitivo. En rigor, el Programa Penal de la Constitución es el conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales que constituyen el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el Juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponde aplicar [BERDUGO].

Existen cuatro bloques de preceptos constitucionales y una cláusula de cierre del contenido del Derecho Penal Constitucional.

(1) Los principios generales que la CN consagra y que el TC ha venido definiendo en su doctrina legal. Son los valores de libertad, igualdad, pluralismo y justicia; y, sustantivamente, el principio de proporcionalidad.

(2) Los mandatos, prohibiciones y regulaciones, tales como proscripción de la tortura, la garantía de la libertad personal, el principio de legalidad penal, la proscripción de la prisión por deudas, los derechos constitucionales de incidencia procesal: presunción de inocencia, debido proceso, tutela jurisdiccional y defensa procesal, la criminalización del tráfico ilícito de drogas, la resocialización del penado; y el legalismo procesal y necesidad o necesariedad del proceso para imponer sanciones penales.

(3) Los derechos fundamentales que delimitan el *ius puniendi,* que determina el ámbito de lo punible en las conductas delictivas típicas: vida, integridad personal, libertad, patrimonio, libertad de asociación, libertad de expresión, derecho al honor, libertad ideológica, libertad de asociación.

(4) Los preceptos que regulan conceptos del sistema penal: inviolabilidad, inmunidad, acusación constitucional, unidad jurisdiccional, publicidad del proceso penal, motivación de resoluciones, acción penal a cargo de la Fiscalía y dirección jurídico funcional de la Policía.

(5) La "cláusula de cierre" es la interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento penal, y según los fallos del TC.

2. Siete grandes principios

Existen, en rigor, siete grandes principios transversales, de marcada importancia en el Derecho Penal material, aun cuando es de reconocer que el legislador tiene la potestad exclusiva para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprensibles, el tipo y la cuantía de las acciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo [BERDUGO]. Son los siguientes:

(1) El principio de legalidad, que se vincula con el impero de la ley como presupuesto de la intervención del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad, así como a la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad de imparcialidad del juicio de los Tribunales [BACIGALUPO]. Se expresa en varios ámbitos centrales, tales como los subprincipios de reserva absoluta de ley, de determinación, de certeza, de taxatividad y de irretroactividad.

(2) El principio del *non bis in ídem*, que tiene su ámbito de aplicación no solo en lo procesal, sino también en lo material. En su virtud, no debe recaer duplicidad de sanciones en los casos en que se aprecia identidad del sujeto, hecho y fundamento. Este principio rige la disciplina del concurso aparente, impidiendo que por un mismo contenido de injusto se pueda imponer dos penas criminales, pero también se extiende a la concurrencia entre las leyes penales y cualquier otra clase de leyes sancionadoras: administrativas, disciplinarias, vedando también que una misma infracción pueda resultar doblemente sancionada.

(3) El principio de proporcionalidad, que tiene una triple dimensión, expresado a través de los subprincipios de necesidad, de adecuación y de proporcionalidad. Los dos primeros, desde el Derecho Penal, inciden en la selección de la zona penal, de la clase de conductas que deben reprimirse penalmente; y el último en las consecuencias jurídicas: penas y medidas de seguridad, sea en su conminación legal abstracta como en su determinación concreta por el juez. En el Derecho Penal, este principio se expresa a través de los subprincipios de:

i) Protección de bienes jurídicos –la punición debe dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses constitucionalmente legítimas en un estado social y democrático– (STC del 21/7/2005, Exp.-19-2005-PI/TC);

ii) Adecuación, que en lo penal se traduce en el subprincipio de intervención mínima –la incriminación penal y la consecuencia jurídica deben ser aptas para alcanzar el fin que lo fundamenta y que comporte la intervención mínima posible en los derechos de los ciudadanos–. Ello significa que la intervención penal debe ser el último de los recursos para tutelar los bienes jurídicos, y debe resultar lo menos gravoso posible para los derechos individuales siempre que con ello resulte adecuado para alcanzar los fines de protección que correspondan;

iii) Proporcionalidad en sentido estricto, que exige una relación de adecuación entre gravedad de la pena y relevancia del bien jurídico que protege la figura delictiva y, a su vez, entre esta y las distintas formas de ataque al bien jurídico que la conducta delictiva puede presentar (STC del 3/1/ 2003, Exp. N° 10-2002-AI/TC).

(4) El principio de culpabilidad, que fluye del principio de dignidad de la persona y del Estado de Derecho, y se plasma en dos subprincipios:

i) Personalidad de las penas –solo los autores del hecho delictivo y los que participan en él como partícipes pueden ser sancionados–; y,

ii) De exigencia de dolo o culpa –rechaza la responsabilidad objetiva– e imputabilidad del autor. Por lo demás, la pena no solo tiene como única finalidad la prevención especial, sino también la prevención general, lo que no puede confundirse con la ejecución de la pena.

(5) El principio de resocialización que, de un lado, reconoce que la ejecución penal materialmente consiste en la imposición al delincuente del mal que, en todo, caso representa la pena, de modo que incluso el mero sometimiento al mal es ya un contenido de la ejecución –la prevención especial no es el único fin de la pena– (STC del 21/7/2005, Exp. N° 19-2005-PI/TC); y, por otro, impone al Estado la construcción de un sistema de ejecución penal que ofrezca al condenado medios y oportunidades para su reinserción, y la incorporación de sistemas jurídicos que puedan facilitar la resocialización sin lesionar los objetivos de prevención general.

(6) El principio de igualdad, que impide una prohibición de las diferencias de trato injustificadas o discriminatorias: igualdad en el fundamento y fin de las diferencias de trato, propio de la concepción valorativa de la igualdad [VIVES ANTÓN].

(7) El principio de presunción de inocencia, que en lo material proscribe los preceptos penales que establezcan una responsabilidad basada en hechos presuntos o en presunciones de culpabilidad; asimismo, en orden a la interpretación de las leyes, exige que en igualdad de condiciones, se preferirá el sentido más favorable al reo [VIVES ANTÓN].

III. LA CORTE SUPREMA Y LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

1. Como se ha expuesto, los artículos 51° y 138°, segundo párrafo de la CN, en concordancia con el artículo 14° de la LOPJ, permiten a la Corte Suprema, a su Sala Constitucional y Social, pronunciarse acerca de la inaplicación de normas con rango de ley dispuesta por los jueces de la República, de todas las instancias. Varios son los casos en que la SCS ha tenido oportunidad de pronunciarse. A partir de 2004 hasta la actualidad, en que ha versado mi revisión de su jurisprudencia, los casos más singulares son los siguientes:

(1) Ej. Sup. del 3/3/2004 (Consulta N° 135-2004). Referida a la Disposición Transitoria Única de la Ley de Celeridad y Eficacia procesal penal, N° 28117, del 10/12/2003. Aprobó la inaplicación de la indicada Disposición Transitoria, que disponía que el artículo 4° que establecía el plazo de prescripción para "... las otras penas" en dos años –la ley originaria fijaba el plazo en tres años– no se aplica a los procesos en trámite. Consideró que tal Disposición Transitoria colisionaba con el

artículo 139°.11 de la CN que reconocía el principio de retroactividad benigna de la ley penal en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales. En puridad, vulneraba el principio *tempus comissi delicti*, en cuya virtud el factor de aplicación de la vigencia de la ley penal material en el tiempo es la fecha de su perpetración.

(2) Ej. Sup. del 16/3/2004 (Consulta N° 381-2004). Referida al artículo 10° del D. Ley N° 25475, que prohibía la aplicación del artículo 22° CP, sobre responsabilidad restringida por minoridad relativa de edad. La Sala Penal Superior estimó que dicha norma vulnera el principio de igualdad ante la ley; empero, la SCS desaprobó la inaplicación normativa porque entendió que esa norma no discrimina a los imputados, dado que es una norma de carácter especial que se ha expedido en atención a la naturaleza y gravedad del caso, no en razón de la diferencia de las personas y, menos aún, con el ánimo de vulnerar el principio tuitivo de la pena.

(3) Ej. Sup. del 20/1/2004 (Consulta N° 2613-2003). Referida al artículo 9° del D. Leg. N° 813, Ley Penal Tributaria, que dispone que la acción penal en los delitos tributarios está condicionada a la denuncia del Órgano Administrador del Tributo y, por tanto, la Fiscalía si advierte la posible comisión de un delito tributario debe remitir los actuados a ese órgano para que se inste o no la acción penal, sin cuya anuencia no puede actuar el Ministerio Público. La SCS aprobó esa inaplicación normativa porque estimó que la norma vulnera los incisos 3 y 5 del artículo 159° de la CN al restringir las potestades del Ministerio Público.

(4) Ej. Sup. del 10/1/2005 (Consulta N° 2002-2004). Referida al artículo 51° CP, modificado por la Ley N° 26832 –concurso real retrospectivo–, que dispone el sobreseimiento de las causas cuando el delito seguido contra el imputado es de menor o igual pena que el que fue objeto de sanción. La SCS aprobó esa inaplicación porque vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional respecto de las víctimas, la seguridad jurídica al propiciar la impunidad, y la igualdad ante la ley por los distintos tratamientos según las víctimas y el delito del que son sujetos pasivos, que no vendrían resarcidos los daños en sede penal. Llama la atención, sin embargo, que con anterioridad, en la Ej. Sup. del 28/6/2000 (Consulta N° 1795-2000), la SCS declaró constitucional esa norma y desaprobó la inaplicación dispuesta por un Tribunal Superior, porque

la norma cuestionada –según considera– se refiere a un supuesto de subsunción ideal de penas, que como existe condena en contra del imputado el hecho objeto de sobreseimiento no vulnera el derecho a la presunción de inocencia, y además no lesiona el resarcimiento de los agraviados, así como porque el interés del Estado no es la punición sino la resocialización del individuo.

(5) Ej. Sup. del 27/1/2005 (Consulta N° 2282-2004). Referida al artículo 173°.1 CP que conmina la violación sexual de un menor de siete años con cadena perpetua. La SCS aprobó su inaplicación porque consideró que vulnera el principio de resocialización del penado (artículo 139°.22 CN y 10°.3 PIDCP), que no puede cumplirse cuando la pena es ilimitada desde su perspectiva temporal. Llama la atención, igualmente, que ese fallo colisione con la STC del 3/1/2003, recaída sobre la legislación de terrorismo (Exp. N° 010-2002-AI/TC), que condicionó la legitimidad de esa pena a la temporalidad de la cadena perpetua, lo que se cumplió, con carácter general, con el D. Leg. N° 921 del 18/1/2003.

(6) Ej. Sup. del 11/4/2005 (Consulta N° 292-2005). Referida al artículo 13° de la Ley N° 28008 - Ley de delitos aduaneros, que dispone que se dispondrá la incautación de bienes y objetos delictivos, que se mantendrá hasta que se expida el auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria que disponga su devolución. La SCS desaprobó la consulta porque consideró que la norma era clara –que por ello no necesita de interpretación–, que no vulnera el derecho de propiedad porque permite la devolución al final del proceso, y que la situación del bien reputado delictivo debe resolverse al interior del proceso.

(7) Ej. Sup. del 19/9/2005 (Consulta N° 1317-2005). Referida al 2do. párrafo del artículo 22° CP, modificado por la Ley número 27024, sobre la excepción de disminución de la pena por minoría de edad relativa de edad. La SCS desaprobó la consulta por los mismos motivos expuestos en la Ej. Sup. del 16/3/2004 (2) –en función al similar fundamento normativo que contenía la ley sobre terrorismo–.

(8) Ej. Sup. del 25/1/2006 (Consulta N° 2383-2005). Referida al artículo 2° de la Ley N° 26641, que tipifica el delito de contumacia. La SCS aprobó la consulta estimando que la conducta procesal infractora inherente al desarrollo de un proceso se sanciona con las normas pertinentes del proceso penal, pues se reconoce como carga de los

sujetos procesales la conducta que deben adoptar frente a las normas de procedimiento en el ejercicio regular de sus derechos, pudiendo ser la conducta beneficiosa o no a sus intereses; además, considera que esa norma infringe el debido proceso que prohibe que una persona sea sometida a procedimiento previamente del establecido por la ley, e infringe el principio de lesividad porque no ha precisado cuál es el bien jurídico vulnerado.

(9) Ej. Sup. del 3/5/2006 (Consulta N° 383-2006). Referida a la 10ª Disposición Transitoria de la Ley número 28665, Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en materia penal militar policial, del 7/1/2006. Esta norma establece que las contiendas de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la militar pendientes de decisión se remitirán a la Sala Suprema Penal Militar Policial, cualquiera sea el estado de su tramitación. La consulta de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema fue aprobada por la SCS porque consideró que esa norma vulnera al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (artículo 8°.1 CADH). Por lo demás, el TC en la sentencia del 29/3/2006 (Exp. N° 0004-2006-AI), ya había estimado que las contiendas deben ser resueltas por la Sala Penal de la Corte Suprema en atención a la jurisdicción restrictiva de lo militar y que la CN afirmó la primacía de la jurisdicción ordinaria para definir el alcance de lo penal militar.

(10) Ej. Sup. del 3/5/2006 (Consulta N° 684-2006). Referida al inciso d) del artículo 10° del D. Leg. N° 813 - LPT, que impone una caución determinada en función al monto del agravio al interés fiscal del Estado. La SCS aprobó la consulta porque consideró que importaba una sanción anticipada, al cambiar la naturaleza de la caución destinada a asegurar la concurrencia del imputado, que se dicta en función a los presupuestos materiales que la informan: indicios de criminalidad y peligrosismo.

(11) Ej. Sup. 31/5/2006 (Consulta N° 890-2006). Referida al artículo 1° de la Ley N° 26641 que dispone la suspensión de la prescripción para los supuestos de declaración de contumacia. La SCS aprobó la consulta del Juez del 2º Juzgado Penal de Trujillo, considerando que esa norma desconoce el carácter de la acción penal, que tiene rango constitucional, conforme a los arts. 139° incisos 13 y 14, 2°.23 y 3° CN, y atenta contra el derecho de defensa.

2. La valoración que pueden merecer los fallos aludidos es, desde luego, de diverso nivel e intensidad, tanto favorable como desfavorable. Dos datos preliminares: 1) no es tan exacto que se sostenga que los jueces son cicateros para inaplicar normas inconstitucionales, el número de consultas demostraría lo contrario: existe una prudente y fluida utilización de ese poder-deber, aunque claro está esos fallos no se publican, de ahí la falsa impresión de ausencia de control constitucional por el Poder Judicial (contribuye a esa tendencia a la disminución de las inaplicaciones la presencia activa del TC y de la amplia legitimación para demandar la inconstitucionalidad de normas acordada a la jurisdicción constitucionalidad); y, 2) amén que existen muchas consultas –las 10 enunciadas se circunscriben a casos referidos a diferentes leyes, de suerte que he omitido mencionar las consultas reiteradas sobre las mismas normas–, el gran problema, a lo que se suma su falta de publicidad, es que la SCS no utiliza la potestad de dictar ejecutorias vinculantes, lo que le resta valor operativo y fuerza expansiva a sus fallos en materia de inaplicación normativa.

3. Destaco, fundamentalmente, la inaplicación de normas penales materiales. Cabe mencionar, en un caso especialmente trascendente, la falta de uniformidad en las decisiones de la SCS respecto a la constitucionalidad del artículo 51° del CP, que regula el concurso real retrospectivo, en concreto, el sobreseimiento de causas incoadas por delitos de menor entidad de que fue materia de condena firme contra el mismo imputado –no solo se cambia de opinión, sino que no se precisa el precedente anterior ni se fundamenta la razón de la modificación jurisprudencial–. También cabe analizar la aplicación del principio de igualdad ante la ley penal –típico en el caso de las excepciones a la eximente incompleta por minoridad relativa de edad–, el problema de delitos sin bien jurídico vulnerado, que es el caso del delito de contumacia, y la declaración de contumacia y el efecto de la suspensión de la prescripción.

(1) Concurso real retrospectivo. Como se anotó existen dos fallos contradictorios de la SCS: ¿cabe sobreseer una causa porque el delito objeto de proceso es de menor entidad que el ya condenado? Dos premisas básicas: a) el concurso real retrospectivo, como concurso delictivo que es, no importa un supuesto de refundición de penas, sino que el Tribunal está autorizado a variar la penalidad en función a la mayor entidad de las conductas penalmente antijurídicas [HURTADO POZO]; y, b) el proceso penal peruano importa una acumulación heterogénea

obligatoria de pretensiones: la civil y la penal, que obliga a su necesaria dilucidación en sede penal. Imponer el sobreseimiento por ese concepto importa no solo no esclarecer el hecho delictivo –con lesión a la seguridad ciudadana que obliga al combate contra el delito–, sino ocasionar una efectiva indefensión material a la víctima e, incluso, al propio imputado que podría solicitar –y, eventualmente, obtener– un fallo absolutorio, de no comisión del hecho.

Por tanto: 1. Se vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional –no solo del agraviado sino también del imputado (más aún si la nulidad del primer fallo, por razones de relevancia constitucional, implicaría, a su vez, dejar sin efecto el sobreseimiento, que según el motivo del archivo no tiene la calidad de cosa juzgada, tal como lo ha declarado el TC)–. 2. También se lesiona el derecho del agraviado a la reparación civil en sede penal, donde litigó –la remisión de esa pretensión a la jurisdicción civil ya importa un agravio por el tiempo transcurrido y porque se exigiría a la víctima un esfuerzo adicional que la ley en su momento no lo determinó–.

(2) Igualdad ante la ley. Las ejecutorias de la SCS sobre la institución penal de la eximencia incompleta referida a la minoridad relativa de edad. Artículo 22° del CP, no han trabajado, como corresponde, el test de igualdad, la determinación de la objetividad y razonabilidad de las razones que conducen a la instauración de diferencias, que el TC ha desarrollado y es patrimonio de la doctrina constitucionalista (véase STC del 3/1/2003, Exp. N° 10-2002-AI-TC). Cabe resaltar que la Sala Penal Permanente ha formulado una consulta sobre esa institución. En los fundamentos de la resolución consultiva del 1.6.2006, Exp. N° 4674-2005, FJ 13, se indicó que el principio de igualdad impide que la ley otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la CN, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y, por eso, es discriminatoria; que el tratamiento diferencial de los jóvenes delincuentes está en función de que el individuo entre los 18 y 21 años no ha alcanzado la plena madurez, de ahí que no se les considera titulares de una capacidad plena para actuar culpablemente, lo que se ubica –desde la teoría del delito– en la categoría culpabilidad, sin que sea relevante la antijuricidad penal del hecho perpetrado, que dice de la entidad del

injusto penal pero no de la magnitud de la culpabilidad, por lo que una diferencia sustentada en ese dato deviene arbitraria.

(3) Delitos de contumacia. Sancionar penalmente la incomparecencia dolosa del imputado, ¿vulnera el derecho a la tutela procesal?, ¿es concebible desde la concepción del delito, un tipo legal sin bien jurídico? El TC ha reconocido la necesidad que exista un bien jurídico, anclado en la CN, para que se justifique la criminalización primaria. La función primordial del DP es la tutelar - preventiva. Protección de bienes jurídicos y prevención de ataques lesivos a ellos. Esta es la función que legitima el sistema punitivo [POLAINO NAVARRETE]. ¿Tutela un bien jurídico el delito de contumacia? Si se tiene en cuenta que el tipo legal cuestionado, en pureza, castiga una conducta procesal, de ocultamiento a la acción de la justicia, que origina consecuencias procesales, tales como la suspensión de la prescripción y la agravación de las medidas coercitivas de carácter procesal, precisamente por vulnerar el deber de sujeción procesal, se entiende que se trata de una conminación que rebasa al ámbito estrictamente procesal y, al convertirla, en delictiva, adicionando un castigo sin base razonable ni justificación plausible, entonces es arbitraria, y, de ser así, tal conminación debe entenderse que no protege bienes jurídicos [ROXIN].

(4) Suspensión de la prescripción. ¿Disponer la suspensión de la prescripción para el contumaz es inconstitucional? Si la prescripción se sustenta en la ausencia de necesidad de pena como consecuencia del tiempo transcurrido, la continuación y presencia de la persecución penal para quien voluntariamente se alejó de la acción de la justicia y contra quien se disponen las medidas coercitivas respectivas, revela la ausencia de motivos de olvido del hecho y, por tanto que la sanción penal es necesaria y vigente en el sentimiento colectivo; hay, pues, necesidad de penal; luego, suspender la prescripción en esos casos, no es arbitraria ni vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional ¿del reo que fugó y se oculta de la justicia dolosamente? y, menos, el derecho a la presunción de inocencia, que no está en juego con un mandamiento de captura y menos con la vigencia de la persecución penal. Una posición radicalmente distinta con la sostenida por la SCS es la emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema del 26/7/2006, Exp. N° 45-2003-AV, que declaró la suspensión de la prescripción contra un contumaz.

Breves apuntes en torno a la garantía constitucional de la inadmisión de la prueba prohibida en el Proceso Penal

SUMARIO: 1. Aspectos generales. 2. Clasificación y fundamento de la prueba prohibida. 3. Extensión de la prueba prohibida.

1. ASPECTOS GENERALES

§ 1. 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 ERNS 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 artículo 2° inciso 24, literal e Constitucional, esto es, del derecho a la presunción de inocencia.

La cuestión de la prueba prohibida, como enfatiza PELLEGRINI GRINOVER, se ubica jurídicamente, 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[1]. 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 dentro del más sublime resguardo de la personalidad humana[2].

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[3]. 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"[4].

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[5].

---

(1) PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Pruebas Ilícitas. En: Revista Peruana de Doctrina & Jurisprudencia Penal N° 1. Lima, 2000, p. 289.

(2) ORÉ GUARDIA, Arsenio. La prueba prohibida. Derecho Procesal Penal - Selección de Textos. Lima: PUCP, 2002, p. 432.

(3) MUÑOZ SABATÉ, Luis. Técnica probatoria. Bogotá: Temis, 1997, pp. 62-63.

(4) DIAZ CABIELE, José Antonio. La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993, p. 118.

(5) Como informa Fabricio GUARIGLIA, la repuesta más contundente a semejante tesis es la consignada por la Corte Suprema estadounidense en el "caso Elkins v. USA" (1960), cuando declaró: "el delincuente queda en libertad, si corresponde, pero es el

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 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(6).

Un interesante razonamiento fue efectuado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina en el "caso 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"(7). 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(8).

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

---

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". GUARIGLIA, Fabricio. Las prohibiciones probatorias. En: El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis Crítico de Maier Julio B.J., (compilador), Buenos Aires: Del Puerto, 1993, p. 27.

(6) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Instituciones de Derecho Procesal Penal. Madrid, Akal/Iure, 1999, p. 281.

(7) CARRIÓ, Alejandro D. Garantías constitucionales en el Proceso Penal, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, p. 231.

(8) CARRIÓ, Alejandro D. Ob. Cit, pp. 236-237.

deben ser admitidas y practicadas por el órgano jurisdiccional, y 3) entre sus límites está no sólo 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(9). La idea de limitación preside esta discusión y, por tanto, es del caso –en todo momento– identificar las normas jurídicas que contiene una limitación en la obtención y en la práctica de pruebas.

§ 2. En cuanto a la definición de 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, con base en 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.

En cambio, entendiendo que la concepción amplia, como dice PAZ RUBIO, a una desmesurada ampliación del ámbito de la prueba prohibida(10), 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(11). Los límites al derecho a la prueba (vid.: artículo 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, tiene como efecto la nulidad de ac-

(9) PICÓ I JUNOY, Joan: Las garantías constitucionales del proceso, Barcelona, Bosch, 1997, pp. 143, 146-148.

(10) PAZ RUBIO, José María: La prueba en el proceso penal. Cuadernos Judiciales, Madrid, 1992, p. 229.

(11) 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, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1992, p. 81.

tuaciones, no así las primeras que generan una prohibición de valoración del resultado probatorio[12].

§ 3. 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[13].

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[14].

§ 4. 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[15]. En el segundo caso, no necesariamente se

---

[12] GIMENO SENDRA, Vicente y otros: Lecciones de Derecho Procesal Penal, Madrid, Ed. Colex, 2001, p. 370.

[13] ASENCIO MELLADO, José María: Prueba prohibida y prueba preconstituida, Madrid, Trivium, 1989, p. 82. Vega Torres 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. VEGAS TORRES, Jaime: Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal, Madrid, La Ley, 1993, pp. 120-121.

[14] STRUENSEE, Eberhard: La prueba prohibida. En: Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 4, julio-diciembre, 1994, p. 669.

[15] 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 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.

anula esa 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(16). 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 STCE 114/84, 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 artículo 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 8.9.2000, 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"(17). En esa misma perspectiva, el Tribunal Constitucional ha señalado que el debido proceso es un derecho procesal de rango constitucional (STC de 26.10.1999, Exp. N° 189-1999-AA/TC, "caso Pesquera Rodga S.A."), y que puede definirse como "... aquel derecho que tiene

---

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. Barcelona, Bosch, 1999, p. 92. En igual sentido, ASENCIO MELLADO. Ob. Cit., p. 85.

(16) DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y otros. La prueba ilícita penal, Pamplona, Aranzadi, 2000, p. 32.

(17) ROJAS VARGAS, Fidel: Jurisprudencia penal y procesal penal, T. I, Lima, Idemsa, 2002, p. 95.

toda persona o sujeto justiciable de provocar el respeto de un conjunto de principios procesales para que una causa pueda ventilarse y resolverse con justicia" [STC de 7.4.2000, Exp. N° 921-98-AA/TC, "caso Moisés Widauski Cohén"][18].

§ 5. 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[19]. El juez Cardozo, en el "caso Defoe v. USA" (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 "caso Olmsted v. USA" –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 desempeñen un papel indigno. Posición última que fue imponiéndose en la Jurisprudencia estadounidense.

---

[18] En la doctrina nacional, introduce una noción más amplia de "debido proceso", Reynaldo BUSTAMANTE ALARCÓN. 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– permitan obtener una decisión objetiva y materialmente justa. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. El derecho fundamental a un proceso justo. En: Revista Proceso & Justicia, N° 1, Lima, 2001, pp. 75-76.

[19] MORENO CATENA, Víctor y otros: Los procesos penales, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2000, p. 2286. Anteriormente, en el "caso Weeks v. USA", 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 del domicilio, papeles y efectos contra las búsquedas y secuestros irrazonables. A su vez, en el "caso Mapp v. Ohio" (1961) extendió la regla a los Estados de la Unión [vid.: GUARIGLIA, Fabricio: Ob. Cit. pp. 18-19]. Conforme anota José Antonio DÍAZ CABIALE, el primer precedente de la *exclusionary rule* se encuentra en el "caso Boyd v. USA" (1886), en el que, en un supuesto de importación ilegal de mercancías de unos comerciantes de Nueva York, se había obligado a éstos a elaborar una factura que especificará 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 enmiendas al obligarse a una persona a producir pruebas en su contra y, luego, a ser testigos contra sí mismos. DÍAZ CABIALE, José Antonio, Ob. Cit., p. 107.

Cabe señalar eso sí, que tal concepción, asociada al fundamento preventivo que la originó ("casos Mapp v. Ohio" (1961); "Miranda v. Arizona" 1966; "Massiah v. USA" 1964), ha soportado sucesivas matizaciones al punto que finalmente ha devenido en excepciones a la regla con la introducción [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][20], 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 ("casos USA v. Calandra" (1974); "Stone v. 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 autorizados para llevar a cabo las acciones que consumaron ("casos USA v. León" (1984); "Illinois v. Krull" (1987))[21].

§6. Ahora bien, ubicándonos en la primera tendencia, es del caso efectuar tres precisiones[22]:

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 a la integridad física, a la libertad personal, a la intimidad, al secreto

---

[20] DÍAZ CABIALE, José Antonio. Ob. Cit., p. 110.

[21] PEDRAZ PENALVA, Ernesto y otros: Derecho procesal penal, T. I, Madrid, Colex, 2000, p. 335.

La Corte Suprema estadounidense en el "caso Payner v. USA" (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, Fabricio. Ob. Cit., p. 19.

[22] DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo. La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida, Madrid, Civitas, 2001, pp. 22-25.

de las comunicaciones, a la reserva y secreto tributaria y bancaria, a la autodeterminación informativa con relación al uso de la informática.

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[23].

Un ejemplo interesante es, al respecto, el "caso Schenk v. Suiza" resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 12.7.1988), 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 sólo 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 infringió 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[24].

3. Un problema traen los derechos fundamentales de naturaleza procesal (vid.: artículo 139° Const.). 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

---

[23] PEDRAZ PENALVA, Ernesto. Ob. Cit., p. 335.

[24] MONTERO AROCA, Juan: La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 63-65.

por razones de parentesco o secreto profesional. En todo caso, aquí es esencial el juicio de ponderación o la concepción del ámbito jurídico.

2. CLASIFICACIÓN Y FUNDAMENTO DE LA PRUEBA PROHIBIDA

§ 1. Siguiendo a MIRANDA ESTRAMPES[25], 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, recogida y obtención de la fuente de prueba (esto último es una realidad extraprocesal que existe por sí misma, independiente 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.

La violación de un derecho fundamental, como dice ORTELLS RAMOS[26], puede producirse en la propia actividad de práctica del medio de prueba, aunque ello es poco probable que ocurra; en cambio, es más probable que se produzca durante la búsqueda y recogida de fuentes de prueba. Esta violación que 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[27], en cuanto a la producción de la prueba, y sobre la base de la famosa sentencia del BGH de 14.6.1960, que configuró la doctrina jurisprudencial básica en esta materia sostiene que: "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 14.6.1960–, pues ello entrañaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales", señala las siguientes causas de ilicitud:

---

[25] MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. Cit., p. 26.

[26] ORTELLS RAMOS, Manuel y otros: Derecho Jurisdiccional - Proceso Penal, T. III. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 269.

[27] ROXIN, Claus. Derecho procesal penal. Buenos Aires: Del Puerto, 2000, p. 191.

a) Prohibiciones de temas probatorios: determinados temas no pueden ser objeto de la práctica de la prueba (v.gr.: secreto de Estado).

b) Prohibición de medios probatorios: determinados medios de prueba no pueden ser objeto de la práctica de la prueba (v.gr.: testifical del testigo-pariente, sin advertírsele del derecho de no declarar).

c) Prohibiciones de métodos probatorios: determinados métodos de prueba no pueden ser empleados (se trata, v.gr.: de la interdicción de mecanismos que limiten la libertad y/o espontaneidad de la declaración del imputado, v.gr.: torturas, amenazas). Sobre este punto, la Corte Suprema, en su SCS de 26.7.99, ha señalado que la declaración policial de un detenido a quien se agredió para hacerlo carece de efectos legales.

d) Prohibiciones probatorias relativas: la prueba sólo puede ordenarse o realizarse por determinadas personas (intervención telefónica sólo se realiza por orden judicial y la ejecuta 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 mas 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 sirven de medio de prueba y tales derechos "cuestan" la completa averiguación de la verdad[28].

En esa lógica, el ordenamiento jurídico nacional prevé pruebas expresamente prohibidas (vid.: artículos 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, 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,

---

[28] HASSEMER, Winfried: Fundamentos del Derecho Penal, Barcelona, Bosch, 1984, p. 190.

imprescindible por motivos de tutela jurídica preventiva. Debe considerarse, sólo 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 el interés de quién ha sido creada.

§ 2. El fundamento de la exclusión de las pruebas prohibidas, a nuestro juicio y en contra de la Jurisprudencia estadounidense, no descansa en el efecto disuasor de las conductas ilegales de los agentes policiales *(deterrence effect)*, 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 "caso Janis vs. USA" (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 contrarias a los derechos fundamentales.

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. 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 nuestro] en tanto que conduce a una limitación del ámbito de aplicación de las prohibiciones de valoración carente de sentido[29].

§ 3. 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

[29] STRUENSEE, Eberhard: Ob. Cit., p. 675.

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 GRINOVER, la prohibición tiene naturaleza exclusivamente procesal cuando fue puesta en función de intereses atinentes a la lógica y la finalidad del proceso mientras que tendrá naturaleza sustancial, cuando, aún sirviendo mediatamente también a intereses procesales, está colocada esencialmente en función de los derechos que el ordenamiento reconoce a los individuos, independientemente del proceso(30).

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.

La tesis "intermedia", siguiendo especialmente a GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, exige ponderar la trascendencia –y esencialidad– de la infracción procesal atendiendo a los intereses en conflicto en cumplimiento del principio de proporcionalidad(31). Dice al respecto la STSE de 29.3.1990: "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 sólo 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.

§ 4. 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

(30) PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Ob. Cit., p. 289.

(31) GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal, Madrid, Colex, 1990, p. 340.

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 se 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 9.7.1999, al definir la presunción de inocencia precisa que ésta sólo puede enervarse en tanto la prueba sea válidamente adquirida y actuada o practicada. En igual sentido se pronuncian las SCS de 21.5.1999 y de 2.8.1999.

Sin perjuicio de lo expuesto, siguiendo a DÍAZ Y MARTÍN, el artículo 139° de la Constitución y, en especial, el artículo 2º inciso 24, literal e, reconoce 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(32). Pero, en concreto, es de acotar que esta garantía se ubica en el ámbito del derecho a la presunción de inocencia: la prueba debe realizarse a través de los medios que sean constitucionalmente legítimos, derecho que atiende no sólo a la forma en que la prueba se practica en el proceso, sino que debe rastrearse su origen, incluso extraprocesal. Sobre esa base las SCS de 2.6.1999 y 5.5.1999 describen la presunción de inocencia bajo la necesidad de que en el proceso exista una mínima actividad probatoria que justifique la expedición de una condena justa, a partir de la cual ésta debe asentarse en pruebas actuadas con las debidas garantías procesales, lo que constituye no sólo un derecho fundamental de toda persona sino, además, un principio de la función jurisdiccional.

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(33).

---

(32) DÍAZ CABIALE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo. Ob. Cit., p. 28. Es de insistir, con DÍAZ CABIALE, 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 es derecho subjetivo. DÍAZ CABIALE. Ob. Cit., p. 117.

(33) VÁSQUEZ SOTELO, José Luis: Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal, Barcelona, Bosch, 1984, p. 280.

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 cuanto la acreditación de la intervención en el hecho de una persona), dado que éste abarca –fuera de la exigencia de una estructura racional de la convicción del juzgador– la regularización en la obtención y producción de la prueba(34).

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 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(35).

§ 5. En rigor, lo correcto –siguiendo a los italianos– es apartarnos de la noción 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 cuanto 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(36). Una prueba prohibida es, sustantiva o constitucionalmente, impertinente (STCE, 29.11.1984). Lo característico de la prueba prohibida es su carencia de validez y eficacia probatoria.

---

(34) CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, Derecho Procesal Penal, Madrid, Dykinson, 2002, p. 423. En igual sentido se pronuncia, Faustino CORDÓN MORENO: "... 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 ..." CORDÓN MORENO, Faustino. Las garantías constitucionales del proceso penal, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 156.

(35) PEDRÁZ PENALVA, Ernesto y otros: Ob. Cit., pp. 333-334.

(36) SILVA MELERO, Valentín: La prueba procesal, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1963, p. 70.

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.

3. EXTENSIÓN DE LA PRUEBA PROHIBIDA

§ 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– 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)*.

A esto último se denomina, siguiendo al juez Frankfurter al fallar el "caso Nardone vs. USA" en 1939, "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"[37]. Es de 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 ROXÍN, al indicar que de no ser así las prohibiciones probatorias pueden

[37] El precedente de ese fallo, fue el "caso Silverthorne Lumber Co. v. USA" (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 vez en el "caso Nardone v. USA", al resolver que no sólo debía excluirse como prueba en contra de un procesado grabaciones de sus conversaciones efectuadas sin orden judicial, sino igualmente otras evidencias a las que se había llegado aprovechando la información que surgía de tales grabaciones; y, fue seguida, por ejemplo, en otros tres casos relevantes: "Wong Sun v. USA" (1963), "Brown v. Illinois" (1975) y "Davis v. Mississippi" (1962) [vid.: CARRIÓ, Alejandro D.: Ob. Cit., p. 238].

ser eludidas muy fácilmente y estimularía prácticas prohibidas que vaciarían de contenido las normas que las instituyen(38).

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(39).

§ 2. 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(40). Una tendencia en este exclusivo ámbito, que ineludiblemente apunta a restringir los alcances del efecto extensivo, estriba en entender que la desconexión causal no sólo 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, ésta 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 no existe imperativo constitucional alguno para impedir el exceso de la prueba que se logró a través de la lesión de un derecho fundamental.

---

(38) ROXÍN, Claus: Ob. Cit., pp. 205-206.

(39) MAIER, Julio B.J: Derecho Procesal Penal. T. I, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 1996, p. 701.

(40) RIVES SEVA, Antonio Pablo: La prueba en el proceso penal, Pamplona, Ed. Aranzadi, 1996, p. 77.

§ 3. Un elemento descriptor delimitativo, que no limitación o excepción a la regla general, es la denominada "fuente independiente" [*independent source*], configurado expresamente por la Suprema Corte estadounidense en el "caso Bynum vs. USA" (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 "caso Segura vs. USA" (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 sólo excluyó lo que se incautó en la entrada inicial(41). La ruptura 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 éstas del resto de las pruebas puede inferirse de forma no arbitraria y suficientemente sólida todos los hechos que, declarados probados, pueden sustentar una condena(42).

§ 4. 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 "caso Wong Sun vs. USA" (1963), la Suprema Corte estadounidense tuvo en cuenta que se produjo un allanamiento ilegal que implicó la detención de A, quien acusó a B de haberle vendido droga;

(41) Igual criterio acogió la Corte Suprema de Justicia Argentina en el "caso Rayford" (13.5.1986), reiteradas en los casos "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 distinto a la que dio origen a la prueba ilegítima. Se exige no un juicio hipotético sino la realidad de una investigación distinta.

(42) PEDRÁZ PENALVA, Ernesto y otros: Ob. Cit., p. 336.

que, luego, se encontró la droga a B, quien a su vez implicó a C, quien fue consecuentemente detenido fruto de la ilegalidad inicial; 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, introducían en el supuesto un acto independiente sanador que rompía la cadena con la lesión inicial.

§ 5. La segunda excepción es la denominada "descubrimiento inevitable" [*inevitable discovery doctrine*]. 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 estadounidense concibió esa doctrina en el "caso 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 "standard de preponderancia" de que la prueba se habría obtenido más allá de cualquier conjetura o duda(43).

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

(43) La Suprema Corte de Justicia estadounidense, antes, en el "caso Brewer v. Williams" (1977), admitió esa excepción para casos en que se acreditara por el Estado: a) Que la policía Pamplonaía 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, Alejandro D.: Ob. Cit., p. 254].

de otros modos en el descubrimiento de la entrega del alijo, realizada en un lugar público y sujeto a la vigencia de los grupos de agentes que procedían al seguimiento de la acusada(44).

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"(45).

§ 6. La Jurisprudencia Constitucional española, según precisa JAÉN VALLEJO, (por todas: STC 136/2000, de 29 de mayo), a partir de la STC 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"(46). Según ella no sólo resulta necesario una conexión o relación natural entre una prueba inconstitucional y las pruebas restantes o derivadas, lícitas en si mismas o intrínsecamente constitucionales [obtenida a partir, según se anotó, de la concepción de la "supresión mental hipotética"], 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, STC81/1998]. Cabe precisar que en ese último ámbito se destaca como fundamento las necesidades de disuasión, en tanto pueden reputarse indispensables desde la perspectiva de la tutela del derecho fundamental implicado (FJ 6 STC 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

---

(44) CLIMENT DURAN, Carlos: La prueba penal, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1999, p. 1017.

(45) ROXIN, Claus: Ob. Cit, p. 206.

(46) JAÉN VALLEJO, Manuel: Tendencias actuales de la jurisprudencia penal española, Lima, Ed. Horizonte, 2001, pp. 70/77.

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 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 el Tribunal Constitucional Español busca una desconexión causal entre la lesión del derecho fundamental y el medio de 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[47].

[47] DÍAZ CABIELE, José Antonio y MARTÍN MORALES, Ricardo: Ob. Cit., pp.127-134.

La intervención de las comunicaciones telefónicas en el ordenamiento peruano

I

§ 1. La Constitución Peruana no sólo reconoce, genéricamente, el derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 2°.7), sino, específicamente, el derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones (artículo 2°.10), esto es, el derecho a la libertad y confidencialidad de las comunicaciones privadas.

La carencia de una norma específica en la Convención Americana de Derechos Humanos –en adelante CADH–, no obstante ello, ha permitido sostener a la CIDH que el artículo 11° incluye las conversaciones telefónicas dentro del ámbito de protección de la vida privada Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante SCIDH– Tristán Donoso v. Panamá, del 27.1.2009), la cual se protege –citando la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –en adelante STEDH– Halford, del 27.5.1997– las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relación con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla.

§ 2. La doctrina constitucional peruana, considera el derecho a la intimidad, más allá de admitir la diversidad de contenidos que presenta, como un bien jurídico presupuesto del ejercicio potencial y pleno de otros derechos y libertades constitucionales. Destaca, de un lado, la protección contra las in-

tromisiones y la toma de conocimiento de hechos que corresponde a la esfera de la vida privada, es decir, de aquella esfera de la existencia que toda persona reserva para sí misma, libre de intromisiones, tanto de particulares como del Estado; y, de otro, el control de la información de esta faceta de nuestra vida, sobre los datos e informaciones relativos a la propia persona. La libertad de comunicaciones es, por tanto, su presupuesto o contenido implícito.

Pero, a su vez, también existe consenso en nuestra doctrina constitucional en que tal nivel de protección no es absoluto o inelástico, pues debe tomarse en cuenta, en determinados casos, los intereses generales que también deben ser protegidos por el sistema jurídico. Uno de ellos, por cierto, es la prevención y represión de los delitos, que obviamente se trata de un hecho que tiene trascendencia social. Pertinente al punto es la sentencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina dictada en el caso Ponzetti v. Editorial Atlántida (306:1892), que señaló que la protección en comento tiene un carácter relativo y sólo por ley –así, artículos 11°.2 y 30° CADH– podrá justificarse la intromisión en este ámbito, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen. Al respecto, la SCIDH Tristán Donoso, del 27.1.2009, acotó que este derecho no es absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello deben estar previstas en la ley, perseguir un fin legítimo y ser necesarias en una sociedad democrática.

El Tribunal Constitucional Peruano ha insistido que el derecho a la intimidad –en cuanto derecho personalísimo que protege al individuo [MALPARTIDA CASTILLO]– comprende todos aquellos actos que la persona crea convenientes para dedicarlos al recogimiento, por ser una zona ajena a los demás en que tiene uno derecho a impedir intrusiones y donde queda vedada toda invasión alteradora del derecho individual a la reserva, la soledad o el aislamiento al margen y antes de lo social (STC N° 712–2005/HC, del 17.10.2005). En esa misma línea en la STC N° 6712–2005/HC apuntó que este derecho está constituido por los "...datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado un daño".

A tono con la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 3.3.2004 añadiríamos que existe una protección absoluta de un ámbito

esencial en la configuración de la vida privada, que prohíbe captar expresiones que pertenezcan al mismo –tales como la posibilidad de expresar sucesos, sentimientos, reflexiones, opiniones y experiencias íntimas estrictamente personales– y, por ende, excluye a la persecución penal de la ponderación de los intereses, salvo que se trate de expresiones sobre concretos delitos graves cometidos cuando tengan suficiente percepción social, incluso aunque se hayan manifestado en la propia vivienda y entre parientes próximos.

§ 3. En cuanto al derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones (artículo 2°.10), un sector de la doctrina constitucional peruana entiende que el derecho a la intimidad personal se proyecta a las comunicaciones en general –el secreto de las comunicaciones, se dice, es una extensión del derecho a la intimidad y se concreta en la impenetrabilidad del contenido de las comunicaciones–, porque a través de ellas las personas pueden estar revelándose aspectos concernientes a aquel espacio que la persona reserva para sí. Destaca, pues, el fundamento común de ambos derechos.

Sin embargo, en aras de la delimitación de su contenido, también se afirma que este derecho tiene una génesis propia, ligada a la inviolabilidad de la correspondencia, que se circunscribe a todos aquellos medios utilizados para el intercambio de información, opiniones o ideas entre dos o más personas. Por consiguiente, no es una manifestación o reflejo del derecho a la intimidad.

Si los medios protegidos por el derecho en cuestión son todos los medios de comunicación, alámbrico o inalámbrico, a través del cable o del espacio radioeléctrico, Internet (telégrafo, teléfono fijo o móvil, télex, fax, correo electrónico, videoconferencia, etcétera), con excepción de los medios de comunicación de masas; entonces, no hay duda que se está ante un derecho autónomo frente al derecho a la intimidad, tendente a la protección de la comunicación y lo comunicado, con independencia del carácter de lo conversado –consagra la facultad de expresar el pensamiento reservadamente, con relación a destinatarios específicos–, siempre referido a las comunicaciones privadas. Se erige, entonces, como garantía formal y, además, está sujeto a una garantía absoluta de resolución judicial para levantarla. Tales características no se predican del derecho a la intimidad.

Podemos decir, respecto de la relación intimidad – confidencialidad de las comunicaciones, que esta última ofrece una protección formal, con independencia del acto comunicativo, que consiste en que, cualquiera fuese el contenido, deben respetarse ciertas reglas de procedimiento para hacer

injerencia en una comunicación interpersonal y que debe además perseguir ciertos fines legítimos, la primera indica un límite sustancial al Estado, por relación con el contenido de la comunicación. Así ha sido confirmado por la Corte Suprema en la Sentencia N° 9–2006/Lima, del 14.5.2007.

§ 4. Es de reconocer dos cuestiones básicas respecto del derecho fundamental analizado:

Primera, en cuanto a su titularidad. Cualquier persona, física o jurídica, nacional o extranjera, incluso las personas jurídico–públicas [DÍAZ REVORIO], tiene constitucionalmente garantizado que sus relaciones habladas o escritas con otras personas, sea cual fuere su contenido, no pueden ser escuchadas, espiadas, interceptadas, conocidas ni hechas publicas sin su consentimiento, por terceros o autoridades. El ataque prohibido puede provenir tanto del Estado como de personas privadas, y éste puede entenderse como la intervención, la grabación y la divulgación de las comunicaciones (SCIDH Escher y otros v. Brasil, del 6 de julio de 2009).

Segunda, que la Constitución peruana, asimismo y de modo expreso, ha relativizado su protección –que incide en las dos facultades que lo integran: la de comunicar libremente o la de limitar el conocimiento del mensaje al destinatario elegido–. Permite la interceptación de las comunicaciones telefónicas por mandamiento motivado de juez, con las garantías previstas en la ley, cuya infracción hace que los elementos obtenidos carezcan de efecto legal alguno, lo que por cierto, como supone una excepción al derecho constitucionalmente garantizado, tal permisión ha de ser interpretada restrictivamente (TEDH, Sentencia Klass, del 6.9.1978). Es de anotar que nuestra Constitución sólo admite lo que puede denominarse "límites normales del derecho" –mandato motivado del juez competente–, no así los llamados "límites anormales o excepcionales" propios de los Estados de Emergencia –sólo podría tener lugar en una situación dramática de declaración del Estado de Sitio–, tal como se advierte del artículo 137°.

Cabe precisar, igualmente, que las comunicaciones interpersonales pueden tener la forma de (i) telecomunicación –entre ausentes, como por ejemplo, correo electrónico o pager (por casilla de mensajes); o entre personas presentes que se comunican en tiempo real, como por ejemplo, comunicaciones telefónicas, por ondas hertzianas, satelitales, o por la internet mediante herramientas de vínculos de conversación cerrados (chat); o de (ii) comunicación entre personas físicamente presentes en un mismo tiempo y lugar.

§ 5. El Tribunal Constitucional peruano ha delimitado tres puntos en relación al derecho fundamental objeto de comentario:

1. Este derecho impide que las comunicaciones sean interceptadas –entendida como el acto de aprehensión tecnológica de una comunicación o medio comunicativo similar por vía audio–magnética o decodificada, a efectos de tomar conocimiento del contenido de la comunicación– por quien no esté autorizado para ello, y tiene eficacia *erga omnes*, es decir, garantiza su no penetración y conocimiento por terceros, sean estos órganos públicos o particulares, ajenos al proceso de comunicación –salvaguarda que todo tipo de comunicaciones entre las personas sea objeto exclusivamente de los intervinientes en el mismo– (STC N° 2863–2002–AA, del 29.1.2003). El carácter autónomo de este derecho frente al derecho a la intimidad personal estaría, pues, afirmado; y, los sujetos sometidos a la garantía del secreto de las comunicaciones serían todos los terceros ajenos a la comunicación, no afecta a los propios partícipes en ella.

2. El objeto del referido derecho fundamental son las comunicaciones entre particulares, sea mediante llamada telefónica, correo –clásico o electrónico– o nota entre particulares (STC N° 774–2005–HC, del 8.3.2005). La amplitud, así concebida, comprende las comunicaciones mediante telefonía digital o por satélite. "No sólo la primitiva telefonía por hilos sino también las modernas formas de interconexión por satélite o cualquier otra comunicación a través de las ondas, se encuentran garantizadas en su confidencialidad por el derecho al secreto de las comunicaciones y judicialmente tuteladas" (STSE del 1.6.2001).

3. En cuanto al ámbito protegido, el "secreto" comprende a la comunicación misma, sea cual fuere su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado, de suerte que se conculca el derecho tanto cuando se produce una interceptación de las comunicaciones, es decir, cuando se aprehende la comunicación dirigida a terceros, como cuando se accede al conocimiento de lo comunicado, sin encontrarse autorizado para ello (STC N° 2863–2002–AA, del 29.1.2003). No obstante ello, el Tribunal Constitucional (STC655–2010–PHC/TC, del 27.10.2010), repitiendo acríticamente la SCIDH Escher y otros v. Brasil, del 6 de julio de 2009, y obviando sus anteriores precedentes de inspiración hispánicas, insiste en la exigencia de que las conversaciones prohibidas

son las privadas; posición errónea que sólo podría aceptarse si la Ley Fundamental no contempló autónomamente el derecho al secreto de las comunicaciones, diferenciándola del derecho a la intimidad.

El carácter objetivo y formal del derecho a la confidencialidad de las comunicaciones es obvio: se protege la comunicación y lo comunicado, con independencia del carácter de la conversación. Bajo esta línea, al amparo de la Jurisprudencia estadounidense, Sentencias On Lee v. USA, de 1952, y Rathbun v. USA, de 1957: basta el consentimiento de una de las partes en la conversación para validar la interceptación sin orden judicial. En la Sentencia López v. USA (1973), se validó la grabación y su uso como prueba de cargo –es la técnica del *bugging* o autoinjerencia–, pues quien conversaba se tomaba el riesgo de que la otra parte divulgara el contenido de la conversación –en igual sentido se ha pronunciado la STCE 114/1984, del 29 de noviembre, y, luego, la STSE 891/2006, del 22 de septiembre: "...la grabación de las palabras de los acusados realizada por el denunciante con el propósito de su posterior revelación no vulnera ningún derecho al secreto, ni a la discreción ni a la intimidad del afectado recurrente [afectado]"–. La casación argentina admitió las grabaciones ocultas de comunicaciones, realizadas por querellantes, o por denunciantes y también las realizadas con cámara ocultas, por periodistas (CNCP, Sentencias Hidalgo, 17.2.2003; Macri, 13.6.1997; Raña, 20.4.1999). En igual sentido, lo hizo el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema del Perú en los diversos procesos en que se aportaron como prueba los famosos "vladivideos".

§ 6. Pareciera que para nuestro Tribunal Constitucional, a diferencia de la STEDH Malone, del 27.10.1983, la técnica del "recuento" –tarifador o *pen register*– no estaría vedada constitucionalmente por la menor intensidad que tiene frente a las escuchas telefónicas. La técnica en cuestión, como se sabe, emplea un mecanismo que registra los números marcados en un determinado aparato telefónico, la hora y la duración de cada llamada. La STEDH Malone nos dice que afecta el contenido esencial del secreto de las comunicaciones porque contiene información –en especial, los números marcados– que identificarían indirectamente a los interlocutores o corresponsales, lo que obliga a requerir mandato judicial porque son parte de las comunicaciones telefónicas –supone, anota la STCE 70/2002, una interferencia en el proceso de comunicación; aunque la STSE 1219/2004,

del 10 de diciembre, acotó que la resolución judicial habilitante puede tener la forma de providencia (o decreto) en atención a la menor intensidad de la afectación del derecho fundamental y no supone ninguna intromisión en el derecho a la intimidad al suponer sólo identificar a los usuarios de los teléfonos intercomunicados, sin entrar en el contenido de las conversaciones–.

La Corte Suprema de Estados Unidos, por el contrario, no consideró inconstitucional esa técnica, ni por consiguiente, dispuso la previa orden judicial para usarla (véase, Sentencia Smith v. Maryland de 1979).

Tal entendimiento –de la no necesidad de orden judicial fundada–, en todo caso, permitiría a la policía al incautar un teléfono móvil o celular analizar inmediatamente la memoria para que la autoridad de investigación pueda acceder a las constancias de llamadas registradas en el aparato; y evitaría a los tribunales hacer argumentaciones que sostengan que no se trata de una manipulación del teléfono para conocer las llamadas efectuadas, sino sólo para dejar constancia de las mismas (STSE 1300/2001, de 28 de junio; 2384/2001, de 7 de diciembre). En este supuesto, podría decirse que se trataría de mensajes almacenados que tienen la equivalencia de un mero documento. La Sala Penal de la Corte Suprema peruana no ha visto ningún problema de ilegitimidad constitucional en esta técnica de investigación policial. Con mayor precisión la STSE 1086/2003, de 25 de julio, señaló que: "...esta diligencia no supone [incluso] ninguna intromisión en el derecho a la intimidad [porque]...sólo sirve para acreditar los usuarios de los teléfonos intercomunicados, sin entrar en el contenido de las conversaciones...". La STSE 1231/2003, del 25 de noviembre, puntualizó que: "...No se trata de una intervención en el proceso de comunicación, ya entendido como transmisión de conversaciones, ni localización, al tiempo de su realización, de las llamadas efectuadas, de la identificación de usuarios, limitándose a la comprobación de unos números. Se trata de una comprobación de una agenda que contiene datos almacenados y que pudieron ser borrados por el titular o, incluso, bloqueados por el titular. Por otra parte, esa actuación no permite comprobar el destinatarios de la llamada, ni el tiempo ni, en la mayoría de los supuestos las horas de su relación, tan sólo de una información obtenida de la memoria mediante una sentencia actuación sugerida por el aparato".

Queda claro, por lo demás, que tampoco afecta el derecho a la confidencialidad de las comunicaciones conocer la titularidad del contrato de abono telefónico numerado (STSE N° 459/1999, de 2 de marzo).

§ 7. El derecho a la libertad y confidencialidad de las comunicaciones privadas está dotado de una singularidad propia que lo diferencia del derecho a la intimidad y, además, está sujeto a una protección reforzada en la Constitución. Su interceptación –que es la excepción– sólo puede producirse mediante "(...) mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la Ley". El cumplimiento de estos presupuestos –que incluye el fin legítimo como base para impedir injerencias arbitrarias o abusivas, artículo 11°.2 CADH–, interpretados de forma restrictiva, permitirá que esa afectación (referidas a las comunicaciones orales, aunque a veces con soporte escrito, como los mensajes de textos o sms, y los correos electrónicos e-mails [BANACLOCHE]) no se convierta en vulneración. No cabría, entonces, invocar la noción material de "urgencia" o "peligro por la demora" para que la autoridad pública intervenga las comunicaciones. El Juez ha de tener en este caso, no la última palabra en la materia, sino la primera palabra. Y, si la interceptación se produce sin la previa orden judicial –o esta es arbitraria–, la información obtenida "(...) no tiene efecto legal".

§ 8. La Ley que desarrolla la interceptación de comunicaciones, siguiendo la doctrina del TEDH en las Sentencias Kruslin, Huvig y Valenzuela Contreras –STEDH del 24.4.1990 y 30.7.1998–, debe contemplar las siguientes cinco garantías:

1. Que se definan las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a vigilancia telefónica judicial;
2. Que se identifique la naturaleza de las infracciones susceptibles de dar lugar a las escuchas;
3. Que se fije un límite de duración de la ejecución de la medida;
4. Que se determinen las condiciones de establecimiento del procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas, incorporando las precauciones necesarias para conservar intactas y completas las grabaciones realizas, a los fines del eventual control por el Juez y la defensa; y
5. Que se determinen las circunstancias en las que se puede o debe realizar el borrado o la destrucción de las cintas.

§ 9. Estas garantías permiten proteger la propia libertad de comunicación, que es puesta en peligro no sólo cuando se interfiere o vigila la comunicación misma –momento de la recolección de datos de o sobre la comunicación–, sino también cuando estos datos obtenidos son utilizados para algún fin –momento de la utilización–, y también cuando estos datos se conservan u organizan para algún uso futuro –momento de la conservación, almacenamiento o tratamiento de datos–.

La ley, por tanto, debe dar una protección suficiente para cada momento, y asegurar que la recolección, utilización y almacenamiento no sean ejecutadas para un fin distinto del que les dio legitimidad.

III

§ 10. En orden a la intervención de las comunicaciones, en concreto las telefónicas, por imperio de las exigencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Constitucional y del Derecho Procesal, y con fines de investigación penal, existen (i) presupuestos constitucionales –anteriores y coetáneos a la medida– y (ii) requisitos ordinarios –posteriores–[MONTERO]. Los primeros permiten configurar la intervención telefónica como una fuente de prueba y medio de investigación –su incumplimiento afirma el Tribunal Constitucional torna inválidos los elementos de convicción recabados (STC García Mendoza, 2058–2004–AA/TC, del 18 de agosto de 2004), mientras que los requisitos de legalidad tienen como finalidad convertir la intervención telefónica en un medio de prueba susceptible de ser valorado como prueba de cargo durante el juicio oral y en la sentencia que se dicte [CLIMENT]. La STSE 1954/2000, del 1.3.2000, es básica al respecto.

§ 11. Los presupuestos constitucionales de la injerencia que la Ley Fundamental autoriza, para determinar su licitud, son cuatro, desde luego más exigentes que la CADH que a tenor de la SCIDH Escher y otros v. Brasil, del 6.7.2009, que se limita a exigir: a) legalidad de la injerencia; b) persecución de un fin legítimo; y c) que la medida sea idónea, necesaria y proporcional.

Se trata de los siguientes:

1. Reserva jurisdiccional absoluta. Esta exigencia importa dos cosas: primero, que se trate de la decisión de un órgano jurisdiccional,

independiente al resolver, y, segundo, que sea adoptada en el curso de una actuación procesal, único medio en que la actividad judicial puede desarrollarse.

La intervención judicial como necesario y previo a la intervención telefónica, atento a la concordancia del artículo 2°.10 de la Constitución y el artículo 230° del NCPP, no admitiría excepciones basadas en la urgencia o en el peligro por la demora –expresión que se refiere a la necesidad de salvataje de bienes jurídicos superiores de terceros, durante la etapa de preparación o ejecución, o si ha cesado ésta, si hay indicios graves de la inminencia de la fuga de los sospechosos o de desaparición de los efectos del delito–, ni siquiera en los supuestos de los Estados de Emergencia. Se discute que si se somete una intervención gubernamental o policial urgente a la convalidación jurisdiccional se salvaría el vicio de inconstitucionalidad, tal como lo declaró la STCE 199/1987, de 16 de diciembre–. Sin embargo, en el Perú, la convalidación judicial no está prevista por el NCPP para esta clase de medidas –si la tiene, por ejemplo, la Ley Argentina 28.873, de 2004: artículo 236, 2do párrafo, CPP Nación y el artículo 100°–B,II,4 OPP Alemana–. En conclusión, los jueces tienen el monopolio de autorizar la adopción de intercepción de las comunicaciones. El problema estriba en decidir si, además de la autorización judicial, se requiere que la propia limitación quede bajo control directo judicial; pero, si el acto de investigación queda, constitucionalmente, bajo la autoridad del Ministerio Fiscal, es obvio que no es posible entender que el Poder Judicial también debe realizarla o, en su caso, de controlar directamente la ejecución de la medida.

2. Resolución judicial. Ha de ser motivada, y lo será tanto para acordar la medida como para prorrogarla –ésta ha de justificarse según el momento y por razones específicas en que se solicita, y debe valorar indicios propios sobre la base de lo que se ha venido a descubrir con las anteriores grabaciones; los indicios deben haber alcanzado cierta medida de concreción, a través del material fáctico concluyente del mundo externo e interno de los sucesos–. Se dicta mediante un auto, no por decreto, en tanto que tal resolución no requiere motivación. Formalmente el auto ha de expresar por sí mismo las razones que llevan a la decisión y debe hacerlo de modo específico. Los fundamentos de hecho han de referirse a los indicios o hechos base que puedan derivar a un delito concreto, determinado, y a la mención de sospechas fundadas

en datos fácticos concretos que dan cierta solidez a las afirmaciones de la Fiscalía solicitante, necesarios para dictar una medida coactiva –basta que la decisión se funde en circunstancias concretas que permitan sospechar que mediante el teléfono cuya intervención se pide se efectuarían llamadas vinculadas con el delito investigado, las que conducirían a esclarecerlo [Cas. Argentina, 13.7.2000, Asunto GN, A y otros]. Los fundamentos jurídicos, amén de razonar en torno a la suficiencia de los indicios, al delito investigado, la proporción de la medida en relación al delito y a su trascendencia, la necesidad y utilidad para acordarla o continuarla. Debe designarse el número telefónico, sin interesar que corresponda o no al investigado; debe ser el teléfono que se crea utiliza el sospechoso de ser autor del delito.

Determinar cuándo se está ante indicios suficientes o ante "suficientes elementos de convicción" es un tema arduo. La clave, a mi juicio, está en la noción de probabilidad –es de seguir la noción estadounidense de 'causa probable'–, que apunta a establecer si existe una probabilidad fundada objetivamente –de base razonable, no de certeza– de que a través de determinada línea telefónica se obtendrá información relevante para esclarecer un crimen grave, (...) siempre según el criterio de una persona prudente y razonable (Corte Suprema de Puerto Rico, Asunto Pueblo v. Tribunal Superior, 1964). Para su determinación es relevante el tiempo transcurrido, a mayor tiempo transcurrido entre la observación de los agentes que solicitan la orden y la expedición de la misma, menor es la probabilidad en que debe estar fundada la orden, y mayor la probabilidad de una injerencia innecesaria. Luego, es necesario someter a análisis el contenido del pedido, la información con que cuenta, el contraste inicial o la credibilidad del informante. Cuando sólo existe información basada en un tercero, sin constatación policial, rige la regla de la "totalidad de las circunstancias" adoptada por la Corte Suprema USA en la Sentencia Illinois v. Gates (1983) –que revocó las reglas Aguilar–Spinelli, sentencias de 1964 y 1969, que exigían una petición que establezca la razón principal para inferir que el sospechoso está involucrado en una actividad criminal, y que el informante es creíble y que la información aportada por éste es veraz–, en cuya virtud si al considerar todas las circunstancias expuestas en las declaraciones o afirmaciones de la policía, basada en referencias de informantes, hay una probabilidad razonable de que habrá de encontrarse o descubrirse lo buscado, debe expedirse la orden. La confiabilidad del

relato es mayor, hay presunción de confiabilidad, si el relato proviene de la víctima o un testigo del delito (Corte Suprema, Sentencia Draper v. USA, 1950). La casación argentina ha precisado que no se requiere como presupuesto una 'demostración inequívoca' de actividad delictiva anterior, sino que bastan 'sospechas suficientes de esta actividad', basta que la decisión se funde en circunstancias concretas que permitan sospechar que mediante el teléfono cuya intervención se ordena se efectuarían llamadas vinculadas con la comisión de los delitos investigados, las que conducirían a esclarecer dichas actividades ilícitas (Sentencias Rivalora, 4.3.1998; Núñez, 7.9.1998; Chueque, 28.3.2003). Lo que se requiere, dice la jurisprudencia germana, seguida por la STSE 1758/2002, del 23.12.2002, es un grado de sospecha adecuada a la fase inicial de investigación, caracterizado doctrinalmente como la 'sospecha inicial simple', basada en la existencia de 'puntos de apoyo fácticos suficientes desde la perspectiva de la experiencia criminalística'.

3. Proporcionalidad. La autorización judicial de la medida de interceptación telefónica ha de estar sustentada en una norma que la habilite –que sea asequible y precisa, que determine el alcance y las modalidades de su ejercicio–. Ha de ser necesaria –por no existir otros medios de investigación menos lesivos y cuando, de otra manera, la investigación de las circunstancias no ofrecería probabilidad alguna de éxito o se tornaría considerablemente más difícil–. Se trata de dos perspectivas del análisis de la necesidad, tanto desde la probable utilidad cuanto de su cualidad de insustituible, pues si no es probable que se obtengan datos esenciales para la investigación o puedan éstos lograrse por medios menos gravosos para los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad vetaría su adopción (STCE 13/85, del 31 de enero).

   Además, debe referirse a delitos graves y de trascendencia social evidente: estricta proporcionalidad, y realizarse en los marcos de una investigación preparatoria en curso –incluye las diligencias preliminares–. Será de constatar, también, que junto al secreto formal de las comunicaciones telefónicas a intervenir, no concurra otro secreto de naturaleza material, cual es el caso del secreto profesional, no siendo por ello lícito intervenir el teléfono del abogado del sospechoso, salvo en los supuestos en los que deba ser considerado imputado como autor principal o partícipe. El plazo de la medida –siempre de duración limitada, prórroga incluida– está vinculado a este principio, que debe ser adecuado a la finalidad de la medida, a las condiciones y entidad de la investigación y del hecho punible investigado.

4. Especialidad. Deriva de la proporcionalidad de la medida (necesidad, subsidiaridad y estricta proporcionalidad). Se ha de especificar los indicios, el delito que de los mismos se desprende y la persona que aparece como sospechosa de ser la autora del mismo: aquí se explica la necesidad de que se haya incoado una investigación preparatoria, mínimamente en el nivel de diligencias preliminares. El delito debe referirse a un hecho concreto plenamente subsumible dentro de un tipo legal grave, del que existan indicios de criminalidad razonables. Además, ha de referirse a una persona concreta: el investigado, de quien se reputa está vinculado al delito objeto de averiguaciones. Se considera, como lo ha decidido la Casación Argentina (Asunto Reynoso, del 11.6.1999), que de todos modos no es una necesaria una identificación exhaustiva de la identidad nominal del imputado o sospechoso –inicialmente, en muchas ocasiones, iniciada una investigación se llega a conocer de la existencia de un individuo no plenamente identificado, con un nombre o un alias–; basta con indicios de que utilizará una línea telefónica determinada. La afectación a terceros no sospechosos será posible –necesidad de interpretación restrictiva– cuando, en razón de circunstancias determinadas, se debe suponer que ellas reciben o transmiten comunicaciones dirigidas al imputado o procedentes de él o que el imputado utiliza su conexión telefónica.

   No interesa que sea un teléfono familiar, ubicado en lugar público o uno de carácter público. Como precisan las Sentencias de la Corte Suprema USA recaída en los asuntos USA v. Kahn (1974), y USA v. Donovan (1977), basta que en la orden de interceptación se identifique a aquellas personas que se sepa que están cometiendo delito.

   El tema de los descubrimientos casuales presenta muchas aristas, en el entendido que la interceptación comprende a terceros no investigados y por delitos ajenos al que mereció la medida judicial. Sin perjuicio de ser fuente para una investigación distinta, el problema es determinar si esas conversaciones tienen valor de prueba.

§ 12. La protección legal contra la interceptación ilícita es tanto de carácter penal como procesal. Así, el artículo 162° CP sanciona al que, indebidamente, interfiere o escucha una conversación telefónica o similar; la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años, y si el agente es funcionario público la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años e inhabilitación. Se protege, en este caso,

el ejercicio fundamental de comunicarse libremente, sin interferencias ni coacciones de ningún tipo y en secreto a través del cable telefónico o similar.

La doctrina penalista entiende que este tipo legal recoge dos supuestos delictivos de actuación del agente, siempre contrario a derecho (sin consentimiento de los participantes o sin mandamiento judicial):

1. Interferir, que importa que el agente intercepta, obstruye o dificulta una comunicación telefónica que se viene realizando entre terceros. Esto es, el agente se interpone o asoma a la conversación para que el mensaje no llegue al destinatario.
2. Escuchar, que significa que el agente, sin dificultar ni obstruir la comunicación entre emisor y receptor, toma conocimiento del mensaje sin que estos conozcan lo que está sucediendo.

§ 13. La vulneración de la exigencia de mandato judicial, motivado, también tiene repercusiones negativas en sede procesal, en tanto en cuanto la información que se obtenga quiera ser aportada en el proceso penal. Dos son las normas matrices que el NCPP consagra respecto de la prueba prohibida.

1. El artículo VIII del Título Preliminar establece, de un lado, que la obtención de una fuente de prueba y la incorporación de la misma –medio de prueba– debe llevarse a cabo, para su debida valoración, por un procedimiento constitucionalmente legítimo; y, de otro, que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona –el precepto en mención hace referencia tanto a la prueba originaria cuanto a la derivada, aun cuando la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema, siguiendo la Jurisprudencia estadounidense, ha venido identificando una serie de excepciones en aras de afirmar, en cada caso, la presencia de un interés prevalente–.
2. El artículo 159° precisa que la sanción procesal para fuentes o medios de prueba, obtenidos o actuados, con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, es su inutilización, que impide categóricamente al juez comprenderlas en la formación de cualesquiera decisiones que pueda emitir: auto o sentencia.

§ 14. Se entiende que el contenido esencial o, mejor, el contenido constitucionalmente protegible del derecho al secreto de las comunicaciones, comprende la comunicación misma entre dos o más personas, al que nadie puede acceder salvo autorización de los participantes en la comunicación o por orden motivada del juez en los marcos de un procedimiento que cumpla con las garantías legalmente previstas. La orden judicial y las exigencias o presupuestos para que sea acordada son los señalados anteriormente. La ejecución y control de la ejecución, existiendo normas con rango de ley que las desarrollan, son de mera legalidad ordinaria, cuya vulneración sólo causa la nulidad de actuaciones. Es de aclarar, sin embargo, que si en la ejecución de la interceptación media extralimitación material o temporal en el uso de la autorización, lo que se afecta es el contenido esencial del derecho a la confidencialidad de las comunicaciones.

Estas garantías han de referirse a los mecanismos para la autorización de la orden, a los rigores en su ejecución y a los controles ulteriores por parte del afectado. La orden judicial –presupuestos de su emisión y requisitos de su contenido referidos a la proporcionalidad de la medida– y el cuidado en los mecanismos de su obtención, que garanticen seguridad, eficacia y objetividad en el procedimiento de ejecución de la medida, se erigen en los elementos que integran el contenido esencial del mencionado Derecho Constitucional, cuya vulneración determina la inutilización del elemento de prueba, esto es, de la información recabada.

IV

§ 15. El NCPP regula lo que denomina, bajo inspiración italiana, "medios de búsqueda de pruebas y restricción de derechos", precisamente en el Título III de la Sección II referida a la prueba. En la parte general, Capítulo I denominado "Preceptos Generales", fija las exigencias comunes a las diversas medidas instrumentales restrictivas de derechos que autoriza.

Toda medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos es, propiamente, un acto de investigación limitativo de un derecho fundamental destinado a descubrir los hechos punibles que se han producido y sus circunstancias, y la persona o personas que los haya podido cometer –garantizan, pues, el proceso de conocimiento–. No cabe duda que la intervención telefónica es un acto de investigación limitativo de un derecho

fundamental: el secreto o confidencialidad de las comunicaciones telefónicas, y que se dirige a buscar y adquirir las fuentes de la investigación.

§ 16. El NCPP ha previsto una amplia gama de actos que limitan derechos fundamentales, pero según su entidad o nivel de la afectación a su contenido constitucionalmente protegible, ha dividido la intervención de la autoridad penal (Policía, Fiscal y Juez) de distinto modo e intensidad, de cara a su preconstitución probatoria. Es importante reconocer la opción por el reconocimiento de afectaciones leves, medias e intensas de los derechos fundamentales –propuesto por ALEXY y en su día adoptado por el Tribunal Constitucional Alemán en la conocida sentencia sobre el tabaco–, a fin de articular de una manera adecuada la autonomía y rol de director de la investigación del Ministerio Público con la salvaguarda de los derechos fundamentales, reconociendo a la Fiscalía un desarrollo autónomo de las acciones básicas relativas a sus competencias y que no supongan una amenaza media o intensa para la dignidad del individuo y los derechos fundamentales que la garantizan, y de otro aplicar la máxima *in dubio pro libertate* para que las afectaciones medias e intensas requieran el control previo de necesidad y proporcionalidad del Juez de la Investigación Preparatoria. Así se tiene:

1. Actos realizados por la policía en las diligencias de prevención: control de alcoholemia, registro de personas;
2. Actos realizados por la policía con dación en cuenta al Fiscal: pesquisas, retenciones para pesquisas, mínimas intervenciones corporales.
3. Actos realizados por la policía con orden del fiscal: video vigilancia, aseguramiento de documentos contables y administrativos.
4. Actos realizados por el Fiscal por ejecución directa: reconocimiento de personas.
5. Actos realizados por el Fiscal con necesidad de resolución confirmatoria judicial: incautación forzosa de bienes por peligro por la demora, examen corporal de una mujer de urgencia que comprometa el pudor.
5. Actos realizados por el Fiscal con orden judicial: intervención y grabación de comunicaciones, allanamiento, levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria.

§ 17. La restricción de derechos está sometida al principio de legalidad. El artículo 202° precisa que su objeto, constitucionalmente lícito, se circunscribe a la finalidad de esclarecimiento del proceso, y que la autoridad penal ha de actuar siguiendo las prescripciones de la ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado.

Como los actos de investigación son realizados por la Fiscalía y su ayudante principal: la Policía, corresponde al juez autorizar la medida que ésta solicita y, luego que la ejecuta la Fiscalía, controlar debidamente su corrección jurídica. Los presupuestos para la autorización judicial de restricción de derechos fundamentales están recogidos en el artículo 202° NCPP, mientras que la ejecución de la medida y su control lo están en el artículo 203° NCPP.

§ 18. Presupuestos. Por imperativo de la Constitución la adopción de la medida se somete al cumplimiento de los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad.

El Fiscal, en los marcos de una investigación en curso, debe formular un requerimiento motivado. La cantidad de indicios delictivos [suficiente elementos de convicción, como dice la ley] está en función al momento en que se solicite la medida, a las características limitativas y entidad lesiva de la medida a solicitarse, y a la gravedad del hecho que necesita esclarecerse –ha de exigirse racionalidad de la noticia, probabilidad de su existencia; por tanto, a la simple manifestación de la Policía o de la Fiscalía ha de acompañarse algún otro dato o de algunos que permitan al juez valorar la racionalidad de su decisión en función del criterio de proporcionalidad (así, por ejemplo, Auto del Tribunal Supremo Español, Asunto Naseiro, del 18.6.1992)–. Debe existir una imputación concreta –criterio de especialidad: no se puede abrir una prospección sobre la conducta de una persona en general–. El juez –sujeto activo u ordenante– ha de realizar un juicio de proporcionalidad, sobre la base de las exigencias que prevé la ley, y de la necesidad, subsidiaridad y estricta proporcionalidad.

Además de la autorización judicial, la medida autorizada debe, de una u otra forma, controlarse en su desarrollo y cese. Integra el control la posibilidad de impugnación y del reexamen de la medida, "...si nuevas circunstancias establecen la necesidad de un cambio de la misma".

V

§ 19. La regulación específica de la intervención, grabación, registros de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación, como se dice en el artículo 230° NCPP, está prevista en el subcapítulo II, bajo el título de "La intervención de comunicaciones y telecomunicaciones", de marcada influencia italiana y alemana.

La intervención telefónica se concibe como un instrumento procesal penal instructorio de naturaleza compleja, al constituir:

1. Una restricción al derecho fundamental a la confidencialidad de las comunicaciones telefónicas privadas, no consentida por los interesados y desconocida por ellos.
2. Adoptada en el curso de una investigación preparatoria –generalmente en sus momentos iniciales o diligencias preliminares– por necesidad de la averiguación adelantada, para (i) investigar hechos presunta pero fundadamente constitutivos en graves delitos; (ii) recabar en su caso fuentes de prueba; y (iii) asegurar tales fuentes para el juicio oral.
3. Procurando que la medida dure y se extienda lo menos posible, al afectar tanto al derecho a la confidencialidad de las comunicaciones como al debido proceso y a la tutela jurisdiccional.

La actividad de captación de la conversación no es una fuente o medio de prueba. Es una técnica que pueda dar lugar a la obtención de elementos de prueba a valorar un día. Por ello, esta medida es un elemento de un medio de prueba [CARBONE].

§ 20. Se ha de entender por intervención telefónica, en los términos del artículo 230° NCPP, el acto de investigación en cuya virtud el Juez de la Investigación Preparatoria, a instancia del Fiscal, con relación a un delito sancionado con pena superior a los cuatro años de privación de libertad y en el curso de una investigación preparatoria –incluida las diligencias preliminares–, decide, mediante auto especialmente motivado, que un funcionario policial o de la Fiscalía proceda a la "obtención por escucha u otro medio de los contenidos de una comunicación telefónica, mediante el uso de cualquier dispositivo electrónico, mecánico o de otro tipo" (Ley USA Omnibus Crime Control and Safe Streets U.S.C. Act de 1968), en cuya virtud efectuará la grabación o registro magnetofónico u otro medio que asegure la fidelidad del registro de éstas durante el tiempo imprescindible para poder preconstituir la prueba del delito y la participación de su autor.

Como se está ante una medida limitativa, de cara al principio de intervención indiciaria, si los motivos que determinaron su dación desaparecen, debe ser interrumpida inmediatamente.

§ 21. En cuanto al requerimiento y la decisión jurisdiccional, es de destacar lo siguiente:

1. El requerimiento fiscal debe cumplir con los siguientes requisitos, que a su vez se trasladarán al auto judicial: (i) la presencia de indicios delictivos suficientes, acompañando los recaudos correspondientes; (ii) el concreto o preciso delito investigado –que ha de ser uno sancionado con pena superior a los cuatro años de privación de libertad–; (iii) el juicio de necesidad de la medida –que según la ley requerirá de una absoluta necesidad "(...) para proseguir con las investigaciones"–; (iv) la identificación contra quien ha de dirigirse la medida, que será contra el investigado o contra los que reciben o tramitan por cuenta de aquél determinadas comunicaciones, o que el investigado utiliza su comunicación (cfr.: artículo 100°–A in fine OPP: "...sólo contra el inculpado o contra personas respecto de las cuales y en base a determinados hechos puede suponerse que transmiten al inculpado determinadas comunicaciones o difunden las trasmitidas por éste, o que el inculpado utiliza a dichas personas como enlace"); (v) el nombre y dirección del afectado, la identidad del teléfono a intervenir y gravar o registrar; y, (vi) la forma de interceptación –la modalidad puede consistir básicamente en la escucha directa de las conversaciones, en su grabado y/o en la transcripción de lo grabado–, su alcance y duración.

2. El Juez de la Investigación Preparatoria ha de resolverlo mediante trámite reservado e inmediatamente. Este mismo procedimiento rige el trámite de prórroga, que pueden ser sucesivas, y que la ley alemana limita a tres como máximo. El plazo de duración no puede ser superior a los 30 días, salvo prórroga. Si bien la ley no limita al número de prórrogas ha de entenderse que éstas no pueden prolongarse ilimitadamente. En su delimitación, necesariamente judicial, desde luego, el juez ha de tomar en cuenta, como un referente importante, el Derecho Comparado inmediato, las necesidades de la causa y la exigencia de límites prudenciales al proceder de las autoridades para evitar un estado de cosas que degenere en excesos, desviación o abuso de poder.

3. El auto judicial ha de ser motivado. Debe plasmar el juicio de ponderación sobre la necesidad de la medida. Debe valorar la necesidad de la

misma en función de la suficiencia de indicios de criminalidad –en rigor, de iniciales elementos indiciarios, precisamente porque la necesidad de la medida tiene lugar, por lo general, en los primeros momentos de la investigación (STSE 75/2003, del 23.1.2003), siempre con suficiente base objetiva (STCE 49/1999, del 5.4.1999), respecto de los que no cabe una constatación previa judicial (STSE 1426/2002, del 18.7.2002)– y al cumplimiento de los demás presupuestos de la proporcionalidad. Como requisitos específicos ha de determinar al destinatario de la medida –a las personas afectadas– y el número de teléfono, así como el delito o delitos cuyo esclarecimiento constituyen la causa y finalidad de la intervención. Además, debe indicar a la autoridad o funcionario, policial o de la propia Fiscalía que se encargará de la diligencia de interceptación y grabación o registro.

Sólo de esta manera será posible comprobar: **(i)** su legitimidad de origen (cumplimiento de los presupuestos), **(ii)** su legalidad de ejercicio (requisitos procedimentales), y **(iii)** la validez de las fuentes de prueba obtenidas, como resultado final.

§ 22. La ejecución de la interceptación y grabación de las comunicaciones telefónicas, por razones obvias es secreta –es la única forma de evitar su inutilidad–. Corresponde a la Fiscalía o a la Policía, bajo la dirección de la primera, con el auxilio de las empresas de telefonía. Los que intervienen en esas operaciones deben guardar secreto de lo que se obtenga. Las comunicaciones serán registradas mediante su grabación o por el medio técnico que asegure la fidelidad del registro.

El Fiscal dispondrá la transcripción escrita de la grabación, levantándose el acta correspondiente, sin perjuicio de la conservación de los originales y mantenimiento de la reserva. Como el Fiscal tiene el señorío de la investigación y le corresponde probar la comisión del delito, la ley le reconoce la facultad de apartar las comunicaciones irrelevantes, y entregarlas a las personas afectadas, destruyendo la transcripción o copia de ellas.

Culminada la intervención y realizadas las investigaciones inmediatas en relación al resultado de aquélla, se pondrá en conocimiento del afectado todo lo actuado –deberá asegurarse que las íntegras estén a disposición de las defensas, para su crítica, contraste y posible solicitud de complemento–. La notificación al afectado, en sede de investigación preparatoria, está condicionada a que no se ponga en peligro la vida o integridad corporal de terceros y si el objeto de la investigación lo

permitiere. Desde luego el Fiscal instará motivadamente al Juez esa posibilidad del secreto, que el Juez decidirá reservadamente, fijando en su caso el plazo para el necesario descubrimiento.

§ 23. La comunicación a los afectados, persigue que éstos puedan revisar las grabaciones y actas. El plazo para hacerlo es de tres días –por razones obvias vinculadas a la extensión de las mismas y dificultad de su acceso el Juez, muy bien, puede fijar un plazo judicial–. Si el afectado encuentra algunas objeciones a las grabaciones –actuadas fuera de plazo o al margen de la autorización judicial, o a su autenticidad– o a las transcripciones –falta de fidelidad con la grabación–, puede instar el re examen judicial. El reexamen judicial se realiza en una audiencia convocada al efecto con la concurrencia del Fiscal y de los afectados –directos o indirectos– y su defensa. La audiencia de re examen está dirigida a verificar sus resultados y, en su caso, impugnar las decisiones dictadas en ese acto [si el imputado no reconoce como propia la voz grabada será del caso disponer la realización de una pericia, cuya realización en modo alguno significa una lesión al derecho a la autoincriminación y al silencio por tratarse de una modalidad de prueba]. Se entiende que si no las objeta, su admisión a la causa para su posterior incorporación al debate queda consolidada.

Si el acta pasa el re examen judicial, tiene una naturaleza de prueba documental preconstituida, y su contenido puede ser introducido en el juicio oral a través de su audición o de la lectura de la transcripción (artículo 383°.1.e NCPP; las transcripciones, ha dicho el Tribunal Supremo Español, pueden sustituir a aquella audiencia pública: STSE del 21.12.1998. Ambas posibilidades son admitidas por el BGH (Tribunal Supremo Federal Alemán) en la sentencia del 3.5.1997). Queda claro que la audición de las grabaciones en el acto oral no es imprescindible, pues puede ser sustituida por la reproducción de los folios que incorporan las grabaciones, salvo claro está que lo insten las partes para constatar algún dato o aspecto.

§ 24. Como es obvio los efectos de lo obtenido dependen del cumplimiento de los requisitos legales: si todo se ha realizado conforme a la legalidad, estaremos ante una fuente de prueba que podrá ser reproducida en el juicio oral. Si por el contrario, se ha incumplido algún requisito, dependerá de la importancia de éste el grado de ineficacia: no es lo mismo que se carezca de autorización judicial a que no se haya realizado una correcta selección de las conversaciones [BANACLOCHE].

Lima, mayo de 2011

Constitución, Tribunal Constitucional y Derecho Penal nacional

SUMARIO: 1. Aspectos generales. **2.** Principios constitucionales del Derecho Penal. **3.** Principio de legalidad. **4.** Prohibición de analogía. **5.** Irretroactividad de las normas penales desfavorables. **6.** *Ne bis in idem* o doble punición. **7.** Principio de proporcionalidad. **8.** Principio de culpabilidad. **9.** Principio de resocialización. **10.** Principio de respeto y protección a la diversidad cultural. **11.** ¿Interpretación constitucional de la Legislación Penal ordinaria?

1. ASPECTOS GENERALES

El artículo 8° de la Declaración Francesa de Derechos Humanos del 26 de agosto de 1789, estipuló que la ley no debe establecer más penas que las estricta y manifiestamente necesarias, y a su vez encarnó tanto la vigencia de los principios constitucionales de subsidiaridad y constitucionalidad del Derecho Penal, en tanto mandato dirigido al legislador, como los principios de legalidad y prohibición de analogía *in malam partem*, más concretamente dirigidos al juez; todos ellos enderezados a limitar el poder punitivo del Estado. El desarrollo del constitucionalismo y del penalismo modernos han venido a exigir no solo la incorporación en el ordenamiento jurídico de "garantías penales básicas", sino también la superación de su mero contenido programático, para configurarlo en

normas de aplicación directa y exigencia de un adecuado desarrollo legal con pleno respeto de su contenido esencial.

Es el tránsito a unas garantías de tipo *material* o de *contenido*, que además expresan una selección de valores fundamentales que se imponen a los poderes públicos como criterios materiales de legitimidad de su acción [PALAZZO]. Se trata, en suma, de la juridificación del fenómeno punitivo, su sometimiento al cumplimiento de una serie de fines trascendentes a lo punitivo y de contenido garantístico [BARATTA].

El Tribunal Constitucional (TC) en la sentencia recaída en el Expediente N° 47-2004-AI/TC, estableció que "la Constitución es la norma de normas *–lex superior–* que disciplina los procesos de producción del resto de las normas y, por tanto, la producción misma del orden normativo estatal". Asimismo, en dicha sentencia señaló que "La Constitución contiene un conjunto de normas supremas porque estas irradian y esparcen los principios, valores y contenidos a todas las demás normas jurídicas restantes, por lo que el principio de jerarquía deviene en el canon estructural del ordenamiento estatal". Del mismo modo, indicó que "La Constitución como norma jurídica vinculante y directamente aplicable constituye la premisa básica para que se erija como fuente de derecho y como fuente de fuentes. La Constitución, por lo tanto, no solo es una norma política –que contiene meras disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos–, también es una norma jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder y a la sociedad en su conjunto (STC N° 5854-2005-AA/TC). Esto es lo que se denomina "primacía normativa" de la ley constitucional".

Lo expuesto no hace sino ratificar que la Constitución orienta la política criminal del Estado y que la "dogmática del sistema penal", desde la ley penal y en tanto proyección de los postulados constitucionales, se construye por la doctrina –teoría jurídica de los juristas– y la jurisprudencia –decisiones de los tribunales– también dentro de ese marco; una y otra tienen que adecuarse a las formas y valores de la Constitución y respetar tanto sus principios como sus valores superiores [BUITRAGO RUIZ].

Hoy en día, por consiguiente, resulta clarísimo y plenamente admitido que la Constitución –y, en esta perspectiva, el Derecho Constitucional– da directrices e impulsos al ordenamiento penal que lo van marcando progresivamente a "golpe" de sentencias del TC, aunque es de reconocer, por

lo menos, tres ideas precisas: a) que el orden de valores jurídico-constitucionales y el orden legal jurídico-penal son espacios relativamente autónomos; b) que tienen sus presupuestos respectivos en diferentes objetivos y finalidades del actuar humano, que muestran regulaciones diferenciadas; y c) que la Constitución concede al legislador ordinario un amplio margen de libertad para la configuración del ordenamiento penal [TIEDEMANN]. En este último punto, el TC en su sentencia recaída en el Expediente N° 14-2006-AI/TC, sostuvo que se trata de un margen limitado por lo estrictamente necesario y en aras de la protección de bienes constitucionalmente relevantes, sin desnaturalizar los fines de la pena.

En la sentencia recaída en el Expediente N° 14-2006-AI/TC, el TC enfatizó que "(...) la política de persecución criminal del Estado, tiene un margen de razonabilidad para ello, pero con límites como los derechos fundamentales de las personas (...)". Ello no significa desconocer, desde luego, tanto la existencia de un sistema complejo de relaciones expresado en la presencia de un conjunto de preceptos que directa o indirectamente afectan y conforman el sistema punitivo [ARROYO ZAPATERO], como el efecto recíproco y la necesidad de una concordancia práctica entre la Constitución y el Derecho ordinario [HESSE].

El TC ha expuesto que las bases del Derecho Penal y de todas las ramas del Derecho en general no hay que buscarlas en los códigos o en las leyes, sino en la Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del actual Estado constitucional y democrático. No obstante, en la sentencia recaída en el Expediente N° 14-2006-AI/TC, el mismo TC ha llegado a decir, aunque con un cierto tufillo de superioridad errática, que ese órgano constitucional a través de la interpretación y la argumentación constitucionales contribuye a superar las limitaciones de la dogmática penal. Llama la atención, como nota marginal, que haya repudiado sin más, y sin entender a JAKOBS, lo que la moderna ciencia penal está analizando bajo la denominación de Derecho Penal del enemigo –como si esa noción fuera una corriente político-criminal que postula una concepción y método de acción cerradamente inconstitucional, entrometiéndose en disputas teóricas sobre la materia–.

La dogmática del sistema penal es asunto de la doctrina y la Jurisprudencia, es decir, forma parte del Derecho ordinario y es monopolio de la jurisdicción ordinaria, lo que no margina por cierto que determinado ámbito

de la dogmática esté abierto a la influencia directa del orden constitucional, que está dentro de las fronteras de la Constitución y en vinculación con la política criminal [TIEDEMANN]. Esto último es lo que viene a explicar los intentos muy serios de formular un "concepto constitucional de delito" y, desde esa perspectiva, la Constitución desempeña un papel determinante respecto a la dogmática penal en la medida en que regula los derechos fundamentales, incorpora normas que directa o indirectamente rigen la materia penal e, incluso, contiene directrices de política penal que orientan o delimitan la tarea del legislador ordinario [COBO/VIVES].

2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PENAL

Los principios que introduce la Constitución, vista su calidad y cantidad –lógicas intensivas y extensivas del ordenamiento constitucional–, no pueden menos que calificarse como un programa penal de la Constitución, que implican un conjunto de postulados político-criminales genéricos, que protegen al ciudadano de un Derecho Penal anticonstitucional aunque no contra una mala política criminal, dada la libertad reconocida al legislador ordinario para resolver a su prudente arbitrio los problemas concretos que se le plantean; mala política criminal que, hoy en día, se expresa –entre otros factores– en la hipertrofia del sistema penal en su conjunto [PALAZZO].

Existe un conjunto de principios, de alcance general, referidos a todo el ordenamiento que inciden, directa o indirectamente, en el Derecho penal. Entendemos por "principios" aquellos postulados, de alcance general con proyección en el sistema penal, que informan todo el ordenamiento jurídico, previstos explícita o implícitamente en la Constitución y, por ello, tienen un carácter supremo que expresa la filosofía incorporada en la Ley Fundamental. Lo particularmente remarcable cuando se está ante principios de relevancia constitucional es que cuando entran en conflicto generan un problema hermenéutico que no se resuelve solamente con las reglas tradicionales o comunes de interpretación, sino con las técnicas del balance o de la ponderación y de la armonización. La primera implica tener en cuenta el caso concreto, el mayor peso o valor, axiológicamente hablando, de un principio sobre otro y el sacrificio de un principio respecto del otro, todo siempre sobre la base de decidir con fundamento lo más justo o lo menos injusto; y la segunda, conduce a la búsqueda de una solución teniendo en cuenta que la Constitución es una unidad, que sus disposiciones no se pueden

mirar aisladamente y que sus normas, en caso de tensión entre ellas, deben ser concordadas [PÉREZ PINZÓN].

Los denominados valores superiores de libertad, justicia, igualdad y proporcionalidad, entendidos como componentes estructurales básicos del orden constitucional, han de informar el conjunto de la organización jurídica y política, y orientar e impulsar todos los ámbitos del Derecho (Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 976-2001-AA/TC). Los dos últimos tienen una suerte de "traducción" o anclaje específico en el Derecho Penal, radicados en la proporcionalidad de las penas y en la protección de la diversidad cultural y consecuente reconocimiento de un ordenamiento de relativa autonomía para los indígenas. En el ámbito de la libertad personal, el TC, en su sentencia recaída en el Expediente N° 2496-2005-HC/TC, expresó no sólo que es un derecho fundamental reconocido, sino también un valor superior del ordenamiento jurídico, pero su ejercicio no es absoluto e ilimitado, pues se encuentra regulado y puede ser restringido mediante ley.

A continuación veremos algunos mandatos, prohibiciones y regulaciones. Así, por ejemplo:

2.1. La prohibición de la tortura u otros tratos inhumanos o degradantes (artículo 2°.24.h de la Constitución), cuya base es la protección del derecho fundamental a la integridad personal (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2333-2004-HC/TC).

2.2. La prohibición de la prisión por deudas (artículo 2° inciso 24, literal c de la Constitución), que garantiza –como acota la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2892-2003-HC/TC– que las personas no sufran restricción de su libertad locomotora por el incumplimiento de obligaciones, cuyo origen se encuentra en relaciones de orden civil. Son relevantes, sobre el particular, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1428-2002-HC/TC, que determinó que la revocación de la condicionalidad de la pena por omisión voluntaria del pago de la reparación civil no constituye una lesión del derecho a la libertad individual, pues como luego enfatizó la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 7361-2005-HC/TC, "(...) el origen de la obligación de pago se afinca en el ámbito penal, sede en que se condenó a la beneficiaria imponiéndosele como condena el reparar el daño

ocasionado por el delito" y antes mencionó la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 893-2004-HC/TC que la obligación de pagar la reparación civil es una verdadera condición de la ejecución de la sanción penal. Asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 7361-2005-HC/TC declaró que ese incumplimiento, doloso o culposo, también autoriza a impedir la concesión de un beneficio penitenciario de excarcelación en tanto la ley así lo disponga.

Desde la tipicidad del delito de omisión de asistencia familiar (artículo 149° del Código Penal), cabe sostener que no es posible considerar que se trate de la excepción al mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios, pues lo que ese tipo legal castiga es el incumplimiento de resoluciones judiciales y no meros convenios entre particulares [REYNA ALFARO]; centrado en "(...) deberes de tipo asistencial, donde prevalece aún más la idea de seguridad de las personas afectadas (...)" [SALINAS SICCHA. Cfr. ejecutoria superior del 21 de mayo de 1998-Lima]; por lo que el bien jurídico que se protege no es el crédito en cuanto tal, ni persigue sancionar el incumplimiento de una obligación civil, sino proteger a los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar [v.gr. sentencias del Tribunal Supremo español del 28 de julio de 1999, 13 febrero de 2001 y 3 de abril de 2001. En contra, SERRANO GÓMEZ].

2.3. La exigencia de criminalización del tráfico ilícito de drogas y del enriquecimiento ilícito (artículos 8° y 41° de la Constitución), que pueden clasificarse como una cláusula de penalización. Sobre el tráfico ilícito de drogas la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 16-2001-HC/TC ha expuesto que constituye (...) un hecho despreciable en la conciencia social de la población y ocasiona un daño calificado a la sociedad", por lo que es de deducir que para el TC las conductas vinculadas al comercio ilícito de drogas constituyen un bien merecedor de tutela penal. Con relación al delito de enriquecimiento ilícito, lo considera un ámbito incardinado en el concepto de "criminalidad gubernativa" y expresión de una política criminal en la lucha contra la corrupción, advertida por la Constitución como particularmente disvaliosa, al punto que ha estructurado no solo medidas preventivas, sino que ha hecho alusión a una de las concretas manifestaciones de los delitos de corrupción y a reglas específicas a aplicarse para su procesamiento, referidas a la intervención del Fiscal de la Nación y a la duplicación del plazo de prescripción en caso de delitos cometidos contra

el patrimonio del Estado (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en los Expedientes N°s 1076-2003-HC/TC y 8-2005-PI/TC).

2.4. Determinados preceptos que consagran los derechos fundamentales. Entre los que destacan los derechos de libertad de expresión, de asociación y de reunión.

2.5. El derecho a la libertad de expresión (artículo 2°.4 de la Constitución) ha sido entendido, al mismo tiempo, como derecho subjetivo y garantía institucional del sistema democrático constitucional, a la vez como libertad preferida, en particular cuando su ejercicio permite el debate sobre la cosa pública (sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 905-2001-AA/TC).

Por ello, la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 3-2005-AI/TC, v. gr., estimó que el delito de apología terrorista no vulnera esa libertad, pues ese derecho persigue, garantiza y protege otros derechos constitucionales, además que la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no prohíbe que el legislador penal pueda criminalizar determinados contenidos de un discurso –el ejercicio de este derecho, como se enfatizó en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 6712-2005-HC/TC, no es libre ni irrestricto, está sujeto a ciertos condicionamientos que deben ser respetados dentro de un Estado de Derecho, límites que deben encontrarse en la propia Constitución–.

2.6. El derecho de asociación (artículo 2°.13 de la Constitución), cuya fundación y funcionamiento si bien no requiere autorización previa debe hacerlo "(...) con arreglo a la ley" (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 4-1996-AI/TC). El marco jurídico que instituya la ley, desde luego, puede criminalizar a los miembros de aquellas asociaciones, entendidas como una unión de personas caracterizada por las notas de organización y permanencia [VIVES/CARBONELL], que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito –se trata de dos supuestos materialmente equivalentes–, referido el primero a una asociación que nace ya ilícita y el segundo a una que, luego, pasa a ser ilegítima [TAMARIT SUMALLA]. La conducta que se sanciona, conforme a lo dispuesto por el artículo 317° del Código Penal, y afirmada por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 4-2006/CJ-116, es el sólo hecho de formar parte de

la agrupación a través de sus notas esenciales, que le otorgan una sustantividad propia de a) relativa organización, b) permanencia o estabilidad, y c) número mínimo de personas –sin que se materialicen sus planes delictivos–; se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del delito buscado. Es muy importante para la determinación de los delitos de asociación ilícita, y ahora de la criminalidad organizada, la previa definición de los alcances del derecho de asociación. El bien jurídico protegido en el delito de asociación ilícita, como se sabe, lo constituye el ejercicio del derecho de asociación, comportando los supuestos tipificados (artículo 317° del Código Penal) claras extralimitaciones al ejercicio constitucional de tal derecho y, por ende, legítimamente sancionados.

2.7. El derecho de reunión (artículo 2°.12 de la Constitución), definido en la sentencia del Tribunal Constitucional (recaída en el Expediente N° 4677-2004-AA/TC) como la facultad de toda persona de congregarse junto a otras, en un lugar determinado, temporal y físicamente, y sin necesidad de autorización previa, tiene como elemento finalista esencial que su ejercicio sea lícito, predicable no solo del propósito último de la reunión, sino de los medios en que pretende ser alcanzado. En consecuencia, la represión se legitima cuando se advierte una intencionalidad lesiva y la concreta actividad violenta durante la congregación de los individuos involucrados en ella. Precisamente, el Código Penal (artículo 315°) reprime el delito de disturbios, cuya relación con la libertad constitucionalmente protegida estriba en que, como por ejemplo señala el Tribunal Supremo español en la Sentencia N° 1016-1993 del 6 de febrero de 1991, debe revestir cierta gravedad y entidad, no castigándose en caso contrario estas conductas sobre la base de los principios de proporcionalidad y de intervención mínima del Derecho Penal. Esa misma capacidad de poner en peligro la tranquilidad pública y crear un estado de inseguridad, ha sido destacado por la Corte Suprema en la Ejecutoria N° 1971-97/Puno, del 13 de enero de 1998. Por lo demás, como precisó el Tribunal Supremo español en la Sentencia N° 2083-1994, del 29 de noviembre de 1994, no es obstáculo para la existencia del indicado delito el hecho de que la finalidad de la reunión sea plenamente legítima, como lo puede ser la protesta o la reivindicación que la actuación en grupo desea poner de manifiesto.

Cabe acotar, como dice ALEXY, que la interpretación constitucional de los derechos fundamentales se concibe como un ejercicio de racionalidad tendiente a evitar decisiones arbitrarias.

2.8. Algunos preceptos que regulan conceptos del sistema penal. Es de mencionar, por ejemplo, la inviolabilidad parlamentaria, la jurisdicción indígena y la amnistía (artículos 93°, II párrafo; 149° y 102°.6 de la Constitución).

2.9. La inviolabilidad, respecto de la que aún no se ha pronunciado el TC, desde la perspectiva constitucional, debe entenderse como una garantía constitucional indeclinable de determinados órganos del Estado frente a otros (judiciales), con el objeto de que puedan cumplir su función de manera imparcial [CUELLO CONTRERAS]. En concreto, la razón de esta institución radica en la protección del discurso parlamentario y en la libertad de voto [JESCHECK]. Dogmáticamente es concebida como una causa de justificación –aunque otro sector de la doctrina la califica de causa personal de exclusión de pena–, en cuya virtud los congresistas, el Defensor del Pueblo y los magistrados del Tribunal Constitucional "(...) no pueden ser sancionados por ningún delito de expresión que cometan al exponer opiniones durante el ejercicio de su cargo" [HURTADO POZO].

2.10. La amnistía ha sido definida por el TC en la sentencia recaída en el Expediente N° 13-1996-AI/TC en los siguientes términos: "(...) es un derecho que el Congreso ejerce en nombre de la sociedad, a fin de aplicar el olvido a ciertos tipos de delito, los cuales se tienen como hechos no punibles, y se consideran como nunca perpetrados". La amnistía se ejerce a través de leyes –que pueden ser dictadas antes, durante o después del proceso y de la condena–, caracterizadas por ser "leyes desincriminatorias anómalas" porque el delito es "borrado" de modo anómalo al dar lugar a una desincriminación temporaria, extraordinaria o excepcional, cuyo límite o impedimento se encuentra en aquellos delitos que no lo permiten en razón de tratados internacionales o los cometidos por los propios legisladores –que en este último caso importarían la legitimación del encubrimiento– [ZAFFARONI].

2.11. Es posible identificar, desde las exigencias del ordenamiento penal, cinco principios connaturales de directa relevancia constitucional que abordaremos sucintamente. Son los principios de legalidad penal, proporcionalidad, culpabilidad, resocialización y protección de la di-

versidad cultural, muchos de los cuales incluso se han convertido en Derechos fundamentales.

3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Está previsto en el artículo 2°.24.d de la Constitución Política, y el TC, en la sentencia recaída en el Expediente N° 1805-2005-HC/TC lo considera como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Es el principal límite impuesto por las exigencias del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva [MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN], que se erige como garantía de legitimación y garantía de seguridad [GARCÍA RIVAS] y tiene como fundamentos: a) "el político constitucional", ligado a la división de poderes y a la democracia; b) "el axiológico", orientado a la seguridad jurídica; y c) "el jurídico-penal", centrado en su efecto preventivo general y permite el desarrollo y afianzamiento de la conciencia jurídica de la población [URQUIZO OLAECHEA].

La sujeción que el principio de legalidad debe garantizar es la objetividad, en cuya virtud, apunta JAKOBS, el comportamiento punible y la medida de la pena se deben determinar por anticipado y con validez general, precisamente mediante una ley determinada dictada con anterioridad al hecho; principio que abarca a todos los presupuestos de punibilidad y no está limitado al ámbito de lo imputable (especialmente, también, la prescripción, que ha de estar legalmente determinada y no cabe prorrogarla retroactivamente, tanto si antes del acto de prórroga ha expirado el plazo).

Este principio incorpora varios subprincipios que expresan, por un lado, el tenor literal y por el otro, el significado esencial del mismo; su función técnica se concreta tanto en el proceso de formulación de la ley, como ulteriormente en la interpretación y construcción del Derecho Penal [COBO/VIVES].

Estos subprincipios son los siguientes:

3.1. "Reserva absoluta de ley para definir injustos penales".- Este subprincipio, que tiene una fundamentación democrático-representativa y cumple una función garantizadora [TOZZINI], ha sido denominado por el TC como "principio de legalidad" o de reserva legal en la sentencia recaída en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC, aunque posteriormente, en la sentencia recaída en el Expediente N° 2302-2003-AA/TC lo denominó

"reserva de ley", mientras que el principio de legalidad, en sentido general, se entiende como la subordinación de todos los poderes públicos a leyes generales y abstractas que disciplinan su forma de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a un control de legitimidad por jueces independientes; la reserva de ley, por el contrario, implica la determinación constitucional que impone la regulación solo por ley, de ciertas materias. Es el calificado como tenor literal de la legalidad y entendido como un mero requisito formal. El Tribunal Constitucional alemán (1989), por ejemplo, declaró que su sentido nuclear es el de garantizar la descripción legal de los tipos de delito, es decir, de injusto típico, y no transferir al juez del caso concreto la determinación de lo injusto.

La descripción de la conducta prohibida y de la sanción penal deben estar previstas en una norma con rango de ley de carácter material; es posible que se exprese no sólo a través de ley aprobada por el Congreso, sino también por decreto legislativo [RUBIO CORREA. En contra, ABANTO VÁSQUEZ]; no puede haber norma de rango inferior que las establezca (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 10-2002-AI/TC). La indicada sentencia, a su vez, estimó que cuando existe el mismo tipo delictivo en dos leyes distintas y de vigencia simultánea se vulnera el principio de reserva de ley; lo que concedería un inaceptable grado de discrecionalidad a la autoridad pública.

3.2. "Exigencia de determinación, certeza o taxatividad".- Este subprincipio constituye, propiamente, un "mandato", esto es, una exigencia clara de determinación de las conductas punibles cuyo sustento, además del principio de legalidad, está en el principio de seguridad jurídica –entendido como una garantía a favor del ciudadano frente al sistema penal–. Adriasola postula, siguiendo a Roxin, que propiamente es una garantía contra la arbitrariedad judicial, evitando una excesiva libertad interpretativa y generando en la ciudadanía la seguridad de cuáles son las conductas prohibidas y cuáles, por ende, las permitidas. Al respecto, el TC ha señalado en la sentencia recaída en el Expediente N° 16-2002-AI/TC, que es un principio que transita todo el ordenamiento incluyendo, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside, y que está reconocido implícitamente en ella a través de distintas disposiciones, entre las que está el artículo 2°.24.a que ratifica la finalidad protectora que persigue el Derecho Penal.

3.3. La seguridad jurídica, estipuló la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1-2003-AI/TC, es un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta Fundamental que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto a cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad. La razón de este mandato reside, a tono con la Jurisprudencia Constitucional alemana destacada por Jescheck, –así, BverfGE 47, 109 (120); 48, 48 (56); y, 73, 206 (234)–, por un lado, en que la reserva de ley sólo puede desarrollar plenamente su eficacia cuando la voluntad jurídica de la representación popular ha encontrado en el texto una expresión tan clara, que queda excluida la posibilidad de una resolución subjetiva y arbitraria por parte del juez; y por otro lado, en que el mandato de determinación debe asegurar que cualquier persona pueda prever qué comportamiento está prohibido y amenazado con pena.

El TC ha denominado este subprincipio de "tipicidad" en la aludida sentencia, a la vez que en la sentencia recaída en el Expediente N° 10-2002-AI/TC ha precisado que se trata de una prescripción dirigida al legislador para que dote de significado unívoco y preciso al tipo penal, de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre. El legislador ha de describir qué acción u omisión es seleccionada por la norma penal, qué elementos –objetivos y subjetivos– son singularmente caracterizadores de la conducta, y qué sanción penal establece para la ejecución de la misma [POLAINO]. Por consiguiente, en los tipos penales se debe describir la conducta prohibida con razonable precisión [ADRIASOLA].

Empero, es de aclarar que el principio de legalidad no puede ser entendido de forma tan mecánica que anule la libertad del juez, cuando, en uso de esta, ni se crean nuevas figuras delictivas, ni se aplican penas no previstas en el ordenamiento [BACIGALUPO]. La certeza tiene un carácter relativo, en tanto las palabras y los conceptos no son claros, precisos e inequívocos, de suerte que el texto legal es con mucha frecuencia la exposición incompleta del pensamiento del legislador [HURTADO POZO].

Compatible con lo expuesto, y desde la perspectiva del juez penal ordinario, en la interpretación y aplicación de un tipo legal se debe respetar el tenor literal del enunciado normativo y, la razonabilidad del resultado interpretativo, de suerte que se respeten tanto las pautas axiológicas que

informan la Constitución como los modelos de argumentación comúnmente aceptados y reconocidos por la doctrina [GARCÍA-PABLOS]. Previene TOZZINI, en esta misma perspectiva, que debe primar el concepto de que el principio de legalidad es una garantía constitucional, y que ella, por lo tanto, debe estar por encima de cualquier método de interpretación, puesto que estos representan únicamente un medio para lograr hacer efectiva la garantía, y no para otorgarle contenido al principio constitucional.

La exigencia de certeza, por lo demás, no colinda con los tipos abiertos que frente a la indeterminación, sobre todo en los conceptos valorativos, delegan al juzgador la labor de completarlos mediante la interpretación; no se exige al legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales por la naturaleza propia del lenguaje. En la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1198-2002-AA/TC se admitió la validez de la utilización de los "conceptos jurídicos indeterminados", que definió como "(...) aquellos conceptos o expresiones utilizados por las normas [en] que los límites y términos del enunciado no aparecen perfectamente definidos y que, sin embargo, resultan compatibles con el principio de legalidad mientras puedan concretarse utilizando criterios lógicos, técnicos o de experiencia".

El límite de lo admisible, como insiste BUSTOS, es que la norma contenga el núcleo fundamental de la materia de la prohibición, de suerte que la interpretación no sea cualitativa, sino meramente cuantitativa (aquí se acoge, por cierto, la denominada "teoría de la esencialidad" expuesta por el TC alemán que exige, como enuncia BACIGALUPO, una decisión del legislador sobre todas las cuestiones esenciales que afecten ámbitos normativos básicos y sobre todo en materia de derechos fundamentales). Su concreción –insiste el TC en la sentencia recaída en el Expediente N° 10-2002-AI/TC– debe ser razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia, que permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas típicas. Sin embargo, otro camino más objetivable sigue el TC alemán, pues sostiene, en relación con los conceptos jurídicos indeterminados, regulados con el recurso a cláusulas generales, que no resulta aceptable otra interpretación que la que aparezca más segura y se corresponda con la convicción general.

Por último, la exigencia derivada del mandato de *Lex certa* no sólo se plantea en referencia a la definición de la conducta típica, sino también en

lo que respecta a la determinación de la pena con la que esta se sanciona. El legislador debe prever tanto el plazo mínimo de pena y su duración máxima, pues de no ser así resultaría indeterminada, carente de un marco legal. Así lo ha declarado el TC en la sentencia recaída en el Expediente N° 10-2002-AI/TC [GARCÍA CANTIZANO].

4. PROHIBICIÓN DE ANALOGÍA (ARTÍCULOS 2°.24.D Y 139°.9 DE LA CONSTITUCIÓN)

Incide en la interdicción de creación judicial del Derecho, en cuya virtud el juez no puede desbordar los límites de los términos de la ley y aplicarla a supuestos no previstos en ella [MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN]. Analogía, precisamente, es un método por el que una regla de ley o de derecho se extiende, por semejanza, a casos no comprendidos en ella, debido a que por la similitud que poseen ambos supuestos de hecho han de ser valorados igualmente [URQUIZO OLAECHEA]. El Derecho Penal impone al juez un límite concreto en su labor interpretativa: debe mantenerse dentro del sentido literal posible del precepto, y, como tal, marca el alcance máximo de toda interpretación, que se hace para evitar el riesgo de inseguridad jurídica que podría suponer un exceso de la orientación objetiva de la interpretación si se centrara exclusiva o desmedidamente en la finalidad de la ley olvidando su tenor [LUZÓN PEÑA]. El juez decide, dentro de diversas posibilidades interpretativas, lo que está en la naturaleza de las cosas; no tiene libertad absoluta en la interpretación, está vinculado a las decisiones valorativas legales, que por encargo de la ley se limita a concretar completando la norma en la interpretación [ROXIN].

La interdicción de la analogía desfavorable, amén de ser un principio que informa el ejercicio de la jurisdicción, ha sido calificada por el TC en la sentencia recaída en el Expediente N° 2235-2004-AA/TC como un derecho subjetivo constitucional de los justiciables, concebida, según la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 274-1999-AA/TC, como una garantía procesal constitucionalmente reconocida, aplicable a los procesos de naturaleza penal, al procedimiento administrativo disciplinario y a todo procedimiento de orden administrativo, público o privado, que se pueda articular contra una persona.

La norma funciona para prohibir al juez, mediante el recurso de la analogía: a) calificar el hecho como delito o falta; b) definir un estado de

peligrosidad; y c) determinar la pena o medida de seguridad que le corresponde [PEÑA CABRERA].

La sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 2235-2004-AA/TC, no sólo ha insistido en precisar que la limitación a los derechos fundamentales –si se impone una pena privativa de libertad, lo es ciertamente–, deberá realizarse en términos necesariamente restrictivos; sino que además indica que se encuentra vedada la interpretación analógica *in malam partem* de las normas que restrinjan derechos. La sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 10-2002-AI/TC, precisa que la analogía como integración normativa está proscrita en el Derecho Penal. Debe entenderse como tal aquella que se emplee para fundamentar la represión de un comportamiento mediante la creación de un nuevo tipo legal o la ampliación de uno existente, a partir de la aplicación de la regla a un caso que escapa a su campo de aplicación con arreglo a la similitud de este caso con otro, para lo que es aplicable la regla en cuestión [HURTADO POZO]. No lo está el razonamiento analógico en la interpretación, de suerte que las cláusulas de interpretación analógica tampoco vulneran el principio de *Lex certa* cuando el legislador establece supuestos ejemplificativos que puedan servir de parámetros a los que el intérprete debe referir otros supuestos análogos, pero no expresos.

5. IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS PENALES DESFAVORABLES (ARTÍCULOS 103°, SEGUNDO PÁRRAFO, Y 139°.11 DE LA CONSTITUCIÓN)

Este principio, como variante de la exigencia de *Lex praevia* (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2496-2005-HC/TC), funciona, esencialmente, para el legislador. En cuanto a la aplicación de normas en el tiempo desde una perspectiva general, el TC ha señalado en la sentencia recaída en el Expediente N° 1300-2002-HC/TC, primero, que la regla general es su aplicación inmediata: determinados hechos, relaciones o situaciones jurídicas existentes se regulan por la norma vigente durante su verificación; y segundo, que en el Derecho penal material, la aplicación inmediata de las normas determina que a un hecho punible se le aplique la pena vigente al momento de su comisión. En el Derecho Penal material la acción ha de ser prevista como delito con anterioridad a su realización, la ley solo tiene efectos *ex nunc*.

Sin embargo, en la sentencia recaída en el Expediente N° 2196-2002-HC/TC aclaró que esa cláusula constitucional se encuentra matizada por el principio de favorabilidad, que establece una importante excepción en el caso de que la nueva ley sea más favorable al reo, lo que se explica en el hecho que la prohibición de retroactividad es una prohibición garantista, y establece una preferencia a las leyes que despenalizan una conducta o que reducen la penalidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del 31 de agosto de 2004, caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay señaló lo que debe entenderse por "ley penal más favorable": "Será (...) tanto aquella que establece una pena menor respecto de los delitos, como la que comprende a las leyes que desincriminan una conducta anteriormente considerada como delito, crean una nueva causa de justificación, de culpabilidad y de impedimento a la operatividad de una penalidad, entre otras". Es decir, comprende todas las categorías del delito: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y penalidad.

Lo esencial de esta institución es que la nueva ley más favorable no solo beneficia al reo sino que, además, muestra que la valoración jurídica del delito ha cambiado también, por lo que sería injusto castigar con una pena (o con pena más grave) que ya no convence en el momento en que debe imponerse, es decir, tiene su fundamento en el valor justicia, no es un acto de magnanimidad ni se sustenta en la *pietatis causa* [CUELLO CONTRERAS].

El principio de prohibición de retroactividad perjudicial para el reo presenta dos facetas diferentes: a) "la garantía criminal", en virtud de la cual ningún hecho puede ser considerado como delito si antes no ha sido expresamente consignado como tal; y b) la "garantía penal", que impide infligir pena alguna que no hubiese sido previamente conminada por medio de la ley y en ella descrita exactamente [POLAINO NAVARRETE].

Por otro lado, también ha estipulado que si el juez invoca la vigencia temporal de una norma que no corresponde, vulnera el artículo 103° constitucional (sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 3201-2003-HC/TC). Esta disposición, en la línea sostenida parcialmente por ROXIN, solo funciona para leyes penales materiales, no procesales ni penitenciarias (sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 1234-2000-HC/TC). La no retroactividad es aplicable para las disposiciones que tienen carácter sancionador, como por ejemplo, las que tipifican infracciones, establecen sanciones o presupuestos para su

imposición, o las restrictivas o limitativas de derechos; la norma vigente, en ese caso, es la vigente al momento de la comisión del hecho delictivo, no así para las leyes procesales –en el plano jurisdiccional o administrativo penitenciario– en las que el criterio a seguir es la eficacia inmediata de la misma (sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 1994-2002-HC/TC).

La favorabilidad no comprende la aplicación de normas inconstitucionales, aun cuando concedan beneficios al penado (sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 0019-2005-AI/TC, fallo en el que además ha indicado tanto que: "(...) toda ley dictada como parte de la política criminal del Estado será inconstitucional si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de la personas, procesadas o condenadas. Pero también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de Derecho (...)", como que "(...) la ley declarada inconstitucional, a diferencia de la derogación, 'aniquila' todo efecto que la norma pueda cumplir; incluso los que pueda haber cumplido en el pasado, en caso de que haya versado sobre materia penal o tributaria (...)").

En el caso del delito continuado, que es solo uno de los supuestos que plantean los tipos de actividad plural o mantenida, el TC en una clara invasión a la jurisdicción ordinaria por tratarse de un tema propio de la dogmática y definición de los alcances de una figura legal, respecto al cual existe un intenso debate doctrinal que se prolonga a toda la institución [LUZÓN PEÑA], sostiene que se aplica la última ley, bajo cuya vigencia se cometió el último acto (sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 901-2003-HC/TC). La figura del delito continuado y su relación con los supuestos de retroactividad e irretroactividad alcanza características especiales, cuyo eje de solución, dice un sector de la doctrina, estriba en la aplicación de la ley posterior sólo si la totalidad de su presupuesto ha sido realizado por el agente durante su vigencia [VIVES ANTÓN]; mientras que, otro sector doctrinario sostiene que, en función de la finalidad concebida por el artículo 49° del Código Penal –evitar ciertos casos de reiteración y dar una solución más favorable, de atenuación de la pena– no puede aceptarse la solución de aplicar sin más la nueva ley; en consecuencia, debe aplicarse la ley más favorable entre aquellas vigentes desde el inicio de su ejecución hasta el momento de la sentencia [HURTADO POZO].

6. *NE BIS IN IDEM* O DOBLE PUNICIÓN (ARTÍCULO 139°.13 DE LA CONSTITUCIÓN)

Es un subprincipio que deriva de la cláusula del Estado de Derecho; empero, el TC en la sentencia recaída en el Expediente N° 729-2003-HC/TC declaró que tal principio constituye un contenido implícito del derecho al debido proceso reconocido en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución. La dimensión material de ese derecho fundamental –que según la sentencia recaída en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, pues se requiere previsibilidad en la conducta sancionadora del Estado– aunque más propiamente en esta última [cfr. GARCÍA RIVAS]–, expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción. La posibilidad de la imposición de dos sanciones puede tener lugar, y por eso está prohibido con motivo: a) de una investigación o enjuiciamiento de la misma infracción más de una vez en la misma causa; b) de la incoación de dos o más investigaciones o juicios al mismo tiempo por la misma infracción; y c) de una infracción que ya ha sido objeto de decisión final [PÉREZ PINZÓN].

Se requiere identidad de sujeto, hecho y fundamento (el TC peruano ha seguido en este punto lo que estableció el TC español en la sentencia recaída en el Expediente N° 2-1981, del 30 de enero). Este último presupuesto es el determinante, pues la identidad del hecho requiere, además, que la punición se fundamente en un mismo contenido de injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido (sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC).

Un supuesto propio de la doble incriminación o punición es la prohibición de doble valoración, en cuya virtud de una misma circunstancia o hecho no se pueden extraer dos o más consecuencias con repercusiones en la responsabilidad penal y/o en la punibilidad. Expresión de esta exigencia es el artículo 46°, primer párrafo del Código Penal, en cuanto estatuye que, para la determinación judicial de la pena, el juez no debe atender a hechos o circunstancias que no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad; es decir, no debe valorar doblemente aquellos elementos componentes de la definición típica o determinadas circunstancias ya consideradas por el legislador en el tipo de injusto. Ello

es así porque "los tipos penales contienen los requisitos mínimos para que alguien sea castigado de acuerdo con los marcos punitivos previstos en ellos. De ahí que resulta ilógico agravar la pena con la argumentación de que se ha realizado uno de los elementos del tipo. Tampoco puede servir para la agravación de la sanción la circunstancia de que el comportamiento del autor es exactamente el que el legislador quiso prevenir" [JESCHECK].

Un supuesto particular que puede entrañar la vulneración de la prohibición de doble punición está referido a las personas que pertenecen a pueblos indígenas que tienen su propio sistema de sanciones y de solución de conflictos; por consiguiente, si esa persona ha sido sancionada conforme a la cultura indígena a la que pertenece –la propia Carta Política reconoce la existencia de la jurisdicción indígena y la autoriza a imponer sanciones–, no es posible imponerle una nueva pena o, al menos, debe computar la pena comunitaria como parte de la pena que pretende imponerle [ZAFFARONI].

La "reincidencia", incluida en una reciente modificación penal, no afecta el *ne bis in idem*. Es así porque el primer delito no recibe una pena adicional ni una agravación de esta, y el segundo delito, materia de sanción, no es objeto de una doble imposición de pena, sino de una sola, aunque agravada como consecuencia de los antecedentes previos. La reincidencia tampoco vulnera el principio de culpabilidad, pues se refiere a un hecho del propio imputado, a sus propios antecedentes (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 14-2006-PI/TC). El problema más patente es la fundamentación de su racionalidad jurídica, el por qué de su naturaleza agravatoria, que el fallo no responde como mereciera, pues a final de cuentas no siendo sólidas las teorías que estiman que la reincidencia supone una mayor culpabilidad o se trata de una causa de agravación del injusto, tal vez la explicación se hallaría en la noción de "peligrosidad criminal", entendida como probabilidad de delinquir, ratificada porque el delincuente precisamente volvió a delinquir [COBO/VIVES].

Es obvio, por lo demás, que en los supuestos de reincidencia la pena se eleva por encima del injusto del hecho, lo que se fundamenta en la persistencia antisocial del autor, aunque indirectamente el TC afirme que la pena agravada no es desproporcionada al no vulnerar el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella (cfr. sentencia del

Tribunal Constitucional español N° 150-91, del 4 de julio). Lo esencial, sin embargo, es que, como advirtió la sentencia del Tribunal Supremo español del 5 de julio de 1991, la reincidencia se fundamenta básicamente por razones de prevención especial –vida del autor anterior al delito–, ajenas a la culpabilidad por el hecho –no representa una causa de aumento de culpabilidad–; en consecuencia, el órgano jurisdiccional penal deberá establecer anticipadamente hasta dónde llega la gravedad de la culpabilidad, pues las necesidades de prevención especial derivadas de la tendencia del autor sólo podrán ser contempladas hasta ese límite, que no tiene por qué agotar la máxima pena prevista en abstracto en la ley; tesis que importa una interpretación correctora que es compatible con la sentencia del Tribunal Constitucional alemán del 16 de enero de 1979, la que condicionó la constitucionalidad de la reincidencia siempre que se evitara una presunción de la mayor culpabilidad y se verificara en cada caso si se le podía reprochar al autor reincidente el no haber tomado como advertencia las anteriores condenas [CHOCLÁN MONTALVO].

7. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Deriva de la cláusula del Estado de Derecho (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 10-2002-AI/TC) y, desde una perspectiva general, ofrece elementos para analizar la validez –saber cuáles son los contenidos vinculantes para el legislador que surgen de los derechos a través de un análisis lingüístico de tipo interpretativo y argumentativo–, la aplicación y la fundamentación de las normas constitucionales. La sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 6712-2005-HC/TC, en esa misma línea apuntó que "(...) a través de la proporcionalidad se procura que cada solución a la cual se arribe responda a una conveniencia constitucional o finalidad de la determinación de contenidos de cada uno de los derechos que están en juego. Es decir, busca que el resultado del acto interpretativo responda al objeto perseguido por la ponderación realizada".

Este principio, que en sede penal afecta al injusto del hecho –no a la atribuibilidad del injusto al autor, propio del principio de culpabilidad–, es decir, a la relación entre la gravedad del injusto y la de la pena [GARCÍA PABLOS], se expresa en una triple dimensión: la intervención restrictiva de los poderes públicos debe ser necesaria, adecuada y proporcionada. Ello significa que la proporcionalidad se mide en abstracto y en concreto; la

primera, referida al establecimiento de conminaciones legales, y la segunda, circunscrita a la imposición de penas, y en ambos casos exige, como común denominador, que guarden relación valorativa con el hecho cometido, contemplado éste en su significado global [ARROYO ZAPATERO].

7.1. "El subprincipio de necesidad".- Se expresa a través de la exigencia de protección de bienes jurídicos o de dañosidad social, de aquellos valores, bienes o intereses constitucionalmente legítimos en un Estado Constitucional. Así lo ha consagrado el TC en la sentencia recaída en el Expediente N° 19-2005-AI/TC, al decir que "(...) solo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental (...)".

QUINTERO OLIVARES previene de una identificación entre derechos fundamentales y bien jurídico. Destaca que la necesidad de que ciertos intereses sean constitucionalmente relevantes –mínimo social ético necesario para la convivencia social, en opinión de la mayoría– no los convierte automáticamente en bienes jurídicos penales. Asimismo, señala que los derechos fundamentales reciben su tutela jurídica en la Constitución y que solamente algunos de ellos –reputados como imprescindibles en el máximo grado– y solo frente a cierto número de ataques, son objeto de protección penal, a partir del cual se transforman en bienes jurídicos para el Derecho Penal. Además nos dice que el mantenimiento del sistema social, que impone la necesidad de que ciertos intereses sean custodiados penalmente, se sustenta, a veces en derivaciones de derechos humanos superiores (v. gr. vida y la integridad física) y otras serán simplemente piezas necesarias para el funcionamiento de la relación social (v. gr. tráfico fiduciario público y privado, la honestidad de los funcionarios públicos, etc.). Esto último no significa, desde luego, una distancia del legislador respecto las exigencias constitucionales, pues ha de requerirse que por lo menos mediatamente, los intereses penalmente protegidos deban vincularse a la Ley Fundamental. En esa misma es de advertir que la Constitución no prevé siempre todos los bienes que son de interés vital para la comunidad, cuyas reglas y principios, por consiguiente, desempeñan el papel de límites negativos en la medida que establecen el ámbito fuera del cual el legislador no debería recurrir al Derecho Penal [HURTADO POZO].

Los bienes jurídicos objeto de tutela penal, no sólo deben ser constitucionalmente legítimos –con las matizaciones arriba señaladas–, sino

que deben ser objeto de jerarquización a fin de dotarlos de una protección penal, de unas penas, proporcionadas en su gravedad. Los jueces, por lo demás, deben exigir que la conducta típica entrañe una lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado –entraña la expresión del subprincipio de ofensividad o lesividad *nullum crimen sine iniuria*, que entronca con el contenido material de antijuricidad material–. Desde esta perspectiva, lo que debe incriminarse son hechos y no meros pensamientos, actitudes o modos de vida; afirmación que a su vez incorpora dos subprincipios que se erigen en límites constitucionales objetivo-funcionales: *nullum crimen sine actione* y *cogitationis poenam nemo partitur*; sólo se criminalizan conductas humanas, no meros pensamientos o cualidades de las personas, y se requiere una manifestación exterior de la voluntad criminal, así como que los pensamientos no puedan fundamentar una sanción penal.

Es de introducir tres requisitos materiales, cuya discusión en sede constitucional puede ser muy relevante: a) las lesiones de bienes jurídicos tienen que ser, al menos, socialmente intolerables; b) tienen que necesitar el reforzamiento de la producción de costes jurídico-penales derivados de la lesión al bien jurídico, en interés de la común predisposición a la observancia de la norma; y c) tienen que hacer peligrar suficientemente el objeto del bien jurídico. Los dos primeros requisitos conceden al legislador una prerrogativa de valoración y regulación, y el último requiere de una precisión adicional, centrada en la idea de que los actos que se repriman tienen como límite una puesta en peligro de bienes jurídicos cuya máxima permisión se daría ante la presencia de un peligro abstracto cualificado [BOTTKE].

7.2. "El subprincipio de intervención mínima".- El Derecho Penal debe ser el último de los recursos, debe ser lo menos gravoso posible para los derechos individuales mientras resulte adecuado para alcanzar los fines de protección que se persiguen y debe aplicarse cuando las otras ramas del Derecho no resulten suficientes. Cuando el legislador se decide por el Derecho Penal debe tomar en consideración el nivel de gravedad o peligrosidad de los ataques al bien jurídico; así la gravedad del resultado (si se es delito de resultado o de peligro) y la gravedad de los comportamientos lesivos (dolo o imprudencia).

7.3. "El subprincipio de proporcionalidad de las penas".- La pena debe ser proporcional al delito y la medida de ella se establece sobre la base de la importancia social del hecho –no pueden ser sancionados los delitos con penas

desorbitadas que no guarden una efectiva relación de proporcionalidad entre la gravedad de la acción delictiva y la pena prevista en el tipo legal–. Como tal, este subprincipio está relacionado directamente con el principio de culpabilidad que persigue, como uno de sus elementos fundantes, que la pena no exceda la gravedad equivalente a la culpabilidad. Así, el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal establece la proporcionalidad, en todo caso, como límite máximo, de suerte que el límite hacia abajo es dejado al legislador y al juez para evaluar otros factores informadores de la sanción penal, como por ejemplo la resocialización [GARCÍA CAVERO].

Este subprincipio incide, con mayor rigor, en la dimensión de las penas. Se proyecta, primero, en la fijación legislativa de estas, y segundo, en su aplicación judicial, con su proyección penitenciaria (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 10-2002-AI/TC). MIR PUIG ratifica que la proporcionalidad de las penas plantea dos aspectos o exigencias: a) necesidad de que la pena sea proporcionada al delito; y b) exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca basándose en la importancia social del hecho, en su nocividad social.

La proporcionalidad en este ámbito exige un nivel de adecuación entre gravedad de la pena y relevancia del bien jurídico protegido y, a su vez, entre la pena y las distintas formas de ataque al bien jurídico que la conducta puede presentar (en los que, debe entenderse, no hay un baremo preciso y prefijado).

El juicio de proporcionalidad ha de atenerse a la gravedad del delito y a la finalidad de tutela que corresponde a la pena –criterio último que incluso podía prevalecer sobre el de la gravedad del injusto, si en el caso concreto, las respectivas exigencias de uno u otro criterio fuesen antagónicas–. Este juicio requiere de una ponderación que asuma valoraciones y comparaciones intrasistemáticas; empero, debe tomarse en cuenta, en este ámbito, que la calificación de desproporcionada de una pena sólo podrá tener lugar cuando exista un desequilibro patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles, tal como ha sido precisado por el TC español en la Sentencia N° 161-1997, del 2 de octubre; anteriormente la sentencia del 4 de julio de 1991, si bien previno que la medida de la pena prevista por la ley para un caso general es competencia del legislador en función de sus objetivos de política criminal, anotó como límite que no exista una desproporción

de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad derivado de ella.

Por otro lado, para la aplicación concreta de la pena es de tomar en cuenta las circunstancias objetivas y subjetivas del delito cometido. La entidad del injusto perpetrado –su gravedad y diversas modalidades– y el grado de culpabilidad –que denota el nivel de exigibilidad achacable al autor del injusto– [VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ]. En consecuencia, es evidente que se debe impedir al juez imponer penas superiores a dicha proporción, pero a su vez se le debe autorizar una respuesta menos intensa en función de la entidad del injusto y de la gravedad por el hecho cometido.

GARCÍA CAVERO plantea, esquemáticamente, los ámbitos de la proporcionalidad abstracta y de la proporcionalidad concreta.

7.3.1. La "proporcionalidad abstracta" se expresa tanto en el principio de subsidiariedad, analizar los medios con los que cuenta el Estado para alcanzar el fin de la protección, de suerte que no es lícita la intervención punitiva cuando el mismo efecto puede lograrse con medidas menos gravosas, como en que si se admite la necesidad del castigo penal, debe precisarse el tipo de pena y su cantidad que resulten proporcionales al hecho, a su gravedad y a las modalidades de ataque; además la pena debe formularse sobre la base de un límite mínimo y uno máximo, esto es, en función de la lesión mínima del bien jurídico protegido y de la pena más grave permitida por un Estado de Derecho –aquí, entra en consideración el principio de respeto de la dignidad de la persona humana y que la amenaza penal ha de mantenerse dentro de los límites de la racionalidad– [BUSTOS/HORMAZABAL].

7.3.2. La "proporcionalidad concreta" se observa en la actividad judicial. El juez, dentro del marco dado por la ley penal, debe individualizar la pena.. El artículo 46° del Código Penal reconoce los parámetros de la proporcionalidad, los que se expresan entre la gravedad del hecho delictivo y la gravedad de la pena. El hecho debe apreciarse en todos sus aspectos socialmente relevantes, configurados objetivamente, y la gravedad de la pena, condicionada culturalmente, debe excluir las penas que lesionen el principio de humanidad.

El TC en la sentencia recaída en el Expediente N° 3-2005-AI/TC, realizó el juicio de proporcionalidad de la sanción de la apología terrorista

–caracterizado de "intensidad media"–, analizando sistemáticamente las penas previstas para esa misma figura en relación con los otros supuestos legalmente incorporados: delitos comunes, delitos contra la seguridad pública y otros, y de terrorismo. Refirió, además, la exigencia de una relación entre la importancia de los bienes jurídicos lesionados y la gravedad de la pena prevista, cuya ilegitimación sólo se dispondrá si el grado de realización de los bienes jurídicos protegidos por la ley penal resulta notoriamente de menor importancia que el derecho que se verá afectado por la pena que se imponga. También declaró la constitucionalidad de las penas compuestas, sin que ello vulnere el *ne bis in idem*.

Desde otra perspectiva, pero en la misma línea del citado subprincipio, el TC ha declarado, frente a la derogación del máximo de la pena privativa de libertad temporal que fijaba el originario artículo 29º del Código Penal, que la regla general de duración máxima de dicha pena temporal es de 35 años de privación de libertad establecidos para la revisión de la cadena perpetua, límite que se justifica en la necesidad de proteger los derechos o bienes constitucionales del condenado y por ser más favorable al imputado (STC Nº 965-2004-HC/TC).

8. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Se funda en la dignidad humana, tal como debe entenderse en un Estado democrático respetuoso del individuo, que le exige y le ofrece la posibilidad de evitar la pena comportándose según el derecho; asimismo guarda relación con una cierta seguridad jurídica, pues el ciudadano ha de poder confiar en que dirigiendo su actuación en el sentido de las normas jurídicas no va a ser castigado [MIR PUIG]. Cabe recordar que el principio de dignidad humana implica el reconocimiento a la autonomía ética de la persona y a su indemnidad personal; la persona es un fin en sí mismo, jamás puede ser medio para otro objetivo, el Estado está a su servicio, y no puede ser considerada como un objeto o quedar sometida a la tutela del Estado [BUSTOS/HORMAZABAL].

El principio de culpabilidad contiene el subprincipio de personalidad de las penas –de imputación personal– y el subprincipio de exigencia de dolo o culpa, que se erigen en elementos que fundamentan la reprochabilidad del autor y traza los presupuestos de la pena. El primero limita la responsabilidad a los autores del hecho delictivo y a los que participan en

él como instigadores y cómplices. El segundo rechaza la responsabilidad objetiva –por el mero resultado–, el delito debe cometerse con dolo o culpa –de propósito o por una inexcusable falta de cuidado–.

Cabe indicar, desde ya, que el principio de culpabilidad no es determinante en forma absoluta del concepto de culpabilidad de la teoría del delito; naturalmente influye en él, pero sin determinar su estructura [BACIGALUPO]. A los fines de garantía que exige la política criminal se distingue el principio de culpabilidad y las garantías democráticas que entraña el concepto de culpabilidad, su fundamento y funciones, este último objeto de una profunda discusión en la dogmática penal. La unanimidad, sin embargo, es relevante cuando se concibe la culpabilidad como principio, a partir del cual se extraen una serie de consecuencias limitadoras, que son las esbozadas en el párrafo anterior: exigencia de dolo o culpa, la pena debe contraerse al hecho propio y la necesidad de que se tenga en consideración la situación concreta en la que el autor se encontraba al tiempo de cometer el delito [QUINTERO OLIVARES].

La responsabilidad, parte de la premisa, destacada por el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, que solo se puede aplicar una sanción cuando la voluntad humana se manifiesta en el mundo exterior convirtiéndose en una "conducta objetiva" –están proscritas, por consiguiente, el puro pensamiento, las meras ideas o los simples motivos, siempre que no se traduzcan en la ejecución externa de una acción desvalorada por el ordenamiento jurídico–. La expresión más notoria de ese principio –del hecho propio– es la exigencia de realización de conductas externas que modifiquen los procesos vitales de otras personas o las relaciones sociales del mundo organizado, exigencia que se extiende a las omisiones típicas que si bien no pertenecen al mundo de la naturaleza ni tienen fundamento ontológico forman parte de las modalidades de conducta relevantes penalmente [CASTILLO ALVA].

El sujeto siempre ha de ser motivable psicológicamente por las normas, es decir, debe reunir las condiciones psíquicas de madurez social para poder captar el sentido de las prohibiciones penales: este es el subprincipio de "atribuibilidad" o de normal motivabilidad; el delito debe pertenecer al autor como obra de un ser "responsable", de una "racionalidad normal". Entonces normativamente la reprochabilidad o atribuibilidad solo es posible cuando se reúnen tres requisitos: a) normalidad mental de la persona; b)

presencia o posibilidad de presencia de una concreta relación psíquica del sujeto con el hecho; y c) normalidad de las circunstancias en las que actúa [PÉREZ PINZÓN].

El otro subprincipio es el de "responsabilidad subjetiva", en cuya virtud el castigo del agente requiere que haya sido requerido (dolo) o se haya debido, al menos, a imprudencia; el castigo solo se impone por las consecuencias queridas o previsibles de los propios actos de las personas [GARCÍA PABLOS].

El TC, sobre el particular, estipuló que se está ante un límite a la potestad sancionadora del Estado, y que no es constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2868-2004-AA/TC). Este principio deriva del principio de dignidad humana y de la idea de Estado de Derecho, e indirectamente, desde lo procesal, de la presunción de inocencia.

El TC en la sentencia recaída en el Expediente N° 10-2002-AI/TC insistió en que el principio de culpabilidad es una exigencia de la cláusula del Estado de Derecho y constituye un principio constitucional implícito que limita la potestad punitiva del Estado y, además, es una garantía para los ciudadanos. Las normas constitucionales implícitas, por cierto, son aquellas que pueden encontrarse dentro de la razón de ser o de la finalidad de las normas existentes en el derecho positivo, pero que no han sido escritas literalmente dentro de ellas [RUBIO CORREA].

9. PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN

Dos preceptos son pertinentes. Se trata de los numerales 22 y 21 del artículo 139° de la Constitución que indican, primero, que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad; y segundo, que los reclusos y los sentenciados tienen derecho a ocupar establecimientos adecuados. Esos preceptos no reducen los fines de la pena a la prevención especial, ni conciben al tratamiento como contenido de la ejecución penitenciaria –los términos utilizados se refieren al contenido de la ejecución, no a su sentido de resultado final–. Se entiende, con cierto consenso doctrinario, que el Estado debe construir un sistema de ejecución de la pena que ofrezca –no le imponga– al condenado medios y oportunidades para su reinserción, así como contar con sistemas

jurídicos que puedan facilitar la resocialización sin lesionar los objetivos de prevención general, y eliminar factores que incrementan la asociabilidad del interno –una de cuyas más claras expresiones es la superpoblación penitenciaria, que Villavicencio denomina el fenómeno de la "prisionización"–, sin perjuicio, luego, de introducir programas de asistencia postpenitenciaria.

El TC, por su parte, ha descartado que la retribución absoluta se conciba como el fin de la pena, sin dejar de desconocer el que toda pena trae consigo un elemento retributivo, pues asumir tal concepción unívoca niega al reo su condición de persona humana (sentencia recaída en el Expediente N° 19-2005-PI/TC). Por otro lado, ha sostenido que la Ley Fundamental ha constitucionalizado la teoría de la "prevención especial positiva", al incorporar un principio constitucional penitenciario de la readaptación social de los penados, que obliga al legislador a regular las condiciones de su ejecución y, antes, a establecer el *quantum* de las penas (sentencia recaída en el Expediente N° 10-2002-AI/TC). Reconoce, a su vez, que la pena privativa de libertad es el primer efecto reeducador en el delincuente, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva e inicia su proceso de desmotivación hacia la reincidencia, a lo que denomina "prevención especial de efecto inmediato" (sentencia recaída en el Expediente N° 19-2005-PI/TC). Pero también, admite el valor de la "prevención general", que incide en el colectivo y tiene por finalidad influir en la sociedad a través de la efectividad de la amenaza penal y su posterior ejecución en aquellos que, mediante una conducta antijurídica, atentan contra valores e intereses de significativa importancia y, por tal motivo, son objeto de protección por el Derecho Penal (sentencia recaída en el Expediente N° 19-2005-PI/TC). El TC en la sentencia recaída en el Expediente N° 14-2006-PI/TC sostiene, como corolario, que las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa; es decir, opta, a semejanza de la Corte Constitucional italiana, por el principio de la "multifuncionalidad" de la pena, de suerte que la finalidad reeducadora es compatible con todas las otras posibles finalidades de la pena [PALAZZO], claro está, en la medida en que se privilegie la retribución con seria lesión y desnaturalización de prevención, especial y general.

Esta apuesta de la pena como instrumento de prevención del delito, sin desconocer, por lo menos indirectamente, la función que asume como retribución de la culpabilidad, en orden a determinar las vías constitucionalmente aceptables para asegurar la vigencia de las normas sociales,

permite reconocer una clasificación basada en quién sea el sujeto en el que se pretende que la pena influya en términos de prevención: la prevención especial o individual, que incide en el propio autor, y la prevención general, que incide en la generalidad de las personas [STRATENWERTH].

Por otro lado, en la sentencia recaída en el Expediente N° 14-2006-PI/TC, respecto a la "habitualidad", el Tribunal Constitucional ha sancionado que no infringe principios tales como el de proporcionalidad, lesividad y trato igualitario. Precisa dos ideas: a) que esa calificación jurídico-penal, que importa una más intensa reacción penal, no ingresa al ámbito de la personalidad del autor castigando con una mayor pena su modo de vida; y, b) que la resocialización no es el único fin de la pena, pues también es una obligación del Estado proteger otros bienes constitucionales, entre ellos, la seguridad de los ciudadanos (vide artículo 44° de la Constitución).

Empero, es de rigor tomar en cuenta que los dos argumentos en cuestión no responden al núcleo de esa institución y a sus cuestionamientos dogmáticos.

10. PRINCIPIO DE RESPETO Y PROTECCIÓN A LA DIVERSIDAD CULTURAL

Es un criterio especializado y particularmente notable desde la perspectiva nacional del principio de igualdad, vinculado con la exigencia del respeto a la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas (vide artículos 2° inciso 19 y 89° de la Constitución), cuyos miembros tienen derecho a tener su propia vida y cultura, con todas sus manifestaciones (sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 872-1999-AA/TC). Se deben respetar los derechos de los individuos integrantes de los diferentes grupos étnicos, propiamente, los integrantes de pueblos y culturas originarias y ancestrales del Perú, sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 42-2004-AI/TC con relación a sus tradiciones, costumbres, etc. Con ello, postula el TC en la sentencia recaída en el Expediente N° 20-2005-AI/TC, se reconoce el multiculturalismo y plurietnicidad de la nación peruana, que a su vez concreta el Estado social y democrático de Derecho establecido en el artículo 43° de la Constitución. El respeto al patrimonio cultural inmaterial que infunde a sus miembros un sentimiento de identidad y continuidad, afirma el TC en la sentencia

recaída en el Expediente N° 42-2004-AI/TC, contribuye a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana.

Este principio en el que residen valores constitucionales como el pluralismo, la tolerancia y el respeto por la costumbre, idiosincrasia y cosmovisión ajena (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 20-2005-AI/TC), cumple en sede penal, una doble función: el derecho a ser juzgados en atención a su cultura y costumbres, y si el delito se comete en el ámbito geográfico de su comunidad y en relación con sus patrones culturales, a ser pasibles del modelo de solución de conflictos propios de su cultura [VILLAVICENCIO], artículo 149° de la Constitución; lo cual representa el reconocimiento no sólo de un cierto pluralismo jurídico, en el que los derechos de las comunidades campesinas y nativas constituyen una especie de subsistemas jurídicos, sino también de una justicia de carácter tradicional que admite y respeta [CÁRDENAS KRENZ]. En este último punto, el TC en la sentencia recaída en el Expediente N° 6167-2005-HC/TC aclaró que el reconocimiento de fueros especiales no vulnera el principio de igualdad ante la ley, en tanto asegure todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva (aunque, claro está, debidamente adaptadas a la estructura y funcionamiento histórico de la jurisdicción especial indígena).

11. ¿INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LEGISLACIÓN PENAL ORDINARIA?

Las decisiones del Tribunal Constitucional también han recaído en concretas interpretaciones de las normas penales ordinarias –de dudosa competencia del orden jurisdiccional constitucional–, a cuyo efecto se ha valido, en sede de jurisdicción, de la libertad de diversas instituciones del Derecho Penal. Algunas de ellas serán así:

11.1. El TC ha establecido que la prescripción de la pena, conforme a los artículos 80° y 86° del Código Penal, prescribe a los quince años (sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 590-2002-HC/TC). Desde luego, la invocación al artículo 80° del Código Penal es impertinente por regular otra modalidad de prescripción –del delito, no de la pena– y estar sujeta a una regulación propia.

11.2. El delito de desaparición forzada es de naturaleza permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima (sentencias del

Tribunal Constitucional, recaídas en los Expedientes N° 2488-2002-HC/TC y 2529-2003-HC/TC). La sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 2798-2004-TC/HC, señaló, por su parte, que ese delito es pluriofensivo porque afecta la libertad física, el debido proceso, la integridad personal, el reconocimiento de la personalidad jurídica y la tutela jurisdiccional; además de ser un delito de lesa humanidad de extrema gravedad.

11.3. La circunstancia agravante de pluralidad de personas en la comisión del delito de TID –artículo 297°.6 del Código Penal– no exige la condena de tres o más personas, pues solo se requiere probar la intervención en el hecho de ese número de personas (sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 2212-2004-HC/TC).

11.4. La asociación ilícita es un delito en sí mismo y requiere, para su configuración, en el agente una vocación de permanencia que no se presenta en la simple coparticipación delictiva (sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 4118-2004-HC/TC).

11.5. El delito de peculado permite incorporar al administrador de hecho, en tanto por su poder y adscripción al órgano administrativo le permita tener la custodia y administración de caudales públicos (sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 2758-2004-HC/TC).

11.6. El delito de peculado requiere, entre otros elementos, de la calificación de los fondos utilizados como públicos, no pudiendo configurarse el tipo penal si se tratase de dinero de fuente privada (sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 139-2002-HC/TC).

11.7. El delito de asociación ilícita requiere que el agente forme parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos, por lo que el tomar parte de un delito aislado no puede dar lugar a la sanción por dicho delito. Este delito requiere una vocación de permanencia que no se presenta en la participación delictiva, la cual opera ante la comisión de un delito aislado (sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 4118-2004-HC/TC).

11.8. La duplicación del plazo de prescripción sólo alcanza a los funcionarios públicos por atentar contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste (sentencias del Tribunal Constitucional, recaídas en los Expedientes N° 1805-2005-HC/TC y 6136-2005-HC/TC). La primera sentencia señala que esa misma norma establece que existe una dimensión

subjetiva del derecho de la legalidad penal, que incluye supuestos tales como la creación de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos (párrafo 29). Hace, además, una definición de la autoría y participación y de lo que significa un aparato de poder organizado, aunque sin mayores aportes (párrafos 35 y 36).

Por lo demás, en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 4118-2004-HC/TC, siguiendo el modelo español (cfr. sentencias del Tribunal Constitucional español N° 137 y 151-1997) de dudosa equiparidad en sede nacional por los límites que contiene el artículo 200°.2 *in fine* de la Constitución, en ese ángulo afirmó que la intervención de la justicia constitucional, por vulneración del principio de legalidad, procedería cuando el juez penal se aparta del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento y su sistema material de valores. Más allá del recurso a la literalidad de la norma y a la idea de lo irrazonable de su interpretación, cabe reconocer desde el principio de proporcionalidad que los límites de ese enjuiciamiento en sede constitucional se halla constituido por el amplio margen de libertad que ha de reconocerse al legislador (y, consecuentemente, al juez) en esta materia [COBO/VIVES].

Derecho Procesal Penal

hoy nos tiene sumidos en una de las crisis institucionales más severas[1], y es causa de una mayoritaria desaprobación ciudadana a tenor de una última encuesta realizada por el Instituto de Defensa Legal[2].

---

[1] Unos datos recientes nos persuaden de la alarmante situación de la justicia penal. (1) Según el informe del diario El Comercio de fecha 18 de agosto de 2003 (Pág. A7), solo el 32.5% de los internos en los penales de todo el país –de un total de 28.413– tiene una sentencia definitiva; el sistema judicial arrastra una carga procesal de más de un millón de causas pendientes, sobre una tasa de criminalidad registrada el año 2001 de 588 delitos por cada 100.000 habitantes; solo en Lima –el año pasado– la Fiscalía formuló 55,992 denuncias, y solamente se dispone de 09 juzgados y 15 Salas Superiores; el promedio de duración –en su fase declarativa– de los procesos por delitos graves es de 3 años, mientras que es de dos años en los procesos por delitos menos graves, procesos que constituyen aproximadamente el 80% y en los que está negada la garantía de la publicidad [el tiempo real de duración en su fase declarativa no hace calificar de irónica el rótulo de dichos procesos: "sumarios"]. (2) Señala el Consorcio Justicia Viva [HERNÁNDEZ BREÑA, 2001 pp. 46 y 47) que ello se presenta en un contexto tal que entre los años 2000 y 2002 la tasa de resolución ha venido disminuyendo a ritmo constante; cada vez se reciben más casos y se tiene que arrastrar, año a año, un volumen mayor de causas pendientes, de suerte que en ese período la tasa de pendientes creció en 20,4% y 24,1%, respectivamente, mientras que la tasa de resolución disminuyó en 6,2% y 9,4%, respectivamente. (3) Por otro lado, la institución judicial atraviesa por una seria desestructuración, no solo porque la provisionalidad alcanza, a febrero de 2003, al 45% de la magistratura nacional [COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, 2003. p. 72], con serias críticas al nivel jurídico de sus integrantes, sino porque su legitimación social es casi inexistente; al respecto la encuesta anual de la Revista "Debate", correspondiente al año 2000 da cuenta que el Poder Judicial ocupa el triste primer lugar como la institución más ineficiente del Estado (Volumen XXII, N° 111. septiembre – octubre 2000, Lima. p. 49). (4) Los presupuestos para el Poder Judicial, por ejemplo, siempre fueron limitados, al punto que, luego del retomo de la democracia, el porcentaje de los mismos para los años 2000 y 2001 apenas llegaron, en el primer caso al 1.43% del presupuesto total, y en el segundo caso al 1.279; porcentajes que no son muy distintos en los años 2002 y 2003 (en este año el porcentaje es del 1.25%) (*Vid.*: Rev. IDL, N° 142, 2001. p. 39). Por tanto, según los cuadros elaborados por el Consorcio Justicia Viva [HERNÁNDEZ BREÑA, 2003. p. 45] el gasto en justicia per cápita es de 5,6 dólares (Venezuela tiene un gasto del 27,0: Chile 10,2; Bolivia 7,7; Ecuador 1,7), lo que solo permite un promedio de seis jueces por cada cien mil habitantes y de 5,6 Fiscales por cada cien mil habitantes. Un último estudio del Consorcio Justicia Viva ("El presupuesto de la Administración de Justicia: Análisis de los cuatro pliegos vinculados al sistema"), de O'BRIEN NEIRA, Eduardo concluye que el presupuesto de dichos pliegos (del PJ, MP, CNM y TC) absorbe solo el 1,9 % del Presupuesto General de la República para el año 2003, porcentaje que ha venido disminuyendo respecto de los años 2002 y 2001 (p. 37).

[2] La desaprobación del Poder Judicial alcanza al 68.8% de la ciudadana, y el de la Policía al 45.9% [*vid.*: BASOMBRÍO IGLESIAS, Carlos. "Perú 2003" Inseguridad ciudadana y delito común. Percepciones y realidades, En: *IDL* Lima, 2003. pp. 41 y 44].

Perspectivas de la Reforma Procesal Penal en el Perú

Considero imprescindible partir de una afirmación categórica que constituye una prevención en materia de reforma procesal penal: la pretendida oposición Garantías vs. Eficacia, muy enraizada en nuestra praxis política, es falsa en sí misma y genera discursos perversos desde una óptica conservadora. Estimo que un Código debe tomar en cuenta ambas perspectivas y buscar la forma más adecuada para que la obligación o deber social del Estado, de garantizar la seguridad ciudadana sancionando a los delincuentes, sea eficaz, pero sin mengua del respeto de los derechos fundamentales de la persona.

I

1. Está de más, como todos intuimos, reconocer la necesidad de una reforma integral del proceso penal nacional, y asumir enfáticamente que no es posible acudir a constantes –y muchas veces contradictorias– reformas parciales, las cuales incluso ya se han ensayado siempre con resultados desalentadores. El problema, también es obvio reconocerlo, está en la propia estructura del sistema inquisitivo reformado del Código de Procedimientos Penales –en adelante CPP– de 1940 –reaccionario incluso frente al modelo mixto clásico del CPP de 1920, de definida influencia francesa–, el mismo que a su vez profundizó una gestión de la justicia penal absolutamente torpe, sin bases razonables ni programas de desarrollo sustentables, que

2. Por tanto, creo, y a mi juicio resulta obvio, que lo imprescindible estriba en fijar las bases del nuevo modelo procesal que resultaría adecuado a las necesidades y exigencias nacionales. Para ello, sin duda, cabe tener presente el derecho comparado –señaladamente las normas procesales de *ius cogens* internacional derivadas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las estructuras normativas ya existentes en países de nuestro ámbito de cultura y sistema jurídico–; y, paralelamente, las características institucionales y sociales del país, las posibilidades de cambio y la base real de una dinámica dirigida consistente a modificar el *statu quo*.

3. Desde luego el cambio normativo no es suficiente, pero sienta las bases de un cambio sostenido, siempre que se entienda, de un lado, que todo Código constituye un programa que necesita implementarse a través de una planificación seria y de un firme compromiso político, que incluya un aporte presupuestario que consolide lo anterior; y, de otro lado, que paralelamente se fortalezca la institución judicial (Poder Judicial, Ministerio Público, Consejo Nacional de la Magistratura, Academia de la Magistratura, y Tribunal Constitucional)[3], se mejore y revalore a los operadores del sistema, se instituyan mejores y adecuados sistemas de nombramiento, de evaluación, de inspección o control y de capacitación, etc.

4. Ahora bien, asumiendo críticamente esos condicionantes, pero centrándome en la perspectiva normativa, considero imprescindible partir de una afirmación categórica, que constituye una prevención en materia de reforma procesal penal: la pretendida oposición Garantías vs. Eficacia, muy enraizada en nuestra praxis política, es falsa en sí misma y genera discursos perversos desde una óptica conservadora. Estimo que un Código debe tomar en cuenta ambas perspectivas y buscar la forma más adecuada para que la obligación o deber social del Estado, de garantizar la seguridad ciudadana sancionando a los delincuentes, sea eficaz, pero sin mengua del respeto de los derechos fundamentales de la persona[4].

---

[3] Resulta preocupante, y en sentido inverso al necesario, el anuncio presidencial de Fiestas Patrias de plantear una extraordinaria ratificación judicial –institución que en la forma que ha sido aprobada por el Tribunal Constitucional no asegura la debida estabilidad judicial– y, esencialmente, proponer una sorpresiva modificación del estatuto jurídico de los magistrados, sin base empírica justificatoria ni fundamento razonable, radicándola exclusivamente en la edad para la jubilación forzosa de los mismos.

[4] CONDE-PUMPIDO precisa, al respecto: "garantías y eficacia son los dos factores claves de la reforma. De un lado, el desarrollo de los derechos fundamentales (...) impone

5. 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 y de la Defensoría de Oficio), 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(5).

6. Como señala PEDRAZ PENALVA(6), la justicia penal debe perseguir, a tono con lo que sucede en otros países, cinco objetivos: a) en primer lugar, proporcionar una respuesta procesal a la nueva legislación penal sustantiva relativa a las nuevas formas de criminalidad: delincuencia organizada –terrorista–, económica, delitos–masa, informática y de corrupción, así como –agregó– a la pequeña delincuencia –muy extendida en los centros urbanos– que golpea a amplios sectores de la población y es fuente de inseguridad ciudadana–; b) en segundo lugar, configurar un nuevo enjuiciamiento, sin fisuras, que tutele los derechos fundamentales del acusado (v.gr.: estatuto de indemnidad del reo, reglas de prueba prohibida, delimitación concreta de medidas limitativas de derechos, entre otras); c) en tercer lugar, proteger los derechos de la víctima: en primer lugar, superando los obstáculos a su efectiva intervención procesal, generando –si la situación fiscal del

---

reformas que integren un sistema procesal que los respete plenamente; de otro, el incremento, e incluso la masificación, de la criminalidad, su sofisticación y el desarrollo de la criminalidad organizada aconsejan reformas tendentes a dotar el proceso de una mayor eficacia para hacer frente a estos retos, modernizando sus procedimientos probatorios y agilizando los trámites para que la repuesta penal se produzca en un plazo razonable. Es decir, en un plazo proporcionado a la complejidad de la actividad delictiva enjuiciada" [CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido: "Nuevas fórmulas para la Ley de Enjuiciamiento Criminal". Revista *IURIS*, N° 56. Madrid, diciembre 2001, pp. 24-25].

(5) Un nuevo intento de reformar íntegramente el proceso penal ha sido emprendido por el Gobierno con la expedición del Decreto Supremo N° 005-2003-JUS, del 12 de marzo de 2003, que dispuso la constitución de una Comisión Especial de Alto Nivel encargada de proponer las modificaciones y mecanismos legales para la implementación del Código Procesal Penal, a cuyo efecto se le concedió un plazo de 120 días contados desde su instalación para culminar su labor.

(6) PEDRAZ PENALVA, Ernesto: "Derecho Procesal Penal - Principios del Derecho Procesal Penal", Tomo I, Colex, Madrid, 2001, pp. 110-117.

país lo permite– mecanismos públicos de indemnización, ampliando las posibilidades de imposición de medidas provisionales reales para evitar la insolvencia sobrevenida del reo, y evitando la victimización terciaria al prever respuestas al funcionamiento anormal de la justicia y al error judicial, arbitrando medidas de protección, reconociendo el derecho al silencio de la víctima cuando está en discusión una posible autoincriminación (Stedh, Asunto K vs. Austria, 3.6.1993), y limitando el careo en supuestos muy concretos (vgr.: atentados sexuales violentos); **d)** en cuarto lugar, integrar la vigencia del principio de proporcionalidad, en cuya virtud la tutela de los derechos del reo no puede hacer caso omiso de la protección de los intereses generales democráticamente acogidos en la Ley [concepción de HABERMAS], de suerte que mida, si la limitación del espacio jurídico individual estaba justificada, era adecuada al fin perseguido, si la medida adoptada era asumible por el sujeto pasivo; y, **e)** observar exquisitamente el debido proceso, de un procedo justo y equitativo (igualdad de armas, juez legal, defensa, contradicción, acusatorio), y sobre todo del derecho al plazo razonable. Ello exige: 1) tender a un proceso con rasgos más contradictorios, que apunte a la igualdad procesal y a la necesidad de un juez tercero e imparcial; 2) encargar la instrucción al Fiscal con control judicial; 3) buscar rapidez, simplicidad, menor coste, mayor eficacia de la Justicia Penal con la introducción razonable de modalidades aceleradas, en las que la investigación o se suprime o es mínima; 4) instaurar un sistema probatorio que rechace las pruebas inconstitucionales, y la introducción procesal de pruebas sin las exigencias de inmediación, contradicción, publicidad; y, 5) acoger el principio de oportunidad y el del consenso vía fórmulas transaccionales o de acuerdo con el acusador público, con un amplio y preciso control jurisdiccional.

7. Tal vez es de suyo importante reconocer, a los solos efectos analíticos, que existen dos problemas especialmente complejos que es del caso abordar decididamente. De un lado, la delincuencia organizada y, por otro, la pequeña delincuencia violenta y la urbana de poca monta –básicamente patrimonial–. En tal virtud, es de arbitrar instituciones procesales idóneas para combatir con eficacia esos fenómenos, que eviten la impunidad y la indefensión de la ciudadanía[7]. En el caso de la pequeña delincuencia, o

[7] Según el trabajo de BASOMBRÍO IGLESIAS, del IDL, la violencia delincuencial común preocupa al 56.1% de la población –el 73.3% cree que está aumentando progresivamente–, la cual supera a la violencia terrorista que solo alcanza el 32.4%; asimismo,

cuando se presenten situaciones de evidencia de la comisión del delito, es absolutamente posible obviar o reducir al mínimo la actividad instructora y proceder al rápido enjuiciamiento del mismo, para lo cual resulta menester tanto configurar procesos especiales rápidos –de claro origen francés según da cuenta PRADEL– como proveer un modelo de organización de la justicia que lo posibilite y haga real –como apunta GIMENO SENDRA– el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, evitando de ese modo que no se malogren los fines de prevención general y especial de la pena, ni se frustre, en la práctica, el derecho a la tutela jurisdiccional de la víctima(8).

8. Ahora bien, el Programa de la Constitución Nacional impone un sistema acusatorio o contradictorio, bajo 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)(9); 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).

9. 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 DELMAS MARTY apuntan hacia un proceso contradictorio(10)–, concebidos y regulados sin mengua de la eficacia propia de todo proceso penal serio y ponderado.

---

los robos callejeros y los robos a las viviendas constituyen, hoy en día una gran fuente de preocupación de los sectores urbanos mayoritarios: 67.1 % en el primer caso y 65.1 % en el segundo caso [Ob. cit. pp. 17, 27 y 28].

(8) GIMENO SENDRA, Vicente; LÓPEZ COIG, Juan Carlos: "Los nuevos juicios rápidos y de faltas", Ceura, Madrid, 2003, pp. 7-8.

(9) Precisa DEL MORAL GARCÍA, Antonio que un presupuesto ineludible de la atribución de la instrucción al Ministerio Público es el reforzamiento de su autonomía e imparcialidad, creando garantías que la hagan constatable por la Sociedad [DEL MORAL GARCÍA, Antonio: "Ministerio Fiscal y reforma de la justicia", En: Revista Jueces para la Democracia. N° 43. Marzo 2002, p. 25].

(10) DELMAS-MARTY, Mirielle. "El proceso penal en Europa: perspectivas", En: Revista Poder Judicial. II Época, N° 37, Marzo, 1995, p. 87.

II

1. Un análisis del Código Procesal Penal –CProP– de 1991 e incluso del Proyecto de 1995 y sus versiones sucesivas, permite encontrar los siguientes puntos resaltantes:

a) Defectos técnicos en la estructura general del CProP;

b) 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.);

c) Incorrecta configuración de la investigación fiscal, que la burocratiza y –en cierto estadio– la hace depender de la autorización judicial, amén de 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);

d) 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 respeto al derecho de defensa del imputado, la actuación de actos de investigación adicionales;

e) Simplificación excesiva del juicio oral, pese a ser la etapa principal del proceso penal; y,

f) 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 inconstitucionalmente el recurso de apelación, (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 géneris, lo que lesiona el principio de audiencia propio de todo juicio de apelación e impide la aplicación de técnicas procesales capaces de controlar razonablemente el acceso de causas.

2. A lo expuesto se agregan dos puntos cruciales: (a) 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 del fujimorato y sus secuelas; y, (b) 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.

3. Sobre esas premisas es que debe enfocarse el análisis del Proyecto CProP. 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.

4. Es de tener presente que desde 1995, en que se estructuró el Proyecto CProP 1991, 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– los nuevos Códigos chileno y el costarricense. Asimismo, la dogmática procesal penal, de la mano de la jurisprudencia constitucional, ha adquirido mayor grado de complejidad y un mayor compromiso con el Derecho Constitucional.

5. 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. En esto último ha venido insistiendo reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional(11).

(11) La STC de 20.6.2002. Asunto Tineo Cabrera, Exp. N° 1230-2002-HC/TC, ha puntualizado que la Constitución es la fuente suprema de todas las leyes y disposiciones reglamentarias, las que a fin de ser válidamente aplicadas, deben necesariamente ser

III

1. Frente a esto, ¿Cuál es la postura de la Comisión Reformadora? ¿Hasta donde se ha avanzado?

a) Inicialmente –solo inicialmente– se acordó tomar como base del trabajo reformista el Proyecto de 1997, para formular las nuevas iniciativas normativas. El análisis y puesta en marcha de las labores propiamente prelegislativas, ha venido demostrando que dicho Proyecto no es adecuado y, por tanto, era del caso implementar, en el camino, otro más idóneo con los lineamientos previamente aceptados o consensuados.

b) Asimismo, se acordó que la segunda etapa correspondería al arduo y complejo trabajo de implementación, que importaba la configuración de las normas de derecho transitorio y las reglamentarias de desarrollo institucional, así como la asunción de líneas presupuestales concordadas y consensuadas. El eje de la última fase será la progresividad: definir lugares y/o partes del Código que entrarían en vigencia, según un calendario seriamente confeccionado.

c) Ambas etapas, desde luego, irán de la mano con un trabajo interinstitucional coordinado, y con un debate nacional que deberá contar con la intervención de expertos, de la Universidad, de los Colegios de Abogados, de las ONG y, en general, de toda persona o institución que considere oportuno intervenir y aportar sus puntos de vista.

2. Hasta el momento lo realizado por la Comisión, sin duda, no es mucho, aunque tampoco es irrisorio. Se aprobó las líneas generales de la estructura del CProP, sobre la base de los modelos eurocontinentales y latinoamericanos de rasgos contradictorios con mayor incidencia acusatoria[12]. Estas son: Título Preliminar (10 artículos), Libro I Disposiciones Generales (acción penal, oportunidad, cuestiones previas, prejudiciales, excepciones, jurisdicción y competencia, partes); Libro II Actividad Procesal (Preceptos generales –actuaciones procesales, formalidad, actas, disposiciones y resoluciones, notificaciones y citaciones, expediente fiscal y judicial, nulidades, plazos–, prueba –medios, búsqueda y restricción de derechos, prueba

interpretadas "desde" y "conforme" con la Constitución ("El Peruano". 29. 8.2002. pp. 5266 a 5270).

[12] Vid.: Diario Oficial "El Peruano", martes 1 de julio de 2003. p. 19.

anticipada, protección de órganos de prueba–, y medidas provisionales); Libro III Proceso común (investigación, intermedia y juicio); Libro IV Impugnación (preceptos generales, reposición, apelación, casación, queja, revisión,); Libro V Procesos Especiales (faltas, querella, funcionales, inmediato, seguridad, terminación anticipada, colaboración eficaz); y, Libro VI Cooperación Judicial Internacional. A ello se añaden las Disposiciones Complementarias, base de la segunda etapa del trabajo de la Comisión.

3. Desde una perspectiva más concreta, la Comisión ya aprobó el Título Preliminar, el Libro I, los dos primeros títulos del Libro II, y el Título I sobre Investigación Preparatoria del Libro III. Igualmente, ya cuenta con todos los textos de los demás Libros y Títulos debidamente ordenados, cuya aprobación está reservada para el mes de septiembre de este año.

IV

1. En el Título Preliminar, destacan seis ideas importantes:

a) Incorporación de dos instituciones procesales clave: la exigencia del Plazo Razonable como derecho de las partes y la imposición de costas procesales, al igual que la proclamación del juicio previo, oral, público y contradictorio como pauta esencial de la intervención estatal.

b) Desarrollo de los elementos que integran el contenido esencial de la garantía genérica de la presunción de inocencia (de un lado, exigencia de prueba, que sean de cargo, que resulten suficientes, y que se hayan obtenido y actuadas con las debidas garantías; y, de otro lado, motivación del fallo, duda a favor del reo).

c) Afirmación de la investigación con señorío del Ministerio Público, que a su vez tiene la dirección de la función de Policía Judicial de la Policía Nacional, con la delimitación de que sus actuaciones no tienen carácter jurisdiccional.

d) Reconocimiento expreso de la legitimidad de la prueba para garantizar una sentencia adecuada en todo Estado de Derecho, en la que desde ya se diferencia fuentes de medios, y por tanto obtención de fuentes de actuación de medios.

e) Fijación de reglas claras en materia Ley procesal penal en el tiempo y de *ne bis in idem* procesal, incluyendo la figura del pleito pendiente.

f) Consagración, en armonía con la fuente colombiana, de la primacía de las normas del Título Preliminar sobre toda otra disposición del Código.

2. En el Libro I, Disposiciones Generales, tal vez, lo más destacable es:

a) La ampliación del principio de oportunidad para imponer medidas reparatorias *ad extra,* con intervención judicial.

b) La consideración que la reparación civil puede imponerse pese al sobreseimiento y absolución, cuando corresponde según las reglas de imputación del Derecho Civil; a lo que se acompaña la nulidad de transferencias en trámite incidental cuando se trata de bienes vendidos en desmedro de la reparación civil y del comiso.

c) La delimitación de funciones a las propias de casación en la Corte Suprema, y a las precisas de apelación en la Corte Superior; la configuración de Jueces Penales, unipersonales o colegiados, para el juzgamiento de todos los delitos –salvo los casos de funcionarios adorados–, cuya base son los tipos penales sancionados en su extremo mínimo con más de seis años; la creación del Juez de la Investigación Preparatoria, para los actos jurisdiccionales que se requiere durante la investigación preparatoria (vid.: art. 323°). Y,

d) La configuración de un claro estatuto para todas las partes, cuya inclusión –salvo la del imputado– es potestad judicial, siendo de destacar:

- Que el Fiscal interviene como tal en el proceso, dicta Disposiciones, y emite requerimientos y conclusiones (se acabó la figura del Fiscal Dictaminador o auxiliar ilustrativo), así como tiene un limitado poder coercitivo, de conducción compulsiva en aras de la efectividad de la investigación;
- Que la Policía está al servicio del Fiscal, que tiene atribuciones limitadas, que la recepción de la declaración del imputado está sujeta a su consentimiento y a la obligatoria presencia de abogado defensor;
- Que el Fiscal de la Nación dicta instrucciones generales a la Policía, que en la investigación –especialmente la policial– la defensa tiene pleno acceso;
- Que, en cuanto al imputado, se potencia su protección jurídica, garantizando la no autoincriminación, otorgándose expresamente a su declaración la función jurídica de acto de defensa;

- Que la persona jurídica, a los efectos de imposición de las medidas (arts. 104° y 105° CP), tiene la calidad de parte;
- Que la víctima, según el sujeto pasivo del delito o solo perjudicado por él, puede constituirse en querellante adhesivo o en actor civil (lo primero significa adhesión a la acción penal del Fiscal y continuación con su ejercicio concurrentemente con el Fiscal);
- Que las ONG pueden constituirse en querellantes adhesivos, institución procesal que puede funcionar conjuntamente con la del actor civil; y,
- Que para los delitos privados se instituye el querellante particular.

V

La Comisión Reformadora –como ya se anotó– tiene listo el borrador final del Anteproyecto de Código Procesal Penal. Las novedades que contiene son:

1. En el Libro II, La Actividad Procesal, en su primer título se concibe el régimen jurídico de las actuaciones procesales (actas, Disposiciones fiscales –según el modelo alemán– y resoluciones judiciales, notificaciones y citaciones, comunicaciones entre autoridades, formación del expediente fiscal y judicial, plazos, nulidad: principio de taxatividad, clasificación en absolutas y relativas, convalidación y saneamiento de estas últimas, efectos de la nulidad).

En su segundo título se configura el derecho probatorio penal. Allí están:

a) Los preceptos generales (excepcionalidad de la admisión de pruebas de oficio, las reglas de valoración basados en la sana crítica, que se extiende a la prueba indiciaria y a los testigos colaboradores, arrepentidos o que estén en una situación equivalente);

b) Los medios de prueba, siendo de destacar la regulación de la pericia oficial –un solo perito, como regla–, de la institucional;

c) La búsqueda de pruebas y restricción de derechos, en la que se reconoce la presencia de una norma habilitadora y de la exigencia del subprincipio de necesidad para dictarla, así como principio de intervención indiciaria y, cuando hay urgencia, ratificación judicial; se reconocen varios actos de injerencia, tales como el control de identidad policial,

controles policiales públicos, la videovigilancia; la pesquisa: inspección, retención y registro; la intervención corporal (que incluye la de víctimas y testigos), y la prueba de alcoholemia; el allanamiento, la exhibición forzosa e incautación de bienes, y el control de comunicaciones (interceptación e incautación postal, interceptación de comunicaciones y telecomunicaciones, y aseguramiento e incautación de documentos privados), así como el levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria, y la clausura y vigilancia de locales e inmovilización;

d) La prueba anticipada, que parte de diferenciar actos de prueba de actos de investigación (vid: art. 242°); y,

e) Las medidas de protección de órganos de prueba, pero que no pueden limitar el derecho de contradicción efectiva e igualdad de armas (art. 250° variabilidad de las medidas).

En su tercer título, se incorporan las medidas de coerción procesal; es de precisar, al respecto, la extensión y profundidad de su regulación: origen nítidamente judicial; principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad. Además, respecto de las personales, se tiene la detención (policial, ciudadana y preliminar judicial, esta última ordinaria y excepcional); la prisión preventiva, con respeto del principio de audiencia oral obligatoria, con un plazo entre 9 y 18 meses, fórmula de la cesación; la internación preventiva para peligrosos; impedimento de salida; suspensión preventiva de derechos (antes, en el proyecto de 1995 denominada 'interdictiva'). Las medidas provisionales reales son las de embargo, inhibición, desalojo preventivo, anticipadas, medidas preventivas contra las personas jurídicas, y pensión anticipada de alimentos, así como la incautación.

2. En el Libro Tercero, El Proceso Común, se han considerado tres títulos: Investigación preparatoria, procedimiento intermedio y enjuiciamiento.

a) La etapa de investigación preparatoria –ya aprobada– tiene como eje su desformalización, la división en dos fases: preliminar –informada por la noción de urgencia o de lo inaplazable– y preparatoria, pero sus diligencias sirven, son una misma cosa, sujetas a un mismo régimen jurídico. El plazo de ampliación del secreto es controlable judicialmente. El plazo de la primera es de veinte días, salvo otro fijado por el Fiscal, que es controlable judicialmente; el segundo se abre con una Disposición de Formalización y Continuación; régimen de participación de las

partes. Se incorpora dos actos especiales, la circulación y entrega vigilada de bienes delictivos y el agente encubierto. Plazo de la Investigación Preparatoria es de 90 días, pero si se trata de un caso complejo es de 8 meses. Ambos plazos están sujetos a control judicial.

b) La etapa intermedia está destinada al control de la acusación y decisión acerca del enjuiciamiento. Se prevé la existencia de una Audiencia Preliminar. Está por definirse el rol del juez en orden a la solicitud fiscal de sobreseimiento. Se considera imperativo la inclusión de la oralidad, la vigencia del régimen contradictorio, la función de saneamiento procesal, y de fijación de hechos y pruebas. Esta etapa y la anterior, están a cargo del Juez de la Investigación Preparatoria. Se estudia los medios impugnatorios que pueden interponerse.

c) La etapa de enjuiciamiento es dinámica. Su apertura solo es posible si no hay conformidad. Se considera viable la posibilidad de cambio de tipificación.

3. En el Libro Cuarto, la impugnación, tal vez, lo más importante es el rol de la Sala Penal Superior y el papel de la Corte Suprema.

a) A tono con la Constitución, la instancia plural exige un recurso de apelación, modelo de ordinario, contra el fallo de primera instancia, a fin de dar lugar al doble grado de jurisdicción. Asumimos, para todas las sentencias, la apelación, bajo la opción de apelación restringida. Las pruebas no se renuevan íntegramente; solo las que exige los principios de inmediación y contradicción; la nueva prueba cuya actuación es permitida es la desconocida, la indebidamente denegada y la no actuada por causas no imputables al recurrente. Existe una audiencia de apelación.

b) El recurso de casación ya no se ve como un derecho del justiciable, sino como un mecanismo institucional para garantizar la unidad del ordenamiento jurídico y la vigencia de los Derechos fundamentales. Por ende, se limita su acceso a hechos graves, pero a tono con la necesidad de fijar jurisprudencia, se permite una incorporación pretoriana, vid.: art. 394°.4 "Cuando la sala, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales" (Colombia). La casación incorporada es la de sin reenvío, siempre que no sea necesario un nuevo debate.

c) La acción de revisión incluye el supuesto de normas inconstitucionales y de delito del juez, siempre que sea condenatoria: revisión *in mellius*.

4. En el Libro Quinto, dedicado a los procesos especiales, a tono con lo expuesto inicialmente se reconocen siete procesos especiales: inmediato (flagrancia, confesión, prueba evidente), por razón de la función (caso de los aforados), seguridad (imposición de medida de seguridad), por razón del delito privado, terminación anticipada (pena a pedido de las partes), colaboración eficaz (arrepentidos) –este y el anterior, responden al principio del consenso– y de faltas. La polémica estará centrada en la viabilidad del modelo de juicio rápido propuesto y, esencialmente, en los procesos que incluyen el principio de transacción, respecto de los que existe cierta experiencia al respecto.

5. En el Libro Sexto, sobre la Cooperación Judicial Internacional, se tiene pensado incluir todos los procedimientos auxiliares, con componentes extranjeros: extradición, rogatorios, transferencia de procesos, diligencias en el exterior. Especialmente relevante es la inclusión de un Título dedicado a las relaciones de la jurisdicción nacional con la Corte Penal Internacional.

VI

El trabajo prelegislativo es, sin duda, amplio, dinámico y complejo. No solo se trata de elaborar, idealmente, un nuevo Código Ritual, sino de poder concordarlo con otras reformas indispensables y, esencialmente, con las posibilidades del país. Esto último determinará el mecanismo de la transición y de la implementación de sus disposiciones. La voluntad política, por cierto, es decisiva en este esfuerzo, pero también el reclamo ciudadano por mejorar el sistema de justicia penal. Todo ello no se logra solo con voluntad, también se requiere un esfuerzo consistente de implementación, los cuadros necesarios para llevarlo a cabo y todo un mecanismo puntual de ejecución, seguimiento y consolidación.

La investigación en el Código Procesal Penal (1991)

SUMARIO: **I.** Conceptos generales. **II.** El Ministerio Público. **III.** Valor de la investigación. **IV.** Dinámica de la investigación. **V.** Bibliografía.

I. CONCEPTOS GENERALES

1. La Investigación Oficial

El Código Procesal Penal (1991) emplea el término investigación, a diferencia del de instrucción, utilizado por el Código de Procedimientos Penales (1940), para referirse a la actividad consistente en la recopilación de elementos de prueba necesarios para el desarrollo del juicio. Se trata, en suma, de un procedimiento instructivo o informativo, en el que se averigua la existencia del delito y de la persona o personas involucradas en la comisión de un delito.

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 [1992:236].

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° Constitucional) 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 proceso (art. 139°.10 Constitucional), no cabe dejar a la iniciativa de los particulares el descubrimiento de las fuentes de información sobre lo que ha de ser materia de juzgamiento. La investigación exige, además, la adopción de medidas de aseguramiento que sólo 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

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. Constituye una etapa meramente preparatoria del juicio oral y sirve, como apunta RICARDO LEVENE (H), para obtener los elementos de convicción que son indispensables durante el juicio efectuándose una averiguación previa durante la cual casi todas las medidas son provisorias y no causan instancia, siendo el sumario secreto –nosotros, siguiendo nuestro sistema procesal desde 1920, diríamos reservado–, escrito y sin contradicción en el caso de la ley peruana, sería con contradicción más o menos amplia [1975: 287].

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° CPP).

3. Contenido de la Investigación

Las diligencias de investigación tienen un carácter instrumental y previo al verdadero proceso penal: el juicio oral. Son encaminadas a posibilitar una eventual celebración del juicio, precisamente cuando de su resultado se desprenda la comisión de un hecho delictivo y se han podido obtener los elementos de convicción suficientes para basar la acusación [MORENO CATENA, 1987: 132].

Los actos de que se compone se van formando progresivamente, no de modo lineal, en la medida que se avanza en la recolección de elementos que servirán de prueba en el juicio. Ello no es sino la ratificación del carácter eminentemente creativo de esta etapa procesal.

Las diligencias que se realizan durante la investigación pueden ser 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 declaración y/o ejecución, talés como la detención, el secuestro o incautación y el embargo [TOME GARCÍA, 1993: 292].

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 [GUTIÉRREZ DE CABIEDES, 1982: 286]. El titular de la investigación es el Ministerio Público, no obstante lo cual las medidas coercitivas, esto es, las propiamente cautelares y las instrumentales restrictivas de derechos, están reservadas al órgano jurisdiccional [arts. V y VII del T.P. del CPP].

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.

a) Titularidad Fiscal: La Constitución, de modo definitivo, ha consagrado la titularidad del Ministerio Público en el adelantamiento de la investigación (art. 159°.4). El art. V del Título Preliminar del CPP señala que los actos realizados por el Ministerio Público 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 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.

Esta opción constitucional, además, tiene varias ventajas: a) 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;* b) 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, c) 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 persecución penal y el control de ese ejercicio, por cuanto en esa forma no se produciría una debida solución del antagonismo, incito en el proceso penal: respeto a las garantías individuales vs. eficiencia de la persecución penal [1994:199].

Por lo demás, desde una perspectiva política general, como puntualiza VIVES ANTÓN, el juez ha de responder, ante todo, de la justicia que administra, esto es, de cómo dirige los procesos y de 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 recaudan con las pruebas necesarias, etc. [1987:101]

Ello no obsta a considerar la realización judicial de los actos de investigación que puedan afectar los derechos fundamentales de las personas o que les sean debidamente solicitados. Se justifica tal opción, asumida por el CPP (art. VII del T.P.), por el hecho de que el juez es el garante de los derechos fundamentales y la Constitución le reserva su restricción en base al principio de proporcionalidad.

Finalmente, el peligro que sea el fiscal el que instruya y acuse (art. 58° CPP) y, por ende, que pueda posibilitar la preponderancia de la acusación, se obvia con un control judicial, que se da no solo con la exclusividad judicial para dictar medidas coercitivas en general y cuestiones que afectan la acción penal (art. 55°, incs. 2 y 3, CPP), sino también con la posibilidad, prevista en el art. 56° del CPP, de instar al fiscal el debido cumplimiento de sus funciones [RUIZ VADILLO, 1987: 84].

b) Obligatoriedad: El C.P.P. considera a la investigación como una fase necesaria del proceso penal. Fundamenta su existencia: la averiguación del hecho delictivo, la delimitación de sus perfiles, evitar la desaparición de las pruebas, preparar la defensa, impedir persecuciones arbitrarias o infundadas y asegurar la presencia del encausado en el proceso [TOME GARCÍA, 1993: 296]. En este orden de ideas, siguiendo a GIOVANNI LEONE, 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: a asegurar la máxima genuinidad de las pruebas y a 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 [1963: 85].

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 implica aceptar que el valor que puede asignarles a los actos de investigación debe ser mínimo, solamente preparatorio del juicio.

La ley procesal considera ineludible la etapa de investigación. Un proceso penal sólo 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, por tanto, se conecta con un interés en evitar –salvo suficiente justificación– las consecuencias sociales desfavorables del proceso penal en sí [ORTELLS RAMOS, 1991:121].

c) Sumariedad: El carácter sumario de la investigación es sinónimo de brevedad. Por ello, el art. 98° CPP fija un término máximo: 120 días, que sólo podrá prorrogarse por única vez hasta un máximo de 15 días naturales. A su vez, el art. 251° CPP reitera que la investigación no puede durar más de ese plazo, indicando también que se dará por concluida cuando se hayan acumulado los medios de prueba suficientes para lograr su objeto (art. 91° CPP). En este orden de ideas, el art. 128° CPP autoriza al fiscal a prescindir de las diligencias de averiguación adicionales cuando el procesado ha prestado confesión y su contenido no deje duda alguna.

Al fijarse un plazo máximo a la investigación, el CPP trata de reafirmar la nota de simple fase preparatoria de la etapa instructoria, por consiguiente, las diligencias que deben actuarse deben ser las esenciales. Esta afirmación

conduce a sostener que las diligencias sumariales no son, en principio y salvo determinadas excepciones vinculadas a las pruebas anticipadas y preconstituidas, "pruebas" en el sentido técnico-procesal de este término y, por tanto, no son aptas para desvirtuar la presunción de inocencia, a que se refiere el art. 2°.24 e) de la Constitución [SAN MARTÍN CASTRO, 1994:16].

5. Régimen Jurídico

El régimen jurídico de los actos procesales presenta una singularidad. En principio, se actúan en el local, territorio y sede de la Fiscalía y durante las horas que rigen el despacho judicial. Sin embargo, las propias necesidades de la investigación pueden determinar no sólo el traslado del fiscal a donde se encuentre la fuente de prueba, sino también que las diligencias se realicen en horas y días distintos a los fijados regulamente (art. 93° CPP).

La forma que revisten los actos procesales es la escrita. El art. 92° CPP 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 es obligatoria, bajo sanción de nulidad. En el caso de que los participantes procesales (imputado, agraviado, testigo o perito) desconozcan el idioma castellano, se utilizará un intérprete, pero el acta sólo 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 de acusación.

Los actos de investigación son reservados. 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 (art. 99° CPP) 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 RADA– espontaneidad en las declaraciones y los testigos serían advertidos y preparados, con grave desmedro de la verdad [1982: 125]. Ahora bien, el fiscal adicionalmente puede imponer el secreto sumarial: cuando considere que el conocimiento de las actas pueda dificultar el éxito de la investigación y sólo podrá mantenerlo por un tiempo no mayor de diez días.

Los actos sumariales son realizados por el fiscal según los considere convenientes a los objetivos de la investigación. El fiscal asume su dirección "con plenitud de autonomía e iniciativa" (art. V. CPP), 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 por parte del fiscal, no obstante ello, no significa que no se cumplan los requisitos centrales del derecho de defensa. Los sujetos procesales están autorizados para proponer los medios de prueba que consideren adecuados a sus intereses legítimos; el art. 191° CPP estipula, sobre este punto, 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° CPP).

II. EL MINISTERIO PÚBLICO

1. Fiscalía e Investigación del delito

La Constitución, 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 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 [1993: 62].

Al optar por este modelo de organización del sumario, 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 [ALBERTO BINDER, 1994:81]. 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 sólo en base a una acusación [KLAUS TIEDEMANN, 1989: 178].

Más allá de esta opción sistemática asumida por la Ley Fundamental, lo importante, desde una perspectiva garantista, no es quién realiza la investigación sino qué controles se instauran para evitar abusos. El Código 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.

2. Institucionalidad del Ministerio Público

Lo primero que debe destacarse es que la función penal del Ministerio Público está adscrita al sistema de administración de justicia del Estado: el *ius puniendi* no puede entenderse sin la función requiriente del Ministerio Público y el respeto a los principios esenciales de enjuiciamiento penal, tales como el juicio previo y el derecho de defensa (art. 139°, incs. 10 y 14 Const.). En este orden de ideas, si el Ministerio Público es un órgano estatal encargado de la averiguación del delito y de sus autores o partícipes, consecuentemente, debe tener determinadas características institucionales para estimarlo idóneo al fin propuesto. Si la función requiriente y la función jurisdiccional, como acota VÉLEZ MARICONDE, son especies de una misma actividad: administrar justicia, entonces, ambos órganos deben ser independientes de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, y sus miembros deben ser autónomos, obedecer únicamente a la ley y actuar objetiva e imparcialmente [1963: 297].

La Constitución instituye al Ministerio Público como un órgano autónomo de Derecho Constitucional y, como tal, fuera de los alcances y lógica institucional del Gobierno, del Congreso y de los Tribunales (art. 158°). Este modelo institucional, al decir de BUSTOS RAMÍREZ, es el mejor sistema, tanto en relación a la función de investigación y ejercicio de la acción pública, como también para su mayor eficiencia dentro del proceso. De este modo, se logra total objetividad e imparcialidad en su actuar, ya que no estará a disposición de la política del Ejecutivo, lo que es muy importante en la persecución de los delitos funcionales y de poder, y se evita todo rasgo de carácter inquisitivo, pues queda totalmente delimitada su función respecto de la jurisdiccional y tampoco hay supeditación de su labor a lo que resuelva la Corte Suprema, lo cual también le disminuiría su objetividad [1994:175].

Los fiscales, asimismo, están organizados en su cuerpo o carrera funcionarial. Tienen los mismos derechos y prerrogativas y están sujetos a las mismas obligaciones que los jueces. Su nombramiento está sujeto a requisitos y procedimientos idénticos a los miembros del Poder Judicial (art. 158° Constitucional). En suma, pertenecen al ordenamiento judicial. Esta independencia interna y su integración al ordenamiento judicial, permiten configurar un sistema de fiscales con la base material suficiente para realizar investigaciones objetivas y ajenas a directivas de otros poderes o de la propia jerarquía. Por ello se explica, a partir de una base orgánica –D. Leg. N° 052– que cumple y desarrolla estas premisas, que el art. 60° del CPP estatuya que los Fiscales actúan en el proceso penal con independencia de criterio, rigiéndose únicamente por la ley y que el art. 65° del mismo Código conciba al Ministerio Público como una autoridad objetiva de justicia, al fijar la búsqueda de la verdad en el caso concreto como objetivo de la investigación.

3. 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 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°, incisos 9 y 24 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°, inciso 5).

Los arts. VII del Título Preliminar y 133° del CPP, 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, 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 24 horas; transcurrido en este 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° CPP); 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° CPP). 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° CPP). 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, aún cuando el Código no lo señale expresamente, también siguen la perspectiva anterior.

Si bien las medidas coercitivas graves están sujetas a reserva jurisdiccional, el CPP permite que por razones de urgencia y peligro por la demora, es decir, cuando existan circunstancias apremiantes que impidan hacer efectiva la obtención inmediata 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 sólo 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 CPP, las pruebas obtenidas de ese modo se consideran ilegales, carecerán de valor conviccional y no podrán ser ameritadas en modo alguno.

4. 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 CPP, siguiendo propuestas legislativas italianas y alemanas, encarga a los jueces el ejercicio del poder de investigación de los fiscales en cuanto ese ejercicio interesa a las seguridades individuales básicas [JULIO MAIER, 1989: 303].

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 del plazo (arts. 182°, 189°, 137°, 335° y 397°.3 CPP); y, b) las decisiones, que extinguen o imposibilitan el ejercicio de la acción penal (arts. 5°-8°, 55°.2, etc. CPP); y, c) las recomendaciones y quejas sobre la actividad funcional del Fiscal (art. 56° CPP).

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, prejudiciales 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 no por una autoridad jurisdiccional y ser concebidos 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. 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 complementados por el juez con arreglo al régimen de los actos definitivos e irreproducibles [1988: 686].

El art. 91° CPP respeta este punto básico del 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 [GIMENO SENDRA, 1992: 86].

2. Excepciones

Pese a esta posición de principio, conforme lo recordáramos en un trabajo anterior, el artículo 264° del CPP sólo permite la actuación probatoria en el juicio oral de aquellas "pruebas" practicadas en la investigación, en la medida que se hubiesen actuado deficientemente limitando el debido esclarecimiento de los hechos. Con ello 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° CPP), vale decir, 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, registro, 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. Subfases de la Investigación

Una primera visión general del Código Procesal Penal nos permite advertir tres subfases en la investigación: a) procedimiento de iniciación, relativo a la denuncia; b) procedimiento preliminar; y, c) procedimiento de investigación formal, que es la subfase propiamente de desarrollo.

Es de recordar, no obstante ello, que desde la perspectiva procedimental, la investigación no se construye a partir de una secuencia lineal de actos procesales. Al contrario, está conformada por actuaciones heterogéneas; no obedece a una predeterminación legal, sino a las necesidades y resultados que cada acto provoca y produce [ARAGONESES MARTÍNEZ, 1993: 332].

2. Procedimiento de iniciación

En principio, y comúnmente, se entiende que el acto de iniciación de la investigación o instrucción preliminar es el auto de apertura de investigación, siempre que sea probado judicialmente, según lo dispuesto en los arts. 114° y 115° del Código Procesal Penal. Sin embargo, debe distinguírsele de los actos a través de los cuales llega a conocimiento del fiscal la comisión de un hecho presuntamente delictivo. La transmisión de este conocimiento al fiscal, que es la *notitia criminis,* crea una obligación al Ministerio Público: ordenar indagación policial previa (art. 104°), realizar una comprobación preliminar (art. 112°) o calificar inmediatamente la denuncia (art. 113° CPP).

Sabemos que en virtud de los principios de legalidad y de oficialidad si el fiscal omite realizar las indagaciones correspondientes comete delito de omisión de denuncia, previsto y sancionado por el art. 407° del Código Penal. Se trata –como es claro– de un control o limitación impuesto

al monopolio de un agente de autoridad sobre la persecución penal. Los citados artículos del Código Procesal Penal no hacen sino atribuir al fiscal un deber procesal de instrucción.

No obstante ello, la posible iniciación del procedimiento penal puede verificarse de oficio (art. 112° CPP), en la medida –claro está– que se trate de delitos de ejercicio público de la acción penal.

El ejercicio de la acción penal compete al Ministerio Público (art. 1 CPP). En tal condición, actúa de oficio, a instancia del interesado, por acción popular o por noticia criminal (art. 58° CPP). Este deber del Ministerio Público, empero, no puede conducirnos a pensar que el perjudicado o agraviado carece de todo derecho sobre la iniciación del procedimiento. La no incoacción del sumario genera la posibilidad de recibir a los denunciantes. Por lo demás, en los delitos de instancia privada, el poder de iniciación del procedimiento se acentúa, cuya perseguibilidad radica con exclusividad en calidad de agravio (art. 376° CPP).

3. Régimen general de la denuncia

Del art. 100° del CPP se desprenden tres características principales que definen primariamente el régimen general de las denuncias. Una primera nota esencial es que la denuncia es concebida como un derecho ciudadano o facultad de toda persona de poner en conocimiento de la autoridad pública de la comisión de un hecho presuntamente delictivo. Esto es lo que se denomina acción popular.

Otra característica del régimen general de la denuncia es que al perjudicado le está reservada la denuncia de determinados hechos cometidos en su agravio. Cualquiera del pueblo no podrá formular la *notitia criminis* si se está ante los denominados delitos privados (art. 376° CPP).

La tercera característica es que esta facultad se convierte en deber jurídico en quienes están obligados a hacerlo por expreso mandato de la ley y en los funcionarios que en el ejercicio de sus atribuciones, o por razón del cargo, tengan conocimiento de la realización de algún hecho punible.

La denuncia puede ser definida como una declaración de conocimiento por la que se transmite al fiscal o a la policía la noticia de un hecho que constituye delito [GIMENO SENDRA, 1992: 254].

Desde el punto de vista objetivo, como anota CLARIÁ OLMEDO, la denuncia es el acto de transmisión de la *notitia criminis* cumplido por el denunciante, que éste 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 [1985: 72/73].

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, que se trate de delito de comisión inmediata, o sea de delito flagrante, como es en el Código de Procedimientos Penales de 1924 [OLIVERA DÍAZ, 1984:60]. Es el supuesto de "denuncia-derecho". Por otro lado, el Código Procesal Penal 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 ésta se conoce al margen del ejercicio funcional o profesional, es decir, fuera de estas circunstancias de relación situacional, no está obligado a denunciar [ALBERTO CAFETZOGLUS, 1978:63].

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° CPP) es reiterada en cuanto excepción también de testificar (art. 203°.1 CPP), 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, 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. 1° y 58°). La Policía también está facultada expresamente por el

CPP para recibir denuncias, de lo que debe dar cuenta inmediata al fiscal (arts. 105° y 106°.1). La actual Ley Orgánica del Ministerio Público señala que la denuncia se realiza 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 [GIMENO SENDRA, 1992: 261].

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 han 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 denuncia escrita ésta ha de estar firmada por el denunciante (art. 101° CPP). De ser verbal, se levantará un acta que debe suscribir dicho denunciante (arts. 104°.1 CPP y 94°.2 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 Público no denuncia sino recibe la *notitia criminis* interpuesta por la víctima o cualquier persona. Al fiscal compete promover la acción penal, primero realizando comprobaciones preliminares o instando la indagación policial y, luego, de existir causa probable, dictando el auto de apertura de investigación e instando al juez penal la aprobación judicial respectiva (arts. 112° y 114° CPP).

El incumplimiento de los requisitos esenciales antes citados sólo 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 [CLARIÁ OLMEDO, Ibidem: 80].

4. Intervención de Organizaciones de Derechos Humanos

Un supuesto especial de legitimación para interponer denuncias es el contemplado en el art. 103° del Código Procesal Penal. Se trata de los Organismos No Gubernamentales de defensa de los Derechos Humanos. La legitimación se amplía en la medida que el hecho punible denunciado guarde relación específica con sus fines sociales, sea de ejercicio público de la acción penal y que el agraviado –de tratarse de ilícitos que afecten bienes jurídicos personales– no se constituya en actor civil o acepte expresamente su intervención.

Por lo general, el denunciante cesa su intervención con la interpretación de la denuncia. La intervención en el proceso como sujeto procesal exige que tenga la calidad de agraviado o sea titular del bien jurídico ofendido por la acción del imputado y que se constituya expresamente en actor civil (art. 82° CPP). En cambio, si el hecho delictivo afecta los derechos humanos fundamentales, de directo reconocimiento constitucional (v. gr.: vida, integridad corporal, dignidad de la persona, libertad de trabajo, identidad étnica y cultural, libertad de la persona, libertad religiosa, etc.) y su defensa específica guarda relación con los fines sociales de la O.N.G. respectiva, con la aceptación del agraviado –cuando el delito contra los derechos humanos vulnere bienes jurídicos personales– de haberse constituido ya en actor civil o de no haberlo hecho, podrá –en forma independiente– constituirse en actor civil con las facultades que la ley reconoce a este último, es decir, "colaborar durante la actividad procesal y fundamentar el derecho a la reparación civil" (art. 86° CPP).

5. Iniciación de Oficio

Un acto especial de iniciación es la de oficio, que reconoce el artículo 58° del Código Penal. 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 (delitos de falso testimonio, desacato, desobediencia o resistencia, etc.)

MONTÓN REDONDO, 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 [1991:169].

Una modalidad de denuncia, por oposición a las ordinarias o privadas, realizadas por cualquiera del pueblo, el agraviado o las ONG de Derechos Humanos, es la del Atestado o Informe Policial, [arts. 105° y 111° CPP].

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, o por haber sido denunciado ante ellos. En ambos casos, la Policía, primero, comunicará inmediatamente dicha noticia al Fiscal Provincial y, segundo, en la medida que este no puede asumir la dirección de la comprobación preliminar directa, realizará diversas diligencias "a prevención" en aras de asegurar con fines probatorios las diligencias que realice, sentará actas detalladas y las entregará al fiscal cuando asume la investigación, elevando un informe debidamente razonado sobre su actuación funcional.

6. El Procedimiento Preliminar

Frente a una denuncia o ante el conocimiento por sí de los hechos presuntamente delictivos, el fiscal tiene tres opciones según las características del hecho, sus posibilidades de intervención inmediata y si la denuncia está o no escoltada de pruebas –específicamente instrumentales– suficientes. Si es del caso, previa a la promoción de la acción penal, podrá optar por efectuar –por sí mismo– una comprobación preliminar (art. 112° CPP) o por requerir el auxilio de la policía para que esta realice una indagación previa, bajo su supervigilancia y dirección. Podrá, asimismo, promover inmediatamente la acción penal dictando el auto de apertura de investigación y solicitando la respectiva aprobación judicial (arts. 114° y 115° CPP).

El análisis sistemático del Código permite diferenciar dos posibilidades de proceder que se le otorga al Ministerio Público, a la par que consagra una regla fundamental del procesamiento: sólo se promoverá la acción penal –a juicio del fiscal– cuando "aparecen indicios o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito", es decir, sólo cuando existe causa probable.

El art. 113° del CPP señala claramente que previa a la calificación de la denuncia y para los efectos de promover o no la acción penal, el fiscal podrá realizar una comprobación preliminar. Esta comprobación preliminar es realizada directamente por él e importa la actuación de diligencias de investigación necesarias y urgentes para determinar la viabilidad de la promoción de la acción penal. Con ello, el fiscal se convierte en un filtro imprescindible para el conocimiento de los hechos por el juez; sólo promoverá la acción penal en la medida que exista fundamento razonable de la comisión de un hecho delictivo y elementos de vinculación fundados contra una persona de haberlo cometido como autor o partícipe.

El art. 104° del CPP establece taxativamente la posibilidad de que el fiscal acuda a la policía para que realice una indagación "previa al inicio del proceso". La policía, si bien puede intervenir de oficio para el esclarecimiento de un hecho delictivo, siempre actúa "a prevención" para asegurar a la persona del presunto delincuente y las pruebas, y en la medida que lo faculte y bajo las directivas del Ministerio Público, verdadero responsable constitucional de la investigación. Esto no hace sino afirmar una característica sustancial del Ministerio Público según Estado de Derecho, esto es, la voluntad de no ceder la persecución penal al Ejecutivo [ROXIN, 1994:104].

Al respecto, la Constitución –en su artículo 159°.4– encarga al Ministerio Público la conducción de la investigación del delito y somete la policía a sus órdenes. En esta pespectiva, debe interpretarse el art. 166 constitucional que señala que la Policía previene, investiga y combate la delincuencia. Es decir, realiza investigaciones penales, pero obviamente lo hace sujeta a las directivas que le imponga el Ministerio Público, quien tiene el "señorío" de la persecución penal. La investigación, en suma, no es una facultad administrativa autónoma de la policía, sino una función específica del Ministerio Público, quien para lograr sus metas hace intervenir –cuando lo considere conveniente– al personal policial. Por ello es que: a) la

policía, tan pronto tenga conocimiento de la comisión de un delito, debe noticiarlo al fiscal; b) la policía sólo puede realizar determinados actos de investigación; c) en ese cometido, debe obedecer las órdenes que le cursa el fiscal; y, d) las medidas restrictivas de derechos son excepcionales y cuando se adoptan corresponde, en primer orden al fiscal decidir al respecto y, en segundo orden, al Juez intervenir de oficio y directamente en los casos exceptuados y cuando se le requiera en vía de hábeas corpus. De ahí que se sostenga que "la acción de la policía es normalmente ejecutoria de un procedimiento jurisdiccional o excepcional y provisionalmente sustitutiva del mismo" [LÓPEZ GARRIDO, 1987: 92].

La ley no fija un término a las indagaciones previas o a las comprobaciones preliminares. Es obvio, no obstante ello, que su duración debe ser muy corta, pues no puede tergiversarse y convertirse en una instancia paralela de investigación autónoma y menos burlar el control judicial. Una indagación o comprobación excesiva vulneraría el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, consagrado en el artículo 139°.3 de la Constitución, que garantiza la debida protección del ciudadano mediante el recurso judicial respectivo, así como tergiversaría la propia investigación formal, destinada precisamente a reunir los elementos de juicios 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 apunta 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 [1993: 57].

La limitación de diligencias de investigación que puede realizar la policía, la imposición del control fiscal y el predominio judicial en materia de medidas coercitivas, obligan a interpretar que las diligencias previas no pueden durar más del tiempo oficial de investigación. El plazo ha de ser muy breve. Tampoco se puede hacer de la investigación formal una instancia ratificadora de lo actuado preliminarmente. Por ello, no creemos razonable el plazo de 30 días prorrogable por un plazo igual, fijado en el Proyecto de Ley Orgánica del Ministerio Público de 1992, pues si a este se suman los 120 días de la subfase de investigación formal, tendríamos un tiempo excesivamente amplio, con desmedro de las garantías judiciales de las personas.

7. La Actuación Policial

La intervención excepcional de la policía no sólo se lleva a cabo cuando lo ordene el fiscal, que es el caso del art. 107° CPP, sino cuando éste no puede asumir de inmediato la dirección de la investigación del delito. Es decir, como apunta MARTÍNEZ RAVE, las diligencias que puede realizar se dividen en 2 grupos: a) las que practican por comisión, y b) las que practican por su propia iniciativa, pero siempre bajo el control del fiscal y la intervención de la defensa [1984:164].

El Código, en esa línea de considerar "residual" la intervención policial, establece taxativamente las diligencias que puede realizar.

En primer lugar, como actos de iniciación, puede recibir denuncias y levantar actas de denuncias. En segundo lugar, como actos de investigación, puede vigilar y proteger el lugar de los hechos; practicar el registro de personas, realizar diligencias orientadas a la identificación física de los autores y partícipes del delito; recibir declaraciones de los testigos; levantar planos y demás operaciones técnicas y científicas; así como reunir cuanta información adicional de urgencia permita la criminalística para ponerla a disposición del fiscal y recibir excepcionalmente la manifestación de los implicados en el delito en la medida que el fiscal no se haya constituido antes de las 24 horas o cuando aquellos se hallen en situación de grave peligro. En tercer lugar, como medidas precautelares, puede capturar a los presuntos autores y partícipes en caso de flagrancia; inmovilizar documentos privados y libros contables, secuestrar o incautar bienes, siempre en caso de delito flagrante o de peligro inminente de su perpetración; y aprehender –diligencias de recojo– los objetos e instrumentos del delito. En cuarto lugar, como medidas instrumentales restrictivas de derechos, puede allanar locales de uso público o abiertos al público.

La Constitución limita severamente las potestades coercitivas de la Policía. En materia de detención (arts. 2°.24.f) y allanamiento (art. 2°.9) exige la flagrancia delictiva. El Código Procesal Penal extiende esta limitación a los secuestros e incautaciones de bienes o cosas vinculadas al delito y la investigación (artículo 106°.11). Está prohibido, por lo demás el secuestro o incautación policial de comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos, así como de documentos contables y administrativos (artículo 2°.10 Const.).

El artículo 106°.8, tercer párrafo, del CPP define la flagrancia. Hay flagrancia, según dicha disposición legal, "cuando la comisión del delito es actual y en esa circunstancia su autor es descubierto, o cuando el agente es perseguido y detenido inmediatamente de haberlo cometido o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelan que viene de ejecutarlo". La norma incorpora la flagrancia (primer supuesto) y la cuasiflagrancia (segundo y tercer supuestos).

La interpretación de la flagrancia debe ser restrictiva en aras del máximo respeto posible a los derechos fundamentales en juego. Este concepto, por consiguiente, está condicionado por 3 requisitos: 1ero., "inmediatez temporal": que se esté cometiendo un delito o que haya sido cometido instantes antes; 2do., "inmediatez personal": que el delincuente se encuentre allí en ese momento o 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 3ro., "necesidad urgente": que la policía, por las circunstancias concurrentes en el caso concreto, se vea impelida a intervenir inmediatamente con el doble fin de poner término a la situación existente impidiendo en todo lo posible la propagación del mal que el delito acarrea, y de conseguir –en su caso– la detención del autor o partícipe de los hechos, lo que no existirá cuando la naturaleza de los hechos permita acudir al juez para obtener el mandamiento correspondiente –en los términos del artículo 107° *in fine* del CPP–. Es de aclarar que el concepto de flagrancia, para habilitar la intervención *ex oficio* policial, no resulta aplicable en los supuestos de consumación instantánea y efectos permanentes como lo son aquellos que se cometen por la tenencia de objetos de tráfico prohibido (drogas, armas, explosivos, bienes de contrabando, etc.). Estos últimos delitos desde el momento que quedaron consumados por su tenencia ilegal ya no requieren, normalmente, una intervención urgente de la policía, tan urgente que no pueda esperar el tiempo que se tarda en acudir al juzgado para obtener un mandamiento judicial [ARAGONESES MARTÍNEZ, 1993: 336/368].

La indagación previa, como la propia comprobación preliminar, debe ser objeto de actas detalladas, es decir, debe registrarse documentalmente. Las mencionadas diligencias, que la policía entregará al fiscal anexas al atestado o informe policial, son reservadas. Esto último se entiende para terceros, mas no para el imputado y su defensor, los cuales tienen acceso total a ellas (art. 106° *in fine* CPP). La norma en cuestión desarrolla el principio recogido en el art. 139°.14 Constitucional, que

garantiza a toda persona el derecho de defensa y la necesidad de contar con un abogado de su confianza y de asesorarse desde que es citado o detenido por cualquier autoridad.

El art. 115° del CPP consagra la institución del atestado o informe policial. Lo novedoso de esta disposición es que constará en acta aparte la resolución dictada por el fiscal respecto a la detención del investigado, la comunicación de la denuncia y las directivas emanadas del despacho fiscal. Ello no hace sino ratificar el rol conductor del fiscal respecto a las actuaciones policiales. Esta supervigilancia no tiene otro objetivo que: a) garantizar los derechos fundamentales de los imputados; b) configurar los actos de investigación idóneos a la naturaleza de los hechos delictivos perpetrados; y, c) establecer una comunicación fluida entre la policía y el defensor.

Las demás medidas cautelares e instrumentales restrictivas de derechos, que contempla el Código: detención fuera de los supuestos de flagrancia, incomunicación, arraigo, intervención de las comunicaciones personales, secuestro, incautación y exhibición forzosa de cosas, allanamiento fuera de los casos de flagrancia, embargo, clausura o vigilancia de locales e inmovilización, también pueden imponerse, para lo cual el fiscal –no la policía– deberá solicitar la orden judicial correspondiente. Para el caso de la detención, se necesita un requisito adicional: urgencia y peligro por la demora.

La urgencia y el peligro por la demora –según ya está precisado– es aquel requisito mediante el cual resulta imprescindible la detención de una persona, por el riesgo inminente de que pueda huir o perturbar la actividad probatoria, no siendo posible, por consiguiente, esperar el inicio de la investigación formal, es decir, el tercer momento de esta etapa, para que se permita la intervención judicial.

8. Control Jurídico de la Detención

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 [LÓPEZ GARRIDO, Ibídem]. Por ello es que, de conformidad a lo dispuesto por el art. 108° CPP, 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 está incursa en el art. 132° del CPP.

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 pueden subsistir si el hecho es de poca gravedad y la sanción a esperarse –por su benignidad– no permita estimar fundadamente 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 (sólo 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 es posible al fiscal 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 periodo 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. Es así que el art. 109° CPP, desarrollando el art. 2°.24 f) *in fine* Constitucional, 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 trascender 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, sólo 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 o informe. También –por intermedio de sus unidades especializadas– presta apoyo a la justicia a través de sus laboratorios de criminalística (art. 91°, 2 párrafo, CPP), 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° CPP).

9. Investigación Formal

El inicio de la investigación formal tiene lugar cuando el fiscal decide promover la acción penal y el juez resuelve aprobar la resolución que éste emita. Para dar inicio a la investigación formal es necesario que el fiscal califique la denuncia, a partir de los elementos que ella contiene y de los recaudos con que se anexó, del Informe Policial o de los actuados preliminares.

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 [GÓMEZ COLOMER, 1985:47], 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. V, 58° y 61° CPP).

10. Abstención del Fiscal

No es posible la promoción de la acción penal cuando el hecho denunciado no constituye delito o cuando la acción ha prescrito. En tal caso, el fiscal dictará resolución fundamentada declarando sin lugar la promoción

de la acción penal y archivando la denuncia (art. 113°, 1er. párrafo, CPP). La resolución se notifica al denunciante o agraviado.

Contra esta resolución sólo cabe un control jerárquico. El denunciante o quien figure como agraviado del delito materia de desestimación puede interponer recurso de apelación (antes se denominaba recurso de queja: art. 12° LOMP) ante el Fiscal Superior. No es posible la intervención judicial precisamente por la vigencia de los principios de oficialidad y acusatorio: el inicio de la persecución penal está reservada al Ministerio Público por imperio constitucional (art. 159°.5 Const.). La tutela judicial exige, en el proceso penal, qué diligencias preliminares o previas, se lleven a cabo respetando los derechos de los implicados o interesados, pero tal derecho fundamental (art. 139°.3 Const.) no puede conllevar a forzar una intervención del juez para obligar al fiscal a denunciar.

El Fiscal Superior puede, como es evidente, revocar la resolución de abstención del Fiscal Provincial y ordenarle que promueva la acción penal. También puede confirmarla. En ambos casos, con dicha resolución culmina la incidencia; de denegarse la promoción de la acción penal, la denuncia se archiva definitivamente.

Existen dos supuestos especiales que impiden, igualmente al fiscal, la promoción de la acción penal, aparte del principio de oportunidad (art. 2° CPP): a) si se ha omitido una condición de procedibilidad (delitos de acción privada y semipúblicos), reservará el proceso y requerirá al denunciante o agraviado que subsane dicha omisión, pues de otro modo no puede proceder; b) si falta la identificación del autor o partícipe, acreditada la existencia de un delito no prescrito, ordenará a la policía proceda a su pronta identificación.

El Código Procesal Penal prevé varias clases de procesos. Tratándose de procesos especiales por razón de delito, es decir, en aquellos casos de delitos graves en que el juzgamiento 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. Solo si ésta es aprobada se archivará la denuncia y demás actuados. De ser desaprobada, el Fiscal Provincial está obligado a promover la acción penal.

La lógica de este artículo (111° CPP) 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 sólo tiene control sobre el ejercicio de la acción penal en delitos leves o de mediana entidad, sometidos al proceso ordinario.

El art. 117° CPP incorpora positivamente la institución de la "cosa decidida", tratándose de resoluciones fiscales dictadas al amparo del art. 113° CPP que acuerden no promover la acción penal. Lo actuado en contravención de esa norma adolece de nulidad.

Las excepciones a esta prohibición, qué 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.

11. Promoción de la Acción Penal

La promoción de la acción penal procederá, por el contrario, cuando aparezcan indicios o elementos de juicio reveladores de: a) la existencia de un delito; b) la subsistencia de persecución penal al no haber prescrito la acción; c) la satisfacción de los requisitos de procedibilidad; y d), la identificación del autor o partícipe del delito (artículo 114° CPP).

En tal virtud, el fiscal dictará resolución motivada de apertura de investigación. La resolución debe contener lo siguiente: a) nombre del imputado; b) delito atribuido y numeral de la ley penal que lo tipifica; c) nombre del agraviado, si fuera posible; y, d) diligencias que deben actuarse de inmediato.

La identidad del imputado, consiste en la necesidad de que se consignen sus nombres y apellidos. No bastará conocer un nombre y apellido o sólo el nombre o el apodo [HURTADO Pozo, 1981: 244]. 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, 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 por el delito que ha sido materia de la investigación y a su vez ésta sólo puede indagar el delito a que se refiere el auto apertorio; por último tanto la investigación como el juicio oral no pueden apartarse de los marcos fijados en dicha resolución [GARCÍA RADA, 1984: 138].

Otros dos requisitos no sustanciales se refieren al nombre del agraviado y a la indicación de las diligencias que deben actuarse. Su omisión, en todo caso no afecta la propia realidad del delito ni impide, en su caso, sancionar al 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, sólo en la medida que se formalicen cargos contra personas concretas.

La resolución fiscal en cuya virtud se promueve la acción penal no autoriza por su propio mérito el procesamiento penal de una persona. Esta resolución debe ponerse en conocimiento de la autoridad judicial. El art. 4° del CPP 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 expedir resolución fundamentada declarando promovida la acción penal y determinando la condición procesal del imputado.

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 judicial. Sin embargo, esa autorización no es automática, el juez no actúa como simple receptor del procesamiento dispuesto por el Ministerio Público, en su misión de garante de los derechos individuales de las personas, especialmente de quienes estén sujetas a una persecución penal, el juez debe evaluar si el procesamiento se amolda

a los requisitos que establece la Ley procesal, es decir, le corresponde un papel de defensor del ordenamiento jurídico, tanto más si 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 desestimar o desaprobar la apertura de investigación que en buena cuenta solicita el fiscal si es que no se cumplen estos tres requisitos. No obstante ello, es muy importante que el juez asuma una autolimitación sustancial referida a la exigencia de causa probable, esto es, de elementos probatorios mínimos sobre los tres extremos antes indicados. 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, desde el tenor mismo de la resolución fiscal, si se cumplen jurídicamente los tres elementos previstos por el art. 114° del CPP.

Corresponde al fiscal poner en conocimiento del Juez la resolución de apertura de investigación, adjuntándose todos los actuados –originales–, pues para este efecto es necesario que se tengan a la vista dado que el auto judicial debe pronunciarse respecto de 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 tanto sobre el hecho delictivo imputado cuanto sobre la vinculación con el ilícito que se incrimine al encausado (art. 135° y 143° *in fine* CPP).

La única forma de motivar la resolución y dictar una coerción razonable y fundada, como lo exige el art. 139°.5 Constitucional, es apreciar el conjunto de elementos probatorios aportados por el fiscal al momento de promover la acción penal. Sólo podrá cumplirse este requisito en la medida que se acompañen al auto fiscal el íntegro de piezas de convicción.

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° CPP., desde que la norma específica del art. 115° CPP. 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 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 es inapelable. Solamente son impugnables las medidas coercitivas que contiene dicha resolución. No cabe la impugnación no sólo porque la ley no acepta tal recurso, –sino también porque contra los extremos o elementos que integran dicha resolución existen medios de defensa específicos [CATACORA GONZALES, 1982:40]. Así tenemos las cuestiones previas y las excepciones –tanto de improcedencia de acción como prescripción–, que cautelan, de un lado, el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad (art. 5° CPP) y, de otro lado, la tipicidad del hecho materia de procesamiento y la subsistencia de la persecución penal (art. 8°, incs. 2 y 5, CPP).

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 (art. 77° CPP de 1940), había declarado que dicho autor "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" (Rev. Anales Judiciales, 1943:110). 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 [1982: 40].

Más allá de acotar que el auto denegatorio de instrucción se expide, no en función a la existencia o no de una labor probatoria preliminar, sino a la mera tipicidad o prescriptibilidad de la acción penal, por lo que las pruebas del hecho no son relevantes para su expedición, con lo que se enerva la base material de la postura mayoritaria, es de considerar que si se sigue la opción hermenéutica postulada en este trabajo, respecto a que el Juez Penal puede desestimar la aprobación de la resolución fiscal que promueve la acción penal por razones de puro derecho: falta de tipicidad

de los hechos tal como están consignados en la resolución fiscal, 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 darían los requisitos para atribuir a tal resolución fuerza de cosa juzgada. Tal es el caso –acota DE LA OLIVA– 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 [1993:547].

Es de destacar, finalmente, que la resolución fiscal debe ser fundada, es decir que la motivación constituye un elemento imprescindible. Se debe valorar los elementos probatorios reunidos o acompañados a la denuncia y extraer de ellos las conclusiones que sean razonables inferencias suyas, de acuerdo a las reglas lógicas del recto entendimiento humano. Sobre esta base arribará al grado de convicción autorizadas por la ley para promover la acción penal [FERNANDO DE LA RÚA, 1980:334].

Lo expuesto en el párrafo es pertinente por lo dispuesto en el artículo 114° del Código de Procedimientos Penales, en cuanto condiciona la promoción de la acción penal a la existencia de "indicios o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito". La ley procesal anterior (art. 77°), a diferencia de dicha norma, se limita a exigir –para dictar auto de apertura de instrucción– la simple afirmación por parte del denunciante o de la policía de la posible existencia de un hecho delictivo. Sin embargo, el modelo de averiguación que instaura el nuevo Código, al diferenciar un momento específico de promoción de la acción penal sobre la base de comprobaciones preliminares, indagaciones previas o prueba preconstituida acompañada a la denuncia, procura desde ese momento vincular a una persona al proceso como posible responsable del delito, por lo que resulta necesario que se requiere "motivos bastantes" para sospechar su participación punible. Por ende, si se tiene la certeza de que no hubo participación punible, o esta aparece como improbable –los elementos de convicción negativos son superiores a los positivos–, no podrá sometérsele a proceso. En caso de duda corresponderá la apertura de investigación [CAFFERATA NORES, 1988:8].

V. BIBLIOGRAFÍA

BAUMANN, Jurgen. *Derecho Procesal Penal.* Ed. De Palma. Buenos Aires, 1989.

BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal.* Ed. Ad-Hoc. S.R.L. Buenos Aires, 1993.

CAFETZOGLUS, Alberto N. *Derecho Procesal Penal.* Tomo I. Ed. Hammurabi S.R.L. Buenos Aires, 1978.

CAFFERATA ÑORES, José I. *La Prueba en el Proceso Penal.* Ed. De Palma. Buenos Aires, 1988.

- *La Investigación Fiscal Preparatoria.* En: Revista Doctrina Penal. Buenos Aires, 1988.

CATACORA GONZALES, Manuel. *El Auto Apertura de Instrucción.* En: Revista El Magistrado. Año II. N° 1. Lima, 1982.

CLARIA OLMEDO, Jorge A. *El Proceso Penal.* Ed. De Palma. Buenos Aires, 1985.

DE LA OLIVA, Andrés y otros. *Derecho Procesal Penal.* Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 1993.

DE LA RÚA, Fernando. *Proceso y Justicia.* Ed. Lerner. Buenos Aires, 1980.

GARCÍA RADA, Domingo. *Manual de Derecho Procesal Penal.* 7ª ed. Sesator. Lima, 1982.

GIMENO SENDRA, Vicente y otros. *Derecho Procesal.* Tomo II. Proceso Penal. 4ª ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1992.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *El Proceso Penal Alemán.* Ed. Bosch. Barcelona, 1985.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo y otro. *Derecho Procesal Penal.* 2ª ed. Tecnos. Madrid, 1982.

HURTADO POZO, José. *El Ministerio Público.* 1ª ed. Sesator. Lima, 1981.

LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal.* Tomo II. Ed. E.J.E.A. Buenos Aires. 1963.

LEVENE, Ricardo (h.). *Manual de Derecho Procesal Penal.* 3ª ed. Plus Ultra. Buenos Aires 1975.

LÓPEZ GARRIDO, Diego. *Terrorismo: Política y Derecho.* Ed. Alianza Editorial. Madrid, 1987.

MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal Argentino.* Tomo 1ª Ed. Hammurabi S.R.L. Buenos Aires, 1989.

MONTERO AROCA, Juan y otros. *Derecho Jurisdiccional.* Tomo III. Proceso Penal. Ed. Librería Bosch. Barcelona, 1991.

MORENO CATENA, Víctor. *Garantía de los Derechos fundamentales en la investigación penal.* En: Revista Poder Judicial, Madrid, 1987.

ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Estudios de Derecho Procesal Penal.* Ed. Alternativas S.R.L. Lima, 1993.

PAZ RUBIO, José María y otros. *El Ministerio Público. Para una nueva Justicia Criminal.* Ed. Corporación de Promoción Universitaria. Santiago, 1994.

ROXIN, Claus y otros. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal.* Ed. Ariel. Barcelona, 1989.

– *Posición Jurídica y tareas futuras del Ministerio Público.* En: VIII Taller Nacional sobre Justicia y Derechos Humanos. Materiales de Lectura. Comisión Episcopal de Acción Social. Lima, 1994.

RUIZ VADILLO, Enrique. *La Actuación del Ministerio Fiscal en el Proceso Penal.* En: Revista Poder Judicial. Número Especial II. Madrid, 1987.

RUSCONI, Maximiliano. *División de poderes en el proceso penal en investigación a cargo del Ministerio Público.* En: VIII Taller Nacional sobre justicia y Derechos Humanos. Materiales de Lectura. Comisión Episcopal de Acción Social. Lima, 1994.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Comentarios al Código Procesal Penal.* Ed. Idemsa. Lima, 1994.

SAN MARTÍN CASTRO, César. *Algunos aspectos de la Prueba en el nuevo Proceso Penal: una interpretación acusatoria.* En: Revista del Foro N° 2. Lima, 1994.

VIVES ANTÓN, Tomás S. *Doctrina constitucional y reforma del proceso penal.* En: Revista Poder Judicial. Número Especial II. Madrid, 1987.

La policía en el Estado de Derecho Latinoamericano: El caso Perú

SUMARIO: Resumen ejecutivo. **1.** Introducción. **2.** Organización de la Policía Nacional. **3.** Funciones de la Policía en la prevención y represión del delito. **4.** Conclusiones. **5.** Anexos.

RESUMEN EJECUTIVO

1. La Constitución de 1979, consolidando la realidad preexistente, reconoció tres instituciones policiales, cada una con su propio comando y estructura jerárquica: Guardia Civil, Policía de Investigaciones y Guardia Republicana, aunque todas ellas dependientes del Ministro del Interior. Problemas de delimitación funcional y el enfrentamiento constante entre ellas determinó que durante la administración del presidente Alan García (1985 -1990) se transforme la estructura orgánica del Ministerio del Interior y de cada fuerza policial, así como se modifique la Constitución unificando los tres cuerpos policiales, lo que fue consolidado por la vigente Constitución.

2. En el Perú la Policía es una institución fuertemente jerarquizada. Su modelo de organización es militarizado y dependiente del Ministerio del Interior. Su función fundamental de acuerdo con la Constitución actual es el mantenimiento del orden interno. Específicamente, tiene atribuida la prevención e investigación de los delitos y las faltas.

3. La Policía cuenta con una Dirección General; con órganos de asesoramiento, de control, consultivos y de apoyo; y, operativamente, con dos órganos de ejecución: las Regiones Policiales, distribuidas geográficamente –cuya base son las Comisarías– y las Direcciones Especializadas, entre las que se encuentran las Direcciones de Policía del Ministerio Público y de la Policía Judicial, muy ligadas al servicio judicial, aunque las demás son las que realizan propiamente el grueso de las investigaciones (Dirección contra el Terrorismo, Dirección contra el Tráfico de Drogas, Dirección de Investigación Criminal). Empero, no existe una división tajante entre funciones de Policía de Seguridad y de Policía Judicial. Aquí es donde radican los problemas de coordinación con el Ministerio Público, que constitucionalmente– tiene la dirección jurídico funcional de la investigación del delito.

4. La Constitución regula la dependencia funcional de la Policía en los actos de investigación con fines represivos. Sin embargo, los alcances de la dirección jurídico funcional de la Policía por el Ministerio Público no se encuentran regulados por una norma con rango de ley. Ni la LOPNP ni la LOMP cumplen dicho propósito, con la agravante que la LOMP es una norma preconstitucional y en su art. 9° delimita la investigación preliminar a la antigua usanza plasmada por la Const. de 1979. Existen, pues, serias trabas de carácter legislativo para una efectiva consolidación del modelo de dirección y conducción en las relaciones Fiscalía – Policía que programa la actual Carta Política.

5. Desde un análisis de la situación fáctica, y en el ámbito de la investigación del delito, la Policía ostenta una gran autonomía. De hecho, la denominada "investigación preliminar policial", se ha constituido en una etapa preprocesal diferenciada, sin reglas específicas, con una dinámica propia y con un fuerte condicionante a los ulteriores actos de investigación del Fiscal y del Juez, así como también al propio resultado del proceso penal.

La legislación que progresivamente fue dictándose desde 1981 reconoció que el Atestado Policial es un elemento de prueba independiente, valorable en su día de acuerdo al criterio de conciencia judicial, siempre que –en lo referente a las manifestaciones– participen tanto el Fiscal cuanto el Defensor del presunto implicado. La jurisprudencia, con anterioridad, había reconocido que los informes técnicos del Laboratorio de Criminalística y del Instituto de Medicina Legal que se anexaban al Atestado tenían el carácter de pericias, así como –pleno valor legal–las actas de los denominados "actos objetivos e irreproducibles", siempre –claro está– que no hayan vulnerado la ley.

6. En materia de límites probatorios y de reglas de exclusión, la jurisprudencia aún es muy parca. También lo es la propia legislación ordinaria. Los jueces recientemente han incorporado en sus razonamientos un análisis de legitimidad de las fuentes de prueba. La legislación, es de insistir, no ha desarrollado un conjunto de reglas positivas, informadas por los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad, cuando se trata de limitar derechos fundamentales con fines de investigación penal. Ello se ve reflejado en una serie de medidas restrictivas de derechos que lleva a cabo la Policía, sin control jurídico suficiente ni intervención del Fiscal y del Juez.

7. La percepción ciudadana de la Policía está asociada, fundamentalmente, a conductas vinculadas a la corrupción y al abuso de poder. El actual Gobierno(*) nombró una Comisión Especial de Reestructuración de la Policía Nacional que emitió un informe sobre el estado de la Policía y los cambios que deben producirse al corto, mediano y largo plazo, cuyas conclusiones –aprobadas recientemente– están pendientes de implementarse. Ellas demandarán cambios constitucionales, reformas institucionales profundas y una reorientación presupuestaria muy importante, que hoy por hoy es el aspecto más crítico de la institución, sin perjuicio de sus propios defectos organizativos.

8. Con la caída del régimen autoritario de Alberto Fujimori y la restauración de la democracia, está en la agenda legislativa la dación de un nuevo Código Procesal Penal, la promulgación de nuevas leyes orgánicas del Poder Judicial, del Ministerio Público y de la Policía Nacional, y, en general, la configuración de un modelo de persecución penal más eficiente y con decisiva intervención ciudadana. Existen sendos proyectos en plena discusión pública, así como un proceso de reforma constitucional, aceptado por todas las fuerzas políticas, que busca modificar la Constitución de 1993 e incorporar los cambios más sentidos en el plano institucional y de reconocimiento de los derechos fundamentales.

No cabe duda que en lo estrictamente policial la reforma, como subiere la Comisión Especial de Reestructuración, debe ser profunda ' debe implicar una trascendente renovación institucional, despojándose de toda concepción militar de la función policial. En lo referido a la investigación del delito, cabe reforzar la idea base de la dependencia funcional de la Policía del Ministerio Público, así como estructurar un sistema legal que haga viable

(*) Se hace referencia al gobierno de Alejandro Toledo Manrique.

esa dirección jurídico funcional afirmada por la Constitución. Un tema que está en el centro de la discusión está relacionado con la necesidad –o no– de concebir varios centros de dirección de la Policía, concurriendo en áreas funciones específicas los gobiernos regionales y los gobiernos locales, sin perjuicio del propio Ministerio Público. Es de considerar la necesidad de fortalecer la participación ciudadana en materias de orden interno y orden público, la exigencia de instituir el control civil de la policía y además la exigencia de incrementar el presupuesto público dotándola de mayores recursos financieros.

§1. INTRODUCCIÓN

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, la cual fue respetada por la vigente Constitución Política de 1993, tiene la edad de la República[1]. Actualmente se estructura como un cuerpo policial único en todo el ámbito del Estado, fuertemente jerarquizada –con una tendencia a la militarización de lógica funcional y organizacional– y centralizada en un solo comando institucional, bajo la directa dependencia del Ministerio del Interior. Anteriormente, para sólo hacer referencia a la historia más reciente, la Constitución de 1979, en su art. 277°, reconoció la existencia de tres instituciones policiales, cada una con su propio comando y estructura jerárquica: Guardia Civil, Policía de Investigaciones y Guardia Republicana[2].

2. El Capítulo XII de la Constitución de 1993, denominado "De la Seguridad y de la Defensa Nacional", regula –en sus arts. 166° y ss.– las

---

[1] A principios del siglo XX, apunta Víctor MODESTO VILLAVICENCIO, "la Policía Peruana inició sus actividades formando tres cuerpos: Guardia Civil, Cuerpo de Seguridad, y Cuerpo de Investigación y Vigilancia. La Primera como policía rural o de campo; la segunda como policía de vigilancia urbana, para resguardar el orden en las ciudades, y el Cuerpo de Investigación y Vigilancia, con funciones preventivas y de investigación" [Derecho Procesal Penal, Lima, Imprenta Rozas, 1965, p. 107].

[2] José HURTADO POZO precisó que "la referencia general a las Fuerzas Policiales en la norma constitucional –de 1979 (...) complicó la situación ya existente y agudizó la tensión entre las diversas instituciones policiales. El conflicto se da, (...) en particular, respecto a la demarcación de los dominios de actividad de ambas (Policía de Investigaciones y Guardia Civil). En la práctica se presenta como una competencia negativa y una falta de coordinación que van en detrimento de la eficacia de la lucha contra la delincuencia" [HURTADO POZO, José. El Ministerio Público. 1° ed., Lima, Sesator, 1981, p. 90].

funciones y atribuciones de la Policía Nacional. Del texto constitucional, muy similar por cierto a la Ley Fundamental anterior en cuya redacción se amparó, es posible identificar tres 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. Esta consiste en: garantizar, mantener y restablecer el orden interno; prestar protección y ayuda a la comunidad; garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado; prevenir, investigar y combatir la delincuencia; y, vigilar y controlar las fronteras. En segundo lugar, el art. 167° Const., 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 ésta debe integrar la estructura orgánica del Poder Ejecutivo[3] y, por tanto, que no puede depender orgánicamente 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.

3. El art. 166° Const. precisa el conjunto de actividades que desarrolla la Policía Nacional para preservar y asegurar la paz y seguridad ciudadana, y el normal desenvolvimiento de las actividades individuales y sociales[4]. 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.

---

[3] Ratifica lo expuesto el art. 118° Const., dedicado a las atribuciones del Presidente de la República. En dos incisos precisa que corresponde al Presidente de la República, en su concurrente condición de jefe de Estado y de Gobierno, aunque en este último caso con la necesaria intervención del Consejo de Ministros (arts. 119°/121° Const.), tanto el mantenimiento del orden interno (inc. 4), cuanto organizar, distribuir y disponer el empleo de la Policía Nacional (inc. 14).

[4] Garantizar el orden interno equivale a decir que es la institución que tiene la responsabilidad de asegurar tanto al Estado aparato de poder, como a las personas, que está dispuesta a hacer cumplir las condiciones que permiten decir que el orden interno existe. La Policía Nacional no sólo debe garantizarlo, también (2) Mantenerlo, esto es, seguirle el pulso y prevenirlo en su caso; y, (3) Restablecerlo, vale decir, intervenir para conjurar las situaciones en que el orden ha sido vulnerado, siempre con respeto dentro de cada situación de los derechos fundamentales [RUBIO CORREA, Marcial. Ob. cit., pp. 336 y s.].

Además, de conformidad con los arts. 163° y 171° Const., conjuntamente con las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional cumple tres tareas adicionales: 1. Participación en la defensa nacional. 2. Participación en el desarrollo económico y social del país. 3. Participación en la defensa civil(5).

4. El Estatuto de la Policía Nacional recién se definió a fines del año 1999. Por Ley N° 27238, de 22.12.1999, se aprobó la Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú –en adelante LOPNP–, que a su vez fue reglamentada mediante el Decreto Supremo N° 008–2000–IN, publicado el 6.10.2000 –en adelante Reglamento–.

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 las personas 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".

Son 17 las funciones que la Policía Nacional 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; 4) la garantía de la seguridad ciudadana, capacitando en este ámbito a las entidades vecinales organizadas(6); 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

(5) GARCÍA TOMA, Víctor. Ob. cit., pp. 369 y s.

(6) La reciente 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 ayuntamientos; y, (2) que los servicios de seguridad ciudadana son brindados por las Municipalidades, pero con el apoyo de la Policía Nacional, conforme a Ley, lo que exigirá una Ley de Seguridad Ciudadana que fije el ámbito de la seguridad ciudadana a cargo de los Ayuntamientos y las formas y mecanismos de cooperación de la Policía Nacional. Es claro, sin embargo, que las Municipalidades no podrán crear sus propios cuerpos de policía y de seguridad.

diplomático; 8) el cumplimiento de los mandatos escritos del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Sistema Electoral y Ministerio Público, en el ejercicio de sus funciones; 9) velar por la seguridad de los bienes 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, se considera que la Policía puede 1) intervenir en toda circunstancia, considerándose permanente 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; 4) realizar peritajes criminalísticos, técnico-vehiculares y otros relacionados con sus funciones(7); 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 acuerda. La indicada norma, de modo muy general, establece que puede: 1) realizar registros 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.

Finalmente, se impone a la Policía observar y sujetarse, en el ejercicio de sus funciones, a los principios del "Código de Conductas para Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley".

§2. ORGANIZACIÓN DE LA POLICÍA NACIONAL

1. No existe legalmente reconocida una organización policial fuera de la Policía Nacional del Perú(8). En su vértice, se encuentra el Director General

---

(7) La falta de precisión de la labor pericial policial es patente. Un grave riesgo se encuentra en la realización de las pericias vinculadas al ámbito de la Medicina Legal, que por ley Nº 24128, de 23.5.1985, están encomendadas al Instituto de Medicina Legal, dependencia del Ministerio Público.

(8) La Ley Orgánica de Justicia Militar, aprobada por Decreto Ley Nº 23201, de 19.7.1980, esto es, con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1979 (cuya entrada en vigor fue el 28 de julio de ese año), en su Título II "De la Administración de Justicia Militar en tiempo de Paz", Capítulo IV "De la Policía Militar", reconoció ese órgano como

–que tiene un control estricto de toda la organización policial–, quien a su vez depende directamente del Ministro del Interior y del Presidente de la República.

La institución policial consta de:

(1) Un Órgano de Dirección, que es la Dirección General, a cargo de un Teniente General, nombrado por el Presidente de la República. Está encargado de la organización, preparación, administración, supervisión, el desarrollo, la disciplina y el empleo de los recursos. Nombra a todos los Oficiales Generales para los diversos órganos de la Policía.

(2) Al lado de la Dirección General se encuentran cuatro árganos institucionales. Están: a) el Estado Mayor General, que es un Órgano de Asesoramiento al Director General en todas las áreas de administración de la Policía; b) la Inspectoría General, que es un Órgano de Control que tiene a su cargo la fiscalización y evaluación de la correcta aplicación y observancia de las normas, la eficacia funcional, la disciplina del personal policial, el empleo adecuado de sus recursos, así como el control de calidad y costo–beneficio de los servicios que presta la policía; c) los Órganos Consultivos, cuya finalidad es brindar asesoría al Director General en los asuntos que por su naturaleza se les somete a su consideración; sus integrantes son designados y convocados por el Director General; y, consta de cuatro órganos: Consejo Superior. Comisión Consultiva, Consejo Económico y Consejos de Investigación, y d) los Órganos de Apoyo, que tienen una función diversa en el ámbito propiamente operativo de la institución, y están encargados de administrar los recursos humanos, económico–financieros y logísticos, así como los programas de bienes y salud integral, el soporte técnico y científico, y las relaciones nacionales e internacionales de la Policía. Entre las doce Direcciones que lo integran, se puede mencionar –por su importancia operativa– la Dirección de Criminalística –que tiene a

"...auxiliar de la administración de Justicia Militar, investigando delitos y faltas y descubriendo a los responsables para ponerlos a disposición de la autoridad judicial competente..." Según el art. 42° de esa Ley, cada Instituto Armado las organiza y precisa sus funciones, respetando el ámbito creado por la citada norma. Hoy en día, la base legal de esa norma es cuestionable o de dudosa constitucionalidad, pues la Ley Fundamental no da cobertura para que las Fuerzas Armadas desarrollen labores de investigación de delitos militares a través de órganos propios denominados "Policía Militar".

su cargo los laboratorios y la labor propiamente pericial de cara a las investigaciones criminales–, y la Dirección de Inteligencia –que desarrolla labores de información y de análisis para orientar las actividades y estrategias institucionales tendentes a la más efectiva protección el orden público y al orden interno–.

(3) Una tercera clase de órgano institucional es el de Instrucción y Doctrina. Está encargado de planear, dirigir, organizar y evaluar el Sistema de Instrucción Policial en sus tres niveles: a) formación; b) capacitación y especialización, y c) perfeccionamiento e investigación científica. Está Dirección está encargada de formular y desarrollar los Planes de Instrucción y difundir la doctrina policial.

(4) La cuarta clase de órgano institucional, son los denominados; "Órganos de Ejecución". Son de dos clases: las Regiones Policiales y las Direcciones Especializadas. El reglamento de la Ley Orgánica de la Policía ha establecido el número de Regiones y Direcciones Especializadas, aunque por Resolución del Ministro del Interior, a propuesta del Director General, pueden modificarse ampliarse o eliminarse.

a) El país está dividido geográficamente en 13 Regiones Policiales Estas cumplen las funciones y ejercen las atribuciones, facultades y competencia de la Policía en un determinado espacio geográfico del territorio nacional. La célula básica de la organización regional policial es la Comisaría, asentada en las zonas urbanas según criterios distritales o, menos aún, por zonas territoriales en función de la extensión de las mismas y del número de habitantes, lo cual es común en las grandes urbes[9].

b) Las Direcciones Especializadas. Son 11 en el Reglamento de la Policía, pero que por Resolución Ministerial N° 100-2001-IN-PNP,

[9] La Región más importante es la VII Región, asentada en Lima, Capital de la República. Dentro de ella se encuentra la Jefatura Metropolitana, cuyo ámbito geográfico es Lima Metropolitana (cerca de 8 millones de habitantes). En lo que respecta a sus unidades operativas, cuenta con cuatro Divisiones: Operaciones Especiales, Investigación Criminal, Robo de Vehículos y JAP. La primera se divide en Compañías, las dos restantes en Departamentos (se dedica a investigaciones especializadas en determinados delitos) y la última en Comisarías distribuidas a lo largo de la ciudad (vid.: Informe Final de la Comisión Especial de Reestructuración de la PNP, aprobado por Resolución Suprema N° 200-202-IN, de 22.3.2002).

de 18.8.2001, se agregó una más. Estas Direcciones ejercen las funciones, atribuciones y facultades de la Policía en un campo especializado. Tienen competencia para intervenir a nivel nacional, y lo hacen de oficio o a requerimiento de las Jefaturas de Región u otras dependencias policiales. Están obligadas a coordinar con las Regiones y las Jefaturas Especializadas de todo nivel: regional, departamental, provincial y distrital, que es la base de la organización política impuesta por la Constitución. Empero, la Ley (art. 11°.2) establece que la organización interna de los diferentes órganos que integran la Policía se establece por el Reglamento de Organización y Funciones será aprobado por Resolución Ministerial. Es de enfatizar que hasta la fecha no se ha expedido dicha norma, con lo que la lógica de coordinación interinstitucional no tiene una base legal clara.

Las Direcciones Especializadas mayormente vinculadas a la investigación criminal y al apoyo a la justicia penal, son las siguientes: Antidrogas, Contra el Terrorismo, Investigación Criminal (delitos comunes en general), de Policía Judicial, de Policía de Ministerio Público, de Seguridad del Estado (delitos contra la seguridad y tranquilidad públicas, y contra la seguridad interna y externa del Estado), y contra la Corrupción (delitos asociados a la corrupción).

2. En cuanto al Régimen de Personal, este se erige a partir de los siguientes criterios: 1) El ingreso a la Policía solo se hace por concurso de méritos y sobre la base de un Reglamento de Régimen de Instrucción[10]; la convocatoria es realizada por el Director General y el número de los mismos es fijada anualmente por el Poder Ejecutivo. 2) Existen cuatro clases de

[10] El 42.6% de los policías encuestados consideró que el examen de ingreso tanto a las Escuelas de formación cuanto a las de capacitación, especialización y perfeccionamiento, no es objetivo y predomina el favoritismo (Encuesta realizada por la Universidad de Lima a pedido de la Comisión Especial de Reestructuración de la Policía Nacional - Resolución Ministerial N° 0965-2001-IN, de 4.10.2001). A ello se agrega que el proceso de ingreso a las escuelas adolece de sensibles fallas: 1) no se ha determinado el público objetivo al cual dirigir los esfuerzos de captación por no estar definidos los perfiles profesionales del Policía; 2) el nivel de dificultad de los exámenes de ingreso es muy bajo; 3) falta de transparencia y equidad en el ingreso: 4) falta de definición de los perfiles psicológicos y las motivaciones que deben tener los futuros policías; y, 5) ausencia de verificación de los antecedentes del postulación.

personal de la Policía: policial propiamente dicho, de servicios, con estatus de Oficial, y civil[11]. 3) El personal policial, de servicios y con Estatus de Oficial está comprendido en categorías, jerarquías y grados. La categoría es la clasificación que tiene en cuenta la formación, procedencia y función del policía. La Jerarquía es el nivel que se alcanza en las respectivas categorías y comprende uno o más grados. El grado es el nivel que se obtiene en la respectiva escala jerárquica. Lo esencial es que los grados policiales, al igual que la lógica de ascensos –promoción al grado inmediato superior–, son equivalentes al de las Fuerzas Armadas.

El personal de la Policía consta de: a) Oficiales, clasificados a su vez en Oficiales Generales (Teniente General y General), Oficiales Superiores (Coronel, Comandante y Mayor), Oficiales Subalternos (Capitán, Teniente y Alférez), y Cadetes de la Escuela de Oficiales); b) Suboficiales, clasificados a su vez en Suboficiales Superiores, Técnicos, Suboficiales y Alumnos de las Escuelas Técnico–Superiores; c) Especialistas, clasificados a su vez en Superiores, Técnicos y, Simplemente, Especialistas; y, d) Oficiales Armeros, clasificados a su vez en Oficiales Superiores y Oficiales Subalternos[12].

La condición del Personal Policial es de: 1) Situación de Actividad, cuando el personal se encuentra dentro del servicio policial; 2) Situación de Disponibilidad, cuando el personal está transitoriamente –no más de

---

[11] Otra incoherencia institucional que ha puesto de manifiesto la Comisión Especial de Reestructuración estriba en que no existe una relación adecuada entre la cantidad de personal policial y personal de servicios que actualmente tiene la PNP, así como aquellos que prestan servicios en dependencias administrativas y en dependencias operativas. Asimismo, que la asignación de personal a diferentes dependencias policiales no se hace con criterios técnicos definidos, tales como extensión demográfica, densidad demográfica o problemática policial a atender.

[12] El Informe Final de la Comisión Especial de Reestructuración ha detectado que no existe una adecuada estructura piramidal de la institución. Por ejemplo, en el presente año, entre los Oficiales, existe un Teniente General, 28 Generales, 518 Coroneles, 1.198 Comandantes, 2.066 Mayores, 3.174 Capitanes, 1.423 Tenientes y 533 Alféreces; mientras que entre los Suboficiales existen 1.987 Suboficiales Superiores, 4.078 Suboficiales Brigadieres, 10.157 Suboficiales Técnicos de Primera, 16.765 Suboficiales Técnicos de Segunda, 14.228 hasta llegar a 5.963 Suboficiales de tercera. De ahí que el proceso de reforma policial requiere recuperar paulatinamente la estructura piramidal, así como reducir los 16 grados diferentes que actualmente existe en el personal policial, pues ello contradice los actuales principios de la administración moderna, aunque los propios policías encuestados no muestren preocupación por este último hecho.

dos años– apartado de la Situación de Actividad, y 3) Situación de Retiro, cuando el personal está apartado definitivamente del servicio.

3. En lo concerniente a la formación del Personal Policial, se tiene que: a) los Oficiales Policías se forman en la Escuela de Oficiales, a cuyo egreso obtienen el Despacho de Alférez, el grado académico de bachiller y el título de licenciado en Administración y Ciencias Policiales; y, b) los Suboficiales Policías se forman en las Escuelas Técnico–Superiores, a cuyo egreso obtienen el Despacho de suboficial de Tercera y el título de Técnico en Ciencias Administrativas y Policiales. La Ley también prevé que el Personal Policial pueda formarse en escuelas similares del extranjero.

4. El personal policial está integrado a cinco grandes "Especialidades Funcionales": 1) Orden y Seguridad; 2) Investigación Criminal; 3) Criminalística; 4) Administración, y 5) Inteligencia. El "Plan Anual de Instrucción" desarrolla los requerimientos de formación según esas especialidades.

5. Todo el personal de la Policía, de un lado, está sometido a un Régimen Disciplinario, reflejo del militar, debidamente estructurado en el "Reglamento de Administración de Personal"[13]. Según la vigente Ley Orgánica de la Policía Nacional, el procedimiento administrativo–disciplinario está previsto para las denominadas "faltas graves", que afectan la moral, disciplina, decoro y prestigio de la institución (las demás faltas se sancionan directamente por el superior jerárquico). El régimen sancionador se aplica sin perjuicio de la acción judicial a que hubiere lugar (art. 38° LOPNP)[14]. Aquí es clara la influencia de la doctrina de la "especial

[13] Esa norma aún no ha sido promulgada. Rigen, por consiguiente, las disposiciones generales del Decreto Legislativo N° 745, "Ley de Situación Policial", de 13.11.1991 y, en lo específico, el Reglamento de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional, aprobado por Decreto Supremo N° 26-89-IN, de fecha 7.9.1989 (el texto del citado Reglamento no ha sido publicado), "Cabe puntualizar que la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, de 11.4.2001, señala que en materia sancionadora disciplinaria debe estarse a la normativa sobre la materia; por tanto, no impone que la norma que tipifique los injustos administrativo-disciplinarios tenga necesariamente rango de ley.

[14] Durante el año 2001 se han impuesto 266,110 sanciones y otras medidas disciplinarias. De ellas, 263 han sido de "retiro por medida disciplinaria", 78 de "disponibilidad por medida disciplinaria", 115 han sido sentencias condenatorias por la comisión de delitos (de función y comunes), 13,736 han sido arresto de rigor y 251,918 arresto simple. Paralelamente se han otorgado 3,290 felicitaciones, condecoraciones, medallas por acción distinguida y ascensos póstumos.

sujeción", considerada una excepción a la interdicción de concurrencia de sanciones administrativa y penal por un mismo hecho, en tanto no existe identidad de fundamento(15).

El personal de la Policía, con exclusión del personal civil, que cometa delito de función será investigado sumariamente por el Comando u Órgano Institucional competente, y denunciado ante el Fuero Privativo Militar. Si incurre en delitos comunes, será sometido al órgano jurisdiccional ordinario. En este último caso, ante la alarma social generada por la participación de efectivos policiales en la comisión de delitos comunes, se dictó la Ley N° 26758, de 14.3.1997, que agravó la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido por los efectivos policiales.

6. En lo atinente al "Régimen Económico" de la Policía Nacional, el presupuesto de la institución es fijado para cada ejercicio fiscal dentro de la estructura presupuestal del Ministerio del Interior. La principal fuente de financiamiento institucional proviene de la caja fiscal, del Estado. La Ley, asimismo, considera que la Policía puede agenciarse de fondos por otras vías: (1) donaciones (en dinero o bienes, de personas jurídicas o naturales, sean nacionales o extranjeras); y, (2) ingresos propios, provenientes de la venta de bienes, tasas policiales(16), multa por infracciones al Código Administrativo de Contravenciones y prestación de servicios individualizados o localizados y otros.

El tema de los recursos de la Policía Nacional es particularmente álgido(17). No sólo se trata que los propios policías (39%) consideran que es el

(15) El art. 53°.3 LOPNP estipula que "las sanciones administrativas y medidas disciplinarias que se apliquen al Personal de la Policía Nacional son independientes de las penas que impongan los órganos jurisdiccionales Militar o Civil".

(16) El cobro de tasas policiales está regulado en el Decreto Supremo N° 003-2000-IN, 19.5.2000. Se trata de montos fijados por doce conceptos, tales como certificado domiciliario o de supervivencia, copias de denuncias policiales, exámenes de dosaje etílico o toxicológico, certificado de antecedentes policiales, ficha de canje internacional, odontogramas, peritaje de constatación de daños en vehículos, peritaje de identificación vehicular, acta de insumos químicos fiscalizados, etc.

(17) La Comisión Especial de Reestructuración, en su Informe Final, señala: 1) que hay mucha burocratización y desvío de recursos humanos a funciones accesorias; 2) que no existe gerencia moderna ni administración por procesos; y, 3) que a nivel organizativo hay duplicidad de estructuras y funciones y excesiva centralización y concentración en las decisiones.

problema central y que requiere una corrección inmediata[18], sino que ello se expresa, a tenor del Informe de la Comisión especial de Reestructuración de la PNP, en primer lugar, en una progresiva disminución del personal policial en relación con la identidad demográfica (en el año 2001 el personal de efectivos policiales era de 94,169 [19], mientras que en 1995 fue de 103,193, esto es, un decremento de 9,024 efectivos), de suerte que la relación policía/habitante es de un policía por cada 335 habitantes (en el año 1995 era de un policía por cada 280 habitantes, que revela un decrecimiento de 1,000 policías por año), a lo que hay que añadir que si se descuenta vacaciones, descanso médico, licencias, francos, etc., sólo un 40% del total realiza servicio efectivo en Seguridad Ciudadana, esto es, 52,897 policías, que revela un inadecuado manejo de los escasos recursos humanos, y en segundo lugar, los bajísimos sueldos de los policías y el creciente deterioro de las políticas de bienestar del personal policial; así tenemos que el grado más alto de la Policía (General PNP) gana un promedio total de 1,500 dólares americanos y el más bajo (Suboficial de Tercera) 180 dólares americanos[20]. En medio de este desolador panorama se tiene que, por ejemplo, el Perú en el año 1999 asignó el 7.60 % del Presupuesto Nacional a la Policía Nacional (en 1996 este monto era supuesto, alcanzaba al 9.12%)[21].

---

[18] Encuesta de Opinión realizada por la Universidad de Lima a instancias de la Comisión Especial de Reestructuración de la Policía Nacional, constituida por Resolución Suprema Nº 09652001IN, de 4.10.2001.

[19] De ese total el 69.8% son Suboficiales, el 13.9% son especialistas, el 9.5% son oficiales, 3.8% son oficiales de servicios, y el 0.1% son personal con estatus de oficial. Asimismo, de ese universo el 87.42% son varones y el 12.58% son mujeres (11,849 son mujeres, del que sólo el 1.2% son oficiales).

[20] Según Susana VILLARÁN, integrante de la Comisión Especial de Reestructuración de la PNP, "las condiciones de vida y de trabajo de los 95,000 policías en actividad, así como de los pensionistas y sus familiares, son dramáticas. La Sanidad Policial prácticamente ha colapsado y no ofrece atención de salud oportuna, equitativa y de calidad. Los fondos como Fondo de Vivienda Policial y la Caja Militar Policial han sufrido años de ineficiencia y corrupción que han dejado a los miembros de la PNP a la intemperie" ("Policía Nacional: Reestructuración a puertas abiertas", en Revista *Idéele*, Nº 144. Lima, febrero de 2002, p. 59). En el Informe de la Comisión Especial reconoce tres consecuencias de los bajos sueldos: 1) Que, en los grados inferiores, no alcanzan para cubrir la canasta familiar; 2) Que ocasiona desmotivaciones y es factor de corrupción; y. 3) Que obliga a que el personal policial tenga trabajos alternativos eventuales que distorsionan la función policial.

[21] Reforma Policial en Democracia. Informe de la Revista *Idéele*, Nº 141, Lima, octubre de 2001, p. 57.

7. Las normas reglamentarias dictadas a partir de las disposiciones de la Ley Orgánica del Ministerio del Interior (Decreto Legislativo N° 370 de 4.2.1986), incardinadas a garantizar la seguridad y los patrimonios público y privado, han reconocido como actividad privada, controlado por la Administración a través de la Dirección General de Gobierno Interior del Ministerio del Interior, los denominados "Servicios de Seguridad Privada", realizados por personas naturales y jurídicas (Decreto Supremo N° 05-94-IN, de 12.5.1994).

Según el art. 9° del citado Decreto Supremo, los Servicios de Seguridad Privada son los que prestan las personas naturales o jurídicas, debidamente autorizadas, destinados a cautelar y proteger la vida e integridad física de las personas, instalaciones, así como el patrimonio de éstas en ámbitos debidamente delimitados.

De igual manera, el Decreto Supremo N° 053-84-1N, de 10.10.1984, reconoció y reguló la actividad de los "detectives privados", que se ejercían a través de empresas legalmente autorizadas. El servicio que restan los detectives privados está orientado a proporcionar informaciones de carácter civil o comercial que no sean de competencia de la Policía Nacional, siempre que no afecten la vida privada, el honor y la dignidad de la personas ni que impliquen a estas cuando ejerciten una función pública, así como proporcionar seguridad personal inmediata a los usuarios.

§3. FUNCIONES DE LA POLICÍA EN LA PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL DELITO

3.1. Delimitación de las funciones preventivas y represivas

Hoy en día es posible detectar la diferenciación de funciones de seguridad y represión, a partir de la estructura orgánica de la Policía. Si se toma en cuenta las Direcciones Especializadas, las funciones de seguridad están distribuidas en las Direcciones de Defensa Nacional y Control de Fronteras, Operaciones Especiales, Policía de Carreteras, Seguridad Vial y Turismo y Ecología. Las funciones propiamente de represión del delito 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 la labores de Policía de seguridad.

La gran dificultad para poder diferenciar y poner en funcionamiento de modo acabado las tareas de prevención y de represión del delito, se profundiza no sólo (1) con el hecho de que ambas funciones se confunden en un sólo cuerpo de Policía, pese a que el art. 41º del Reglamento 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, sino también (2) porque no existen protocolos de intervención estrictos en el ámbito de la prevención (sólo se cuenta con manuales de operaciones para las propias tareas de policía judicial).

2. a) La Policía Nacional, históricamente, nunca tuvo poder sancionador. La Constitución vigente no reconoce ese poder. Sin embargo, la LOPNP en su art. 7°.2 estipuló que la Policía también está facultada a "... aplicar las sanciones que señale el Código Administrativo de Contravenciones de Policía". La Tercera Disposición Complementaria y Final de la dicha Ley estableció que el citado Código Administrativo de Contravenciones de Policía debía ser aprobado por Decreto Supremo, expedido por el Poder Ejecutivo, norma que tendrá aplicación en todo el país.

b) Dos críticas de fondo, en orden a su legitimidad constitucional, pueden formularse a ese Dispositivo, que finalmente se aprobó mediante el Decreto Supremo N° 005–2000–IN, de 25.5.2000. En primer lugar, según se ha dicho, la función policial no es sancionadora. La Constitución en el art. 166°, no le reconoce tal facultad, que en todo caso compete a la Administración a través de órganos distintos, aunque integrantes del Ministerio del Interior. En segundo lugar, en tanto la naturaleza de un Código de Contravenciones es sancionadora, de corte punitivo, es obvio que debe estar sujeta a reserva de ley estricta, por lo que en ese ámbito su rango normativo no es el previsto por el art. 2°.24.d de la Constitución, que incorpora el principio de reserva de ley en materia sancionadora. Desde esta perspectiva, el art. 230°.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, de 11.4.2001, prescribe que: "Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir (...) la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad".

c) El Código Administrativo de Contravenciones de Policía diferencia entre falta penal y contravención de policía. Tipifica 21

contravenciones de policía. Establece cuatro tipos de sanciones administrativas y seis medidas correctivas. Esta norma, hasta ahora, no ha sido aplicada.

3.2. Persecución penal

3. El art. 159°.4 Const. implanta una subordinación policial de carácter funcional, dejando en manos del Ministerio Público –en adelante, MP– la dirección jurídico–funcional de la Policía, la cual esta obligada a obedecer sus órdenes en lo estrictamente funcional.

La nueva Constitución definió una relación Fiscalía–Policía no sólo en un nivel de coordinación y vigilancia, sino esencialmente de dirección o conducción(22). Es importante precisar que la LOMP, es una norma preconstitucional y, como tal, en su art. 9° delimitó la investigación preliminar a la antigua usanza plasmada por la Constitución de 1979(23). Los vocablos utilizados en dicha norma, tales como "vigila, interviene, orientándola o supervigila" corresponden a la añeja concepción del MP frente a la Policía, que descarta una "conducción" real de las investigaciones a nivel Fiscal(24).

Hasta la fecha no se ha modificado la LOMP, la misma que mantiene en la práctica una posición de intervención que ha avanzado muy poco hacia una efectiva conducción fiscal de la investigación preliminar. La normatividad constitucional no ha sido desarrollada con normas de rango de ley (el CPP de 1991, como se sabe, no ha entrado en vigencia), habiéndose limitado el Fiscal de la Nación –máxima autoridad de la institución– a dictar circulares y directrices que sin embargo no han establecido a plenitud una nueva concepción de dependencia funcional que funcione en la práctica.

Entre las directrices impartidas para la conducción de la investigación preliminar por parte del MP existe la Circular N° 001-99-MP-EMP, apro-

---

(22) SAN MARTÍN CASTRO, César: Derecho procesal penal. T. I, Lima, Grijley, 1999, p. 172.

(23) El artículo 9 LOMP establece lo siguiente: "El Ministerio Público, conforme al inciso 5° del artículo 250° de la Constitución Política, 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".

(24) En igual sentido; HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 42.

bada mediante Resolución N° 471-99-MP-CEMP, de 7.6.1999, ampliada por la Resolución N° 628-2000-MP-CEMP, de 2.9.2000. 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 (estaríamos frente a atenciones policiales por flagrancia) 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 de los motivos de su detención.

Uno de los supuestos más interesantes de la Circular es el establecido 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 o de turno orientándola para que remita los actuados, en el término de la ley, al órgano que corresponda. La circular, empero, deja abierta la posibilidad de que la Policía Nacional haya iniciado una investigación preliminar sin el concurso, dirección y ¡conocimiento! de la Fiscalía. El correctivo que se establece consiste en imponer las visitas de inspección y cuando se tenga conocimiento de la existencia de un detenido, dar cuenta al Fiscal competente para los fines de ley. Lo más importante es que la Circular regula dicho supuesto siempre que se haya corroborado la detención; ¿Acaso no existe el deber de comunicar el inicio de cualquier investigación policial al Fiscal para que asuma la conducción?

El Fiscal puede realizar actos de investigación, por sí o por la Policía, a quien dicta las órdenes correspondientes, una vez que reciba la denuncia por la víctima o por cualquiera del pueblo. La necesidad de un previo esclarecimiento para determinar los presupuestos para proceder penalmente, obliga a la realización de actos de investigación preliminares. Concurrentemente, la Policía tiene autorización para recibir directamente denuncias, así como para actuar de oficio cuando le llegue la noticia de la comisión de un delito. En cuanto a la relación Fiscalía–Policía al inicio de la investigación, en nuestro ordenamiento jurídico se establece, primero, que una vez que la Policía tome conocimiento de un delito perseguible de oficio está obligada a comunicarlo al Fiscal Provincial; segundo, que el Fiscal Provincial tiene facultades para disponer que la Policía realice una investigación

(25) La fuente normativa de estos poderes está en el art. 94°, incs. 1) y 2) LOMP. El Fiscal garantiza el derecho de defensa de los detenidos en sede policial y, cuando considera pertinente, ordena a la Policía realice una investigación preliminar para posteriormente decidir si promueve la acción penal.

preliminar, y tercero, que el Fiscal Provincial tiene la obligación de cursar directivas precisas a la Policía que deben ser cumplidas en orden al objeto de la investigación y a las formalidades específicas que deben reunir los actos de investigación encomendados, a fin de garantizar su validez jurídica(25).

La realidad nos dice que existen múltiples denuncias de parte recibidas por la Policía que no sólo no las comunica inmediatamente al Fiscal, sino que realiza en forma autónoma la investigación preliminar formulando el Atestado (opinando por la responsabilidad penal del hecho denunciado) o Parte Policial (opinando por la ausencia de responsabilidad penal), a partir del cual recién la Fiscalía conoce del hecho delictuoso (de ahí que algunos le otorguen al Atestado la calidad de denuncia)(26). Esta práctica, usual en nuestro país, permite concluir que no existe una conducción de la investigación policial, aún cuando se hayan realizado las manifestaciones policiales en presencia de un representante del MP; la Policía realiza una investigación con autodeterminación funcional –que no se encuentra relacionada con su función de colaboración con el MP–, por cuanto de hecho, el Fiscal ni siquiera ha asumido efectiva competencia. El Fiscal se limita a una evaluación o análisis del resultado final de la investigación policial, se trata de una evaluación *a posteriori*.

Lo que existe es una suerte de cooperación entre la Policía y la Fiscalía, que lejos de sustentarse en una lógica de especialización de la investigación, se basa en una lógica de carga de trabajo. La colaboración de la Policía no se realiza en la investigación Fiscal sino que es una colaboración con la investigación fiscal. Sencillamente, asume investigaciones que el Fiscal no está en condiciones ni de realizar ni de dirigir, y en las que éste se limita a evaluar el documento final.

---

(26) Esta práctica tiene directa relación con el art. 7°.2 de la LOPNP y con el art. 9°. 3 de su Reglamento, que establecen como facultades de la Policía investigar y denunciar delitos y faltas perseguibles de oficio. En suma, estos artículos son interpretados como la facultad de una autodeterminación funcional en la Policía que le permite realizar una investigación previa a la denuncia y que no tiene, por consiguiente, una dirección jurídico funcional del Fiscal. Esta se limita a la evaluación del Atestado o Parte.

(27) Dice al respecto Manuel CAIHACORA GONZÁLES, que '...casi siempre se tiene por verdadero lo que se concluye en el Atestado y consecuentemente, la labor tanto de los Fiscales como de los Jueces gira alrededor de sus conclusiones. Las conclusiones a las que llega la Policía en la mayor parte de casos sirven de base para la denuncia y la apertura de instrucción. Muy pocas veces los Fiscales y Jueces se apartan de la hipótesis de trabajo que propone la Policía. En buena cuenta el trabajo policial ha condicionado el trabajo judicial" [Manual de derecho procesal penal, Lima, Rodas, 1996, p. 384].

En este sentido, si bien la Constitución dispone una cooperación dirigida (situación jurídica), en la realidad (situación fáctica) estamos frente a una suerte de sustitución de funciones, que implica un serio prejuicio al momento de la evaluación de una información que carece de inmediación fiscal[27].

4. El caso de la cooperación con el Juez de Instrucción es sustancialmente distinto. Señala el propio CATACORA GONZÁLES[28] que "cuando se redactó el Código de Procedimientos Penales se consideró necesaria la creación de un organismo de apoyo de la administración de justicia en la investigación de los delitos y faltas con el nombre de Policía Judicial (...). De acuerdo al criterio de esa época la Policía Judicial debía tener dos funciones: una de prevención, anterior a la instrucción, y otra auxiliar en el desarrollo del proceso abierto por el juez". Más claro es aún MIXÁN MASS, quien nos dice que "de la Exposición de Motivos del Anteproyecto (del CPP) resultan nítidas las dos finalidades que inspiraron la creación del instituto de la Policía Judicial; esas finalidades son: a) una función preparatoria de la instrucción (no preventiva como dice CATACORA); en tal virtud debe investigar los delitos y las faltas, identificar a los responsables, recoger los elementos probatorios, incautar los efectos del delito y ponerlos a disposición del Juez Instructor correspondiente con el atestado respectivo; b) una función de apoyo durante el desarrollo de una instrucción–.

La creación del MP autónomo tendió a la modificación sustancial de la regulación de la Policía Judicial dispuesta por el CPP de 1940. Dicha regulación hoy en día –con la incorporación de la LOMP– se aplica en realidad a la colaboración de la investigación preliminar de Fiscal, en que las funciones señaladas por el CPP han sido asumidas por la Policía del Ministerio Público. El segundo desfase de esta regulación se presenta con la nueva Constitución Política, que entrega la dirección jurídico funcional a la Fiscalía. La nueva Carta Política en vez, como lo hiciera la LOMP con la Policía Judicial regulada por el CPP convierte en obsoleta la regulación de la vigilancia Fiscal frente a la Policía, requiriéndose una normativa eficaz que regule sus relaciones.

---

[28] CATACORA GONZÁLES, Manuel. Ob. cit., p. 379.

[29] MIXÁN MASS, Florencio. Derecho Procesal Penal. Trujillo. Ankor Ed., 1982, p. 274.

Es de anotar que el ejercicio de la acción por el MP en nuestro país con la entrada en vigor de la LOMP, relegó de plano la creación de una Policía Judicial. La creación de Direcciones Policiales se limitaron a constituirse en unidades de investigación que cooperan con las funciones del Fiscal en tanto este ostenta hoy el señorío de la investigación preliminar. La regulación normativa de la colaboración de la Policía con el Poder Judicial se limita –según se señaló en la sección anterior– a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder judicial y, con más precisión, a lo estipulado en el art. 9º. 13 del Reglamento LOPNP que establece como obligación de "hacer cumplir los mandatos escritos del Poder Judicial". Por otro lado, la Policía tiene entre sus atribuciones realizar peritajes criminalísticos, técnico–vehiculares, balístico, químico-biológico, etc.(30)

A su vez, la Policía tendrá una importante participación en la ejecución de mandatos judiciales vinculados a la aportación de pruebas al proceso, como el caso de registro de personas, allanamiento de morada, etc. A estos efectos hay que diferenciar aquellas acciones policiales que se encuentran sujetas al mandato de la autoridad competente vinculadas a la existencia de un proceso judicial, de las acciones realizadas por autodeterminación funcional en los casos de delito flagrante. En estos casos está incluida la diferencia entre la atención ordenada por el juez (ya sea por sentencia condenatoria o por la imposición de la medida cautelar de detención) y la detención policial mediando flagrancia delictiva.

En los casos de mandato judicial existirá una colaboración al proceso penal, mientras que en los casos que medie flagrancia o que la policía intervenga de oficio o a instancia del Fiscal, existirá una colaboración previa –en teoría controlada por el fiscal– vinculada a la investigación preliminar del delito, aunque en todos los casos las intervenciones policiales que importan restricciones de derechos fundamentales deberán ser autorizadas o, en su caso, cuando lo prescribe la ley, confirmadas por el juez penal.

Según el art. 2°.24.f) Const. la detención preliminar es la realizada por las autoridades policiales en los supuestos de flagrancia, y es una detención de duración determinada por ley –24 horas o el término de la distancia para

(30) LOPNP, art. 8°.5. Reglamento, art. 10°.6.

delitos comunes y hasta 15 días para los delitos exceptuados– practicada con el fin de poner a una persona a disposición del Juez, para que pueda ser ejecutada la detención judicial que, en su caso, se acuerde.

La Constitución Política no ha definido en forma expresa lo que debe entenderse por delito flagrante. Normativamente, ha sido el art. 11º.7 del Reglamento LOPNP que ha definido esa institución; dice: "La flagrancia se configura al momento de la comisión del delito o inmediatamente después de cometido".

La legislación penal especial en materia de control de drogas prohibidas y terrorismo autorizan a la Policía a detener hasta por 15 días. Así tenemos los artículos 71°.a) del Decreto Ley N° 22095, de 21.2.1978, y 12°, c) del Decreto–ley N° 27475, de 6,5.1992. La primera norma estipula: "en la investigación del delito (...), la Policía (...) podrá adoptar las siguientes medidas: a) efectuar la detención preventiva de los traficantes, cómplices o encubridores por un término no mayor de 15 días con conocimiento del Juez Instructor". La segunda norma prevé: "En la investigación de los delitos de terrorismo, la Policía observará estrictamente lo preceptuado en las normas legales sobre la materia, y, específicamente, las siguientes: c) efectuar la detención de los presuntos implicados, por el término no mayor de quince días naturales, dando cuenta en el plazo de las 24 horas por escrito al Ministerio Público y al Juez Penal correspondiente".

Si bien ambas normas no hacen referencia a la flagrancia delictiva constitucionalmente este presupuesto es esencial para legitimar la detención preliminar policial(31).

(31) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha fijado los contornos de los poderes policiales de detención, sentando la siguiente doctrina: 1) Que toda detención policial debe ser puesta en conocimiento del Fiscal Provincial respectivo y del Juez Penal correspondiente, para que, en su caso, procedan de acuerdo a su competencia, con lo que 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 (STC de 17.6.1998, Exp. N° 992-96/HC/TC). 2) Que toda detención policial de oficio supone flagrancia, definiéndose ésta como "la aprehensión del autor del hecho delictivo en el preciso momento de la comisión del mismo, más aún tratándose de delitos de comisión instantánea", no aceptándose la denominada "cuasi flagrancia", que se define como la aprehensión verificada en el momento inmediatamente seguido a la presunta comisión del hecho delictivo (STC de 13.4.2001, Exp. N° 1318-2000-HC/TC). 3) Que la flagrancia delictiva es necesaria en todo tipo de

6. En cuanto a los derechos del detenido, la Constitución prevé los siguientes: 1) Que la incomunicación sólo procede para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la Ley; el Tribunal Constitucional ha establecido que esa medida no puede dictarla la Policía, requiriéndose la intervención del Fiscal y la decisión del Juez (STC de 15.11.2001, Exp. Nº 5-2001-AI/TC). 2) Que la Policía, en todo momento, está obligada a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida (art. 2°.24.g) Const.) 3) Que la Policía está obligada a informar a la persona detenida, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención [art. 139°. 15 Const.]. 4) Que el detenido tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorado por éste desde que es citada o detenido por cualquier autoridad (art. 139°. 14 j).

La LOMP prescribe que la Policía está obligada a comunicar al Fiscal de la detención de una persona, que el Fiscal debe ponerse en comunicación con el detenido para asegurar su derecho de defensa y los demás derechos que le reconocen la Constitución y las Leyes (art. 10°); que si el detenido rehuye nombrar defensor, el fiscal llamara al de oficio o, en su defecto, designará a uno de los que integran la lista que el Colegio de Abogados correspondiente formulará, en su oportunidad, para este efecto (art. 94°. 1).

La Circular Nº 01-99-99-MP-CEMP impone al Fiscal ordenar el reconocimiento médico legal, en el caso que el detenido refiera haber sido sometido a tortura, dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales; así como, constituirse a las dependencias policiales para constatar si existen

---

delitos incluidos los exceptuados (tráfico de drogas, terrorismo y espionaje), cuya singularidad versa exclusivamente en el plazo de detención (STC 2.7.1998, Exp. Nº 104-98-HC/TC). 4) Que el plazo de detención de 15 días en delitos exceptuados, no puede extenderse fuera de ese plazo, declarando inconstitucional la normatividad del delito de traición a la patria –terrorismo hiper agravado– que permitía una extensión judicial de ese plazo a 30 días (STC 5.8.1998, Exp. Nº 98-98-HC/TC). Llama la atención, sin embargo, que el Manual de Procedimientos Operativos Policiales, en el Título IV, Sección II, Literal D), establezca -de modo absolutamente inconstitucional que la detención por el personal de la PNP también proceda: "Como consecuencia del proceso de investigación policial, o cuando la naturaleza de las investigaciones lo hagan necesario", para lo cual "deberán reunirse previamente las evidencias que permitan establecer que la persona a detenerse, está implicada en delito o infracción punible".

personas detenidas e interrogarlas acerca del cumplimiento y respeto de sus derechos. La protección de la integridad física y la consiguiente interdicción de la violencia moral, psíquica o física, así como de las torturas o tratos inhumanos o humillantes está reconocida en el art. 2°.24.h) Const., norma que adicionalmente estimula que carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia que quien la emplea incurre en responsabilidad.

La detención se lleva a cabo en las dependencias policiales. La Policía está autorizada a tomar declaración al detenido, a otros implicados en los hechos delictivos, así como a los testigos. De conformidad con el art. 121° CPP, aplicable extensivamente, la intervención del abogado defensor no es necesaria; se puede renunciar a él, salvo que se trate de sujetos de responsabilidad restringida, entre 18 y 21 años de edad, o que el implicado sea analfabeto.

En cuanto a los niños y adolescentes, el Código del Niño y del Adolescente (Ley N° 27337, de 7.8.2000) fija algunas especialidades: 1) La detención sólo procede por mandato judicial o en flagrancia infracción a la Ley penal (arts. 5° y 182°). 2) La privación de la libertad del adolescente y el lugar donde se encuentre detenido serán comunicados al Juez, al Fiscal y a sus padres o responsables, los que serán informados por escrito de las causas o razones de su detención. 3) Los adolescentes detenidos permanecerán separados de los adultos (art. 188°), siendo conducidos a la sección especial de la Policía Nacional. 4) Todas las diligencias policiales se realizarán con intervención del Fiscal y de su defensor (art. 200°). 5) El Fiscal de Familia tiene por función primordial velar por el respecto de los derechos y garantías del niño y del adolescente, promoviendo de oficio o a petición de parte las acciones legales, judiciales, extrajudiciales correspondientes. 6) La Policía especializada es la encargada de auxiliar colaborar con los órganos competentes del Estado (art. 151°).

3.3. Actos de Investigación

7. Respecto a los "actos de investigación" de la Policía, es de precisar en primer lugar, que su realización puede ser: a) de oficio o *motu proprio*, es decir, a instancia propia; y, b) por comisión o delegación esto es, por órdenes del Ministerio Público o del Poder Judicial. En el primer caso, la norma base se encuentra en el art. 59° CPP, que le faculta a realizar investigaciones por delitos y faltas, descubriendo a los responsables con los elementos de prueba y efectos incautado; en el segundo caso, las normas que lo rigen se

encuentran: 1) en el art. 94°. 2 de la LOMP, que autoriza al Fiscal a ordenar a la Policía que abra una investigación policial cuando los hechos lleguen a su conocimiento; 2) en el art. 92°.4 LOMP, que dispone cuando el Fiscal; Superior formule acusación formal, ordenará por intermedio del Fiscal Provincial la realización de una investigación policial ampliatoria, la misma que –volcada en un Atestado o Parte Policial– se presentará en el curso del juicio oral; y, 3) en el art. 64° CPP, en cuya virtud los jueces pueden ordenar a la Policía lleven a cabo investigaciones ampliatorias o complementarias a efectos de configurar, adecuadamente la instrucción judicial.

Los actos de investigación de oficio están vinculados, de un lado, al supuesto de "flagrancia delictiva" –ya definido– y, de otro lado, en defecto de lo anterior, al supuesto de "urgencia", vale decir, a la necesidad de realizar averiguaciones inmediatas para evitar que las pruebas desaparezcan o que los implicados en el delito huyan.

3. La Policía está autorizada a (1) recibir denuncias, sentar actas verbales[32] y tomar declaraciones a los denunciantes; el conocimiento de los hechos puede ser de modo directo, cuando la propia policía presencia la comisión del delito, o también indirecto, por publicaciones periodísticas, por información de otras autoridades públicas o por publicaciones periodísticas, comunicaciones radiales o de televisión o por rumores. (2) También está autorizada a vigilar el lugar de los hechos, a fin de que no sean borrados los vestigios y huellas del delito, así como a interrogar personas y recibir declaración le testigos presenciales, de las víctimas y de los propios implicados; ello implica, además, tanto la práctica de diligencias orientadas a la identificación física de los autores y partícipes del delito, incluyendo el reconocimiento en rueda, como la realización de careos o confrontaciones cuando existen contradicciones entre las versiones de dos o más personas previamente interrogadas. (3) De igual manera, al constituirse al lugar de los hechos, está autorizada a realizar una "Inspección Técnica Policial", a levantar planos, tomar fotografías y llevar a cabo todas las operaciones técnicas o científicas –con el personal especializado de Criminalística– que fueran necesarias; esta última diligencia se denomina "Comprobación del Hecho", que va unida a tanto a la diligencia de "protección de la escena",

[32] En nuestro ordenamiento penal, no se requiere una formalidad expresa para la presentación de denuncias. Estas pueden constar en un acta verbal sin mayores requisitos de trámite.

sea en campo abierto o en lugar cerrado, cuanto al "recojo de huellas y evidencias". (4) Adicionalmente, dentro del planeamiento de la investigación, la Policía realiza "Vigilancias": mantenimiento bajo observación a personas, objetos o lugares con fines de obtención de información. De todas estas diligencias, la Policía levanta las actas correspondientes, que irán agregadas al Atestado o Parte Policial. (5) La nueva Ley N° 27686, de 19.3.2002, autoriza a la Policía a realizar a tomar fotografías y vídeos de manifestaciones públicas, otorgándoles valor probatorio, a fin de individualizar a los autores de actos de violencia, lesiones o daños.

9. Desde luego, la Policía no tiene límites para realizar actos de investigación, en tanto pretenda obtener información y evidencias relevantes para la determinación de la realidad de un delito y de quiénes están involucrados en su comisión. También la Policía está autorizada a realizar determinados actos que implican limitaciones o restricciones de derechos fundamentales. Se trata de los "actos constitucionalmente protegidos".

Son los siguientes:

(1) Practicar el registro de personas. Es una medida coercitiva que se impone cuando se interviene a una persona sospechosa de participar en la comisión de un delito (el "perfil" del sospechoso –que habilita el registro– está indicado en el Manual de Procedimientos Operativos Policiales). De todo lo que se encuentre, y es relevante y pertinente, se levantará el acta de incautación correspondiente. Los registros también comprenden vehículos.

(2) Incautar los objetos e instrumentos relacionados con el delito. El único criterio que lo habilita, sea que se intervenga a una persona en flagrante delito o en el curso de una investigación preliminar, realizada de *motu proprio* o por comisión del Fiscal o Juez, es la pertinencia de la medida, en función a finalidades probatorias o de un futuro decomiso por la autoridad judicial. La práctica judicial no exige que la incautación *ex officio* sea objeto de una inmediata resolución judicial confirmatoria.

(3) Allanar locales de uso público o abiertos al público. No se requiere en este caso mandato judicial (tampoco para registrar vehículos). Si lo requiere, en cambio, el allanamiento y registro de domicilios –inclusive locales abandonados–, salvo en casos de flagrante delito, peligro inminente de su perpetración o cuando el dueño lo autorice. De la diligencia se levanta un acta, la cual va unida por lo general a la incautación.

(4) Disponer la realización de las pruebas de "Dosaje Etílico" y/o "Toxicológica", cuando se advierta o sospeche que una persona vinculada a la comisión de un delito, está intoxicada por ingerencia de alcohol o drogas. No se requiere orden judicial y la medida es compulsiva.

10. La legislación nacional ha construido un sistema diferenciado de poderes policiales en la investigación del delito para determinadas conductas criminales. La legislación excepcional está vinculada a los delitos de tráfico de drogas, terrorismo, traición a la Patria (que son delitos de terrorismo hiperagravados), delitos agravados (se trata de delitos especialmente violentos). La lógica de la legislación de excepción se ha impuesto en la persecución de dichos delitos, que rebasa el ámbito de la detención (que la Const. circunscribe a los delitos de tráfico de drogas, terrorismo y espionaje). Tal vez la nota característica de este modelo de control policial desde una perspectiva de mayores poderes de intervención y de incorporación de facultades coercitivas autónomos estriba en el papel *cuasi* decisor de la Policía en la investigación del delito, siendo así que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el Estatuto de control de los delitos de terrorismo especial (vid.: STC N° 5–2001–AI/TC, de 15.11.2001), que en buena cuenta reprodujo la legislación de terrorismo y de tráfico de drogas, cuyo análisis se expondrá a continuación.

A. El art. 12° de la Ley 25475 –Terrorismo– (06.05–92) regula una serie de presupuestos que debe seguir la Policía al momento de la investigación:

(1) Asumir la investigación policial de los delitos de terrorismo a nivel nacional disponiendo que su personal intervenga sin ninguna restricción que estuviere prevista en sus reglamentos.

(2) En los lugares donde no exista dependencia de la Policía Nacional del Perú, la captura y detención de los implicados en estos delitos corresponderá a las Fuerzas Armadas, quienes lo pondrán de inmediato a disposición de la dependencia policial más cercana para las investigaciones a que hubiere lugar.

(3) Efectuar la detención de presuntos implicados, por el término mayor de quince días naturales, dando cuenta en el plazo de veinticuatro horas por escrito al Ministerio Público y al Juez Penal, correspondiente.

(4) Cuando las circunstancias lo requieran y la complejidad de las investigaciones así lo exija, para el mejor esclarecimiento de los hechos que son materia de investigación, podrá disponer de la

incomunicación absoluta de los detenidos hasta por el plazo máximo de la ley, con conocimiento del Ministerio Público y de la autoridad jurisdiccional respectiva.

(5) Disponer cuando fuere necesario el traslado de los detenidos para el mejor esclarecimiento de los hechos que son materia de investigación. Igual procedimiento se seguirá como medida de seguridad cuando el detenido evidencie peligrosidad. En ambos casos con conocimiento del Fiscal Provincial y del Juez Penal respectivo.

B. Asimismo, por Decreto Ley N° 25746 (27.9.1992) se reguló las normas aplicables a la investigación policial en los delitos de traición a la patria. Se estableció que:

(1) La Policía podrá efectuar la detención con carácter de preventiva de los presuntos implicados, por un término no mayor de quince días, dando cuenta a la autoridad judicial de turno en el Fuero Privativo Militar. A efectos de obtener mejores resultados en la investigación, el término antes referido podrá ser prorrogado por un período igual a solicitud debidamente justificada de la Policía; norma que, empero, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional (STC N° 98–98–HC/TC, de 5.8.1998 "Caso Heriberto Manuel Benitez Rivas").

(2) Los abogados de los defensores no podrán patrocinar simultáneamente a más de un encausado a nivel nacional, en ninguna de las etapas, sea investigación policial, instrucción o el juicio. Están exceptuados de esta disposición los abogados defensores de oficio.

C. Por otro lado el Decreto Legislativo N° 824 – Ley de Lucha contra el Narcotráfico (24.4.1996), a similares poderes de intervención de la Policía, agrega dos técnicas de investigación: la remesa controlada y agente encubierto.

(1) Remesa controlada: El procedimiento especial debidamente planificado por la autoridad policial y autorizado con la reserva del caso por el Ministerio Público, mediante el 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 directos e indirectos y las conexiones con asociaciones delictivas.

(2) Agente encubierto: El procedimiento especial debidamente planificado por la autoridad policial y autorizado con la reserva del caso por el Ministerio Público o el órgano jurisdiccional 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.

11. El valor procesal del Atestado Policial. El CPP de 1940, estipuló que el resultado de las investigaciones policiales debía ser incorporado en lo que denominó "Atestado Policial". El art. 60° CPP, modificado el Decreto Ley N° 21895, de 2.8.1977, dispuso que en el Atestado, la Policía debía incorporar todos los datos que hubiesen recogido, indicando especialmente las características físicas de los imputados, ocupación, domicilio real, antecedentes y otras necesarias para la identificación, así como cuidará de anexar la pericias que hubieren practicado (33).

a) El art. 62° CPP, en su texto originario, señaló que "Los atestados de la Policía Judicial envíe a los jueces instructores o de paz, se considerarán como denuncias para los efectos legales". Sobre esa base la Corte Suprema había señalado constantemente que: "De acuerdo con el art. 62° CPP el atestado policial sólo tiene la calidad de denuncia, por lo tanto lo actuado en dicha pieza no puede tener legalmente valor probatorio"(34). Empero, una declaración tan radical fue matizándose progresivamente. Así se tiene que el propio Supremo Tribunal estipuló que: "Si bien los atestados son instrumentos en que la autoridad policial instruye como preliminares de un sumario, determinadas averiguaciones relacionadas con alguna imputación delictuosa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 62° CPP sólo se considera denuncias para los efectos legales; dicha disposición se refiere al cuerpo mismo del Atestado, mas no a los elementos de prueba y efectos

(33) La Corte Suprema tiene establecido que: "En el Atestado Policial se debe discriminar al presunto autor o autores, con el cargo o cargos que se les incrimina" (Ej. Sup. de 18.5.1992; Revista Normas Legales, Lima, Septiembre 1993, p. 390).

(34) Ej. Sup. de 8.6.1972; Revista de Jurisprudencia Peruana, Lima, 1972, p. 754. En otra decisión, muy anterior, de 1941, declaró que: "El Atestado policial no es suficiente por sí solo para producir convicción que justifique una sentencia condenatoria" (Revista de los Tribunales, Lima, 1941, p. 411).

que la policía hubiese incautado"[35]. Así se tiene que el acta de incautación y la constancia de entrega de especies recuperadas, acredita la propiedad y preexistencia de la víctima en los delitos contra el patrimonio. Por lo demás, los informes técnicos emitidos por los Laboratorios de Criminalística y los elaborados por el Instituto de Medicina Legal, órgano que integra el Ministerio Público, que se adjuntan al Atestado Policial, tienen el carácter de pericias y, como tales, habrán de ser valoradas por el órgano jurisdiccional.

b) Posteriormente, el citado art. 62° CPP fue objeto de una modificación por el Decreto Legislativo N° 126, de 15.6.1981, que estableció: "la investigación policial previa que se hubiera llevado a cabo con intervención del Ministerio Público, constituye elemento probatorio que deberá ser apreciado en su oportunidad, por jueces y tribunales, conforme a lo dispuesto en el art. 283° del Código"[36]. Años después, al modificarse el art. 72° CPP, que define el objeto de la instrucción, mediante la Ley N° 24388, de 6.12.1985, el segundo párrafo del nuevo texto de dicha norma, precisó: "Las diligencias actuadas en la etapa policial con la intervención del Ministerio Público y las practicadas por el propio Fiscal Provincial, con asistencia del defensor, que no fueran cuestionadas, mantendrán su valor probatorio para los efectos del juzgamiento". Otras dos normas, plasmadas en los Decretos Legislativos N° 895 (23.5.1998) y 897 (26.5.98), referidas a los delitos de terrorismo especial y delitos agravados, estipularon que los Atestados tendrán valor probatorio (arts. 7°.i; 4°; respectivamente).

c) Para su "valorabilidad", en el concreto ámbito de las manifestaciones policiales (declaraciones del imputado y de los testigos), la Corte Suprema estableció la siguiente doctrina jurisprudencial: "Para que las manifestaciones policiales constituyan elementos probatorios, es necesario que sean prestadas en presencia del Ministerio Público; pudiendo, además, el denunciado, estar asistido por un defensor"[37]. En esa pers-

---

[35] Ej. Sup. de 3.1.1972; Revista de Jurisprudencia Peruana, Lima, 1973, p. 618. En esa misma línea, la Corte Suprema, en la Ejecutoria de 3.1.1973, señaló que la incitación que se aporta en el Atestado Policial conserva su mérito probatorio propio, a la vez que la constancia de entrega de especies recuperadas, acredita la propiedad y preexistencia del agraviado (CORTE SUPREMA. Boletín Judicial N° 8-10, Lima, 1973, pp. 363/364.

[36] El art. 283° CPP dice: "Los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados con criterio de conciencia".

[37] Ej. Sup. de 13.8.1985; Revista Normas legales, Jurisprudencia Penal, Trujillo, 1987, pp. 157/159). En igual sentido, Ej. Sup. de 2.1 1.1989; RAMOS BOHÓRQUEZ,

pectiva, la simple versión de los policías expuestas en el Parte o Atestado Policial, sin elementos de pruebas corroboratorios de la imputación que se formula, carece de validez para fundar un juicio condenatorio (38). Asimismo, la sola constatación policial, mediante el acta respectiva, sin la presencia del Ministerio Público no tiene valor probatorio (39).

d) En cuanto a su "valoración", la Corte Suprema tiene establecido: 1) Que los jueces deben realizar un análisis serio del Atestado Policial y tomarlos en cuenta cuando ellos se hubieran cumplido con asistencia del Fiscal (Ej. Sup. de 25.6.1990) (40). 2) Que si sólo existe en autos el Atestado Policial, resulta insuficiente para demostrar la responsabilidad del acusado; amén de que la demostración judicial de responsabilidad debe sustentarse en un mínimo de actuación de prueba de cargo en sede judicial y no sólo en el Atestado Policial o sus anexos (Ej. Sup. de 31.7.1996 y de 29.5.1997(41)). 3) Que las incriminaciones del agraviado a nivel policial y la de los testigos no tienen valor probatorio por haber sido realizadas sin la presencia del Ministerio Público (Ej. Sup. 15.9.1997 (42)). 4) Que, inclusive, la presencia del Fiscal no garantiza los momentos anteriores a la manifestación del inculpado, en que se han podido ejercitar actos coaccionantes, más aún si no se contó con la presencia de un defensor, por tal dicha manifestación no constituye prueba valorable (Ej. Sup. 11.6.199 (43)) 5) Que la idoneidad probatoria del Atestado se aprecia en el juzgamiento y las impugnaciones contra dicho documento no dan lugar a incidencia alguna, pues la valoración de hechos y pruebas se efectúa oportunamente(44).

MIGUEL: Ejecutorias de la Corte Suprema en materia penal, Lima, Editorial Berrío, 1995, pp. 440/ 441).

(38) Ej. Sup. de 18.5.1994; Revista Normas Legales, Lima, Octubre 1995, pp. J48/J49.

(39) Ej. Superior de Ancash de 27.3.1998 (ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. Serie de Jurisprudencia N° 1, DESA Editorial, Lima, 1999, p. 547).

(40) Rev. Normas Legales, Lima, Agosto 1999, pp. A-20/A22.

(41) Gaceta Jurídica. Guía rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal, Lima, 2001, p. 175.

(42) Gaceta Jurídica, Ob. cit., p. 174.

(43) Revista Normas Legales, Lima, Junio 1993, pp. 485/488.

(44) Revista Gaceta Jurídica, Lima, T. 13, 1995, p. 17-A. En igual sentido se ha pronunciado la Corte Superior de Lima, en la Ejecutoria Superior de 25.11.1988 (CORTE SUPERIOR DE LIMA. Jurisprudencia Penal III, Cuzco Editores, Lima, 1990, p. 232).

12. Desde el punto de vista de la vigencia de las garantías constitucionales, la Ley Fundamental tiene dos normas específicas: 1. El art. 2º. 10) que garantiza el secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, y estipula que los documentos privados obtenidos con violación de ese precepto no tienen efecto legal. 2. El art. 2°.24.h) que garantiza la integridad física de quienes son objeto de interrogatorio, y consagra que carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia.

La Corte Suprema, en orden al aseguramiento de fuentes de prueba por la Policía, ha sostenido lo siguiente: 1. Que carece de valor legal si se advierte irregularidad durante la investigación policial al haberse registrado e incautado papeles privados, sin orden del juez, violándose la Constitución, más aún si la persona intervenida tiene la condición de abogado y por lo tanto está amparada por el secreto profesional (Ej. Sup. de 18.1.1990)(45). 2. Que cuando se efectúa un registro personal, al no haberse levantado el acta respectiva con la presencia del Fiscal, el cual le daría mayor fuerza legal a la misma, tanto más si en el caso concreto se advirtió que el encausado fue obligado por la Policía para que firme el acto, recibiendo inclusive golpes físicos ante su negativa, hecho probado con el reconocimiento médico legal (Ej. Sup. 3.4.1998) (46).

En esa líneas, algunas decisiones de las Cortes Superiores –la denominada "jurispudencia menor"– exigen, de un lado, que no se vulnere el principio *nemo tenetur*, lo que se da cuando se exige al imputado que declare y se incrimine en sede policial; y, de otro lado, que las actas de incautación de bienes delictivos se efectúen con la presencia del Ministerio Público(47).

Desde una perspectiva general, la Corte Suprema ha empezado en los últimos años a construir la "exclusión probatoria" cuando se advierte, señaladamente en sede policial, vulneraciones concretas a los derechos fundamentales. La base de esa concepción se encuentra en la doctrina que informa el derecho a la presunción de inocencia. Entre los requisitos que exige para enervarla y fundar válidamente una sentencia condenatoria está el que la prueba, es decir, su constancia procesal, haya sido válida-

(45) Gaceta Jurídica. Ob. cit., p. 173.

(46) Gaceta Jurídica. Ob. cit., p. 174.

(47) Ej. "Superiores de la Corte Superior de Lima de 10.10.97 y 28.10.1997", en La Rosa Gómez De La Torre, Miguel. Jurisprudencia del proceso penal sumario 1996-1997, Lima, Grijley, 1999, pp. 165/166 y 445/446.

mente adquirida y practicada[48]. Muy clara es al respecto la Ej. Sup. de 7.9.98, cuando declara que: "La presunción de inocencia exige, para ser desvirtuada, la existencia de una mínima y suficiente actividad probatoria producida con las debidas garantías procesales, es decir con estricto respeto a los derechos fundamentales que resulten racionalmente de cargo y de la que se pueda deducir la culpabilidad del acusado"[49]. Otra perspectiva que también asume es la efectiva relevancia del derecho de defensa; así, en una decisión de 22.12.1997, señaló que es necesario que la sentencia condenatoria se funde en suficientes elementos de prueba que además de idóneas hayan sido obtenidas respetando el derecho de defensa, el cual se manifiesta de diversas maneras; así, por ejemplo, permitiendo a las partes un control adecuado de las mismas[50].

§4. CONCLUSIONES

1. La Policía en el Perú es una institución única en todo el ámbito del Estado, fuertemente jerarquizada, con una lógica organizacional militar y dependiente orgánicamente del Ministerio del Interior.

2. No existe una división tajante entre funciones de Policía de Seguridad y de Policía Judicial, situación que conlleva una seria dificultad a los efectos de la coordinación con el Ministerio Público, que constitucionalmente tiene la dirección jurídico-funcional de la investigación del delito.

   La dependencia funcional de la Policía, cuando realiza actos de investigación con fines de represión del delito, está impuesta constitucionalmente, no obstante lo cual ninguna norma con rango de ley la desarrolla debidamente. Guarda silencio al respecto tanto la LOPNP y la vieja LOMP.

3. Si bien la Constitución dispone que la conducción de la investigación del delito desde su inicio corresponde al Ministerio Público y que la Policía depende funcionalmente de dicho órgano constitucional autónomo en ese exclusivo ámbito funcional, ello no se ha visto reflejado en las

---

[48] Así se tiene las Ej. Sup. de 9.7.1999 (Rev. Normas Legales, Lima, octubre 1999, p. A-35); de 15.10.1999 (Rev. Normas Legales, Lima, abril 2000, p. A-70); de 9.7.1999 (Rev. Normas legales, Lima, junio 2000, p. A-43).

[49] Rev. Normas Legales, Lima, enero 2001, p. A-54.

[50] Gaceta Jurídica. Ob. cit., p. 224.

normas con rango de ley ni en las prácticas policiales y de la Fiscalía. La legislación que progresivamente fue dictándose desde hace unos treinta años reconoció que el Atestado Policial tenía carácter de prueba, valorable en su día de acuerdo al criterio de conciencia judicial, siempre que –en lo referente a las manifestaciones– participen tanto el Fiscal como el defensor del presunto implicado. La jurisprudencia ya había reconocido que los informes técnicos del Laboratorio de Criminalística y del Instituto de Medicina Legal que se anexaban al Atestado tenían el carácter de pericias, así como las actas de los denominados actos objetivos e irreproducibles, siempre que no hayan vulnerado la ley.

4. En materia de límites probatorios y de reglas de exclusión, la jurisprudencia aún es muy parca. También lo es la propia legislación ordinaria. Los jueces recientemente han incorporado en sus razonamientos un análisis de legitimidad de las fuentes de prueba.

5. En la actualidad está en la agenda legislativa la dación de un nuevo Código Procesal Penal, la promulgación de nuevas leyes orgánicas del Poder Judicial, del Ministerio Público y de la Policía Nacional, y, en general, la configuración de un modelo de persecución penal más eficiente y con decisiva intervención ciudadana. Existen sendos proyectos en plena discusión pública, así como un proceso de reforma de la Constitución, plenamente aceptado por todas las fuerzas políticas democráticas, que busca modificar la Constitución de 1993.

   No cabe duda que en lo estrictamente policial la reforma, como sugiere la Comisión Especial de Reestructuración, debe ser profunda e implicar una trascendente renovación institucional, despojándose de toda concepción militar de la función policial. En lo estrictamente referido a la investigación del delito, cabe reforzar la idea base de la dependencia funcional de la Policía del Ministerio Público, así como estructurar un sistema legal que haga viable esa dirección jurídico funcional afirmada por la Constitución. Un tema que está en el centro de la discusión nacional está relacionado con la necesidad –o no– de concebir varios centros de dirección.de la Policía, concurriendo en áreas o funciones específicas los gobiernos regionales y los gobiernos locales, así como del propio Ministerio Público. Sin perjuicio de lo expuesto, considero que se debe fortalecer la participación ciudadana en materias de orden interno y orden público, instituir el control civil de la Policía e incrementar el presupuesto público dotándola de mayores recursos financieros.

§5. ANEXOS

5.1. Anexo Bibliográfico

ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. *Serie de Jurisprudencia Nº I.* Desa Editorial, Lima, 1999.

CATACORA GONZÁLES, MANUEL. *Manual de derecho procesal penal.* Lima, Rodas, 1996.

CORTE SUPERIOR DE LIMA. *Jurisprudencia Penal III.* Cuzco Editores, Lima, 1990.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Boletín Judicial Nº 8-10,* Lima, 1973.

GACETA JURÍDICA. Revista, Lima, T. 13, 1995.

– Revista: *Guía rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal.* Lima, 2001.

HURTADO POZO, JOSÉ. *El Ministerio Público.* 1 Edic. Lima: Sesator, 1981.

LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, MIGUEL. *Jurisprudencia del proa penal sumario 1996-1997.* Lima: Grijley, 1999.

MIXÁN MASS, FLORENCIO. *Derecho Procesal Penal.* Trujillo: Ankor Ed. 1982.

NORMAS LEGALES. *Jurisprudencia Penal,* Trujillo, 1987.

NORMAS LEGALES. Revista, Lima, Junio, 1993.

Lima, septiembre, 1993.
Lima, octubre, 1995.
Lima, agosto, 1999.
Lima, octubre, 1999.
Lima, abril, 2000.
Lima, junio, 2000.
Lima, enero, 2001.

POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ. *Manual de Procedimientos Operativos Policiales.* Lima: Ed. Oficial, 1996.

RAMOS BOHÓRQUEZ, MIGUEL. *Ejecutorias de la Corte Suprema en materia penal.* Lima: Editorial Berrío, 1995.

REVISTA DE LOS TRIBUNALES. Lima, 1941.

REVISTA IDÉELE. *Reforma policial en Democracia.* Nº 141, Lima, octubre de 2001.

RUBIO CORREA, MARCIAL. *Estudio de la Constitución Política 1993.* Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú 1999.

SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR. *Derecho Procesal Penal.* Lima: Grijley 1999.

VLLLARÁN, SUSANA. "Policía Nacional: reestructuración a puerta abiertas", en *Revista Idéele,* N° 141, Lima, octubre de 2001.

VILLAVICENCIO, VÍCTOR MODESTO. *Derecho procesal penal.* Lima: Imprenta Rozas, 1965.

5.2. ANEXO DE LEGISLACIÓN

Circular N° 001-99-MP-CEMP, aprobada por Resolución N° 471-9' MP–CEMP, de 17.6.1999, y ampliada por Resolución N° 628-200 MP–CEMP. De 12.9.2000.

Constitución Política del Perú de 1979.

Constitución Política del Perú de 1993.

Decreto Legislativo N° 52, de 18.3.1981, Ley Orgánica del Ministerio Público.

Decreto Legislativo N° 126, de 15.6.1981, Ley modificatoria del CPP

Decreto Legislativo N° 370, de 4.2.1986, Ley Orgánica del Ministerio del Interior.

Decreto Legislativo N° 745, de 13.11.1991, Ley de Situación Policial.

Decreto Legislativo N° 824, de 24.4.1996, Ley de Lucha contra Narcotráfico.

Decreto Legislativo N° 895, de 23.5.1998, de procedimiento por delito de terrorismo especial.

Decreto Legislativo N° 897, de 26.5.1998, de procedimiento por delitos agravados.

Decreto Ley N° 22095, de 21.12.1978, Ley de represión del Tráfico Ilícito de Drogas.

Decreto Ley N° 23201, de 19.7.1980, Ley Orgánica de Justicia Militar.

Decreto Ley N° 27475, de 6.5.1992, Ley de represión del terrorismo"

Decreto Ley N° 25746, de 27.9.1992, Ley que regula la investigación de los delitos de traición a la patria.

Decreto Ley N° 21895, de 2.8.1997, Ley modificatoria del CPP.

Decreto Supremo N° 053-84-IN, de 10.10.1984, Reglamento Detectives Privados.

Decreto Supremo N° 26-89-IN, de 7.9.1989, Reglamento de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional.

Decreto Supremo N° 05-94-IN, de 12.5.1994, Reglamento de Servicios de Seguridad Privada.

Decreto Supremo N° 003-2000-IN, de 19.5.2000, Tasas Policiales.

Decreto Supremo N° 005-2000-IN, de 25.5.2000, Reglamento Contravenciones.

Decreto Supremo N° 008-2000-IN, de 6.10.2000, Reglamento de la Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú.

Ley N° 24128, de 23.5.1985, Ley de creación del Instituto de Medicina Legal.

Ley N° 24388, de 6.12.1985, Ley de Despenalización.

Ley N° 26758, de 14.3.1997, Ley de incremento de penas para el personal policial.

Ley N° 27238, de 22.12.1999, Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú.

Ley N° 27337, de 7.8.2000, Código del Niño y del Adolescente.

Ley N° 27444, de 1 1.4.2001, Ley de Procedimiento Administrativo General.

Ley N° 27686, de 19.3.2002, Ley de represión de manifestaciones violentas.

Ley de Reforma Constitucional N° 24949, de 6.11.1988.

Ley de Reforma Constitucional N° 27680, de 7.3.2002.

Resolución Ministerial N° 100-2001-IN-PNP, de 18.8.2001, de modificación del art. 11° del Reglamento de la Policía Nacional del Perú.

Resolución Ministerial N° 0965-2001-IN, de 4.10.2001, Constitución de Comisión Especial de Reestructuración de la Policía Nacional.

Resolución Suprema N° 200-2002-IN, de 23.3.2002, Aprobación del Informe Final de la Comisión Especial de Reestructuración de la PNP.

Plazos, causas complejas y derecho transitorio en el proceso penal

> La retroactividad de la ley más benigna solo está proclamada respecto de leyes penales, esto es, normas sancionadoras, mas no de aquellas que restringen derechos individuales o fundamentales... Es cierto que una nueva norma procesal penal... puede ser –si se compara con la norma anterior– más restrictiva para el imputado. Empero, es de considerar que ese solo dato no autoriza, desde la propia perspectiva del ordenamiento jurídico, a extender la denominada 'norma de aplicación' del Derecho Penal material al Derecho Procesal, pues no es acorde al contenido propio de la retroactividad benigna... La retroactividad benigna siempre ha sido entendida desde la lógica del castigo y la pena estatal, nunca desde el proceso...

SUMARIO: I. Introducción. **II.** Los plazos procesales: nuevas propuestas normativas. **III.** Acumulación procesal. **IV.** Vigencia temporal de las Leyes Nº 27553 y 27652.

I. INTRODUCCIÓN

§ 1. La preocupación más saltante hoy en día, desde la perspectiva procesal penal, estriba en enfrentar adecuadamente los problemas de la persecución penal radicados fundamentalmente en los delitos de mayor incidencia y trascendencia social. La delincuencia organizada en general, con

especial referencia a los delitos violentos y de corrupción, sin duda ocupan el nervio de la preocupación de los gobiernos y de la comunidad jurídica.

1. De un lado, el interés público se focaliza, en primer lugar, en el tiempo que se invierte en el esclarecimiento y enjuiciamiento de dichos delitos, que procesalmente se expresa en los plazos, tanto para definir la extensión del sumario judicial como para concretar el tiempo que deben durar las medidas cautelares personales, en especial la prisión preventiva (artículo 9°.3 PICP); y, en segundo lugar, en establecer lo que debe entenderse por proceso complejo y qué efectos procesales puede acarrear para diversas instituciones procesales.

2. Por otro lado, la preocupación político criminal se centra también en determinar la incidencia que los fallos de tribunales de control constitucional y regional de Derechos Humanos tienen respecto de la jurisdicción penal ordinaria interna.

§ 2. En el Derecho Procesal la noción de acto procesal está unida a la noción de hecho procesal, relacionada a su vez con los conceptos de acto, hecho y negocio jurídico. Conforme apuntan MUERZA e HINOJOSA, se entiende por "hecho procesal", los acontecimientos y situaciones que, al margen de la voluntad de los protagonistas del proceso o fuera de la reglada complejidad de éste, producen efectos jurídicos en la esfera del proceso, siendo ejemplos claros de esa institución la muerte del imputado, que da lugar al sobreseimiento de la causa, y la anomalía psíquica del reo, que da lugar a la suspensión del juicio(1). Se trata, en suma, de acontecimientos que se verifican *in rerum natura,* a los cuales el Derecho Procesal objetivo atribuye efectos jurídicos procesales, esto es, el nacimiento, la modificación o la extinción de las relaciones jurídicas procesales(2).

Por otra parte, el "acto procesal" es el acto jurídico, es decir, aquella conducta humana voluntaria de las partes y del juez, susceptible de exteriorización y provista de eficacia jurídica, que se realiza como parte de un proceso y que produce su efecto, de modo directo e inmediato, en ese ámbito(3).

---

(1) DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros. "Derecho Procesal Penal". Ed. Ceura. Madrid, 1993, p. 252.

(2) ROCCO, Ugo. "Tratado de Derecho Procesal Civil". Vol. II. Ed, Temis-Depalma. Bogotá-Buenos Aires, 1983, p. 209.

(3) ASENCIO MELLADO, José María. "Derecho Procesal Penal". Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1997, p. 221.

Lo clave es, entonces, la intervención de la voluntad humana, por la que se crea, modifica o extingue alguna de las relaciones jurídicas que componen la institución procesal(4).

Lo que interesa para el tema en cuestión tiene que ver con la relación existente entre el plazo, las instituciones del sumario judicial y la delimitación temporal de la prisión provisional; y, de modo liminar, con la eficacia y nulidad de los actos procesales, a partir de determinados defectos que pueden ocurrir durante su producción.

§ 3. El problema de los términos y plazos tiene que ver, como sabemos, con los requisitos de los actos procesales, esto es, con aquellas circunstancias coetáneas al acto mismo y que obviamente tienen trascendencia jurídica, o –en otros términos– con aquellas exigencias que la ley establece y a las que se sujetan los mismos para la producción de sus efectos normales.

El problema de los términos y plazos se relaciona, en primer lugar, con el elemento "Actividad"(5); y, en segundo lugar, dentro de este elemento, con una de las notas que la integran: los requisitos de tiempo del acto procesal (los otros dos son: lugar y forma de los actos procesales), donde se ubican tres ámbitos: a) el de los días y horas hábiles; b) el, propiamente, de los términos y plazos; y, c) el cómputo y la prorrogación de plazos. Por tanto, como postula MANZINI, al definir el plazo procesal, se trata de toda condición de tiempo puesta al ejercicio de una determinada actividad procesal, establecida en horas, días, meses o años, o fijado mediante la designación de un determinado acontecimiento de verificación cierta(6).

---

(4) GUASP, Jaime: "Derecho Procesal Civil", Tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 1998. Pág. 242. Desde esta perspectiva DEL VALLE RANDICH acota que: "El acto procesal no puede tener otro contenido que no sea el de la vitalidad, con diferentes caracteres, pero siempre actos continuados, en los que se exterioriza una voluntad de ponerlos en movimiento, para la consecución de un fin que es el proceso" ("Derecho Procesal Penal-Parte General". Segundo tomo, Ed. Pérez Pacussich, Lima, 1970, p. 56, 57).

(5) Los requisitos procesales son, en verdad, modelos legales que se proponen a la actividad del proceso para que éste produzca su normal eficacia. Éstos, a su vez, están referidos a los sujetos, al objeto y a la actividad, la cual se descompone en tres dimensiones específicas: lugar, tiempo y forma (GUASP, Jaime: Ob. cit.; p. 253).

(6) MANZINI, Vincenzo: "Tratado de Derecho Procesal Penal", Tomo III, Ed. EJEA, Buenos Aires, 1952, p. 76.

1. El primer supuesto (lo hábil) –referido a los actos procesales en su conjunto– resulta de vital importancia y dice del tiempo apto para que las actuaciones puedan en general ser llevadas a cabo. En el sumario judicial, el artículo 92° CPP estatuye que "no hay día ni hora que no sea hábil para actuar las diligencias de la instrucción". Lo "hábil", conforme al artículo 141° CPC, comprende los días comprendidos entre el lunes y el viernes de cada semana, salvo los feriados; mientras que, atento al artículo 124° LOPJ, las horas que median entre las seis y las veinte horas. Empero, el artículo 92° CPP ha sido notoriamente ampliado por el artículo 126° LOPJ, pues dice que "en los procesos penales se consideran hábiles todas las horas y días del año"; la lógica excepcional ya no se entiende exclusivamente para el sumario, sino que se extiende a todas las etapas del proceso penal. Ahora bien, un problema que trae el artículo 126° LOPJ es si solo comprende la realización de las diligencias judiciales: audiencias o actuaciones judiciales en general, o si se extiende a todo el ámbito del proceso penal, de suerte que si todos los días son hábiles, los términos y plazos comprenden feriados, sábados y domingos. Pareciera, por una simple razón práctica, que solo debe entenderse para las actuaciones judiciales propiamente dichas, cuya realización no está sujeta a una previa habilitación judicial. De lo contrario, se entendería que el plazo para las impugnaciones implicaría contar esos días en que, por razones organizacionales, el órgano jurisdiccional está cerrado.

2. El segundo supuesto (términos y plazos procesales), referido a los actos procesales considerados individualmente, requiere, en primer lugar, que el acto se realice en un momento concreto con indicación de día y hora –que es lo que se denomina "término"–, y, en segundo lugar, que se realice en un período de tiempo determinado –que es lo que se denomina "plazo", que hace referencia al período o lapso de tiempo dentro del cual, y en cualquier momento, debe realizarse un acto procesal–[7]. Respecto de los órganos judiciales, la regla es que los actos procesales se dicten y practiquen dentro de los plazos señalados por la ley, y si ello no ocurre así, el artículo 145° CPC precisa que el juez incurre en falta grave[8]; y, en lo atinente a las partes, su incumplimiento determinará la ineficacia del acto realizado, salvo que la ley le otorgue otro efecto.

---

[7] ASENCIO MELLADO, José María: Ob. cit.; p. 226.

[8] Esta norma significa que la perentoriedad no está asociada a los actos del órgano jurisdiccional, pues su incumplimiento no se sanciona con la nulidad, salvo –como acota GUASP– cuando lo impone la naturaleza del plazo o término [Ob. cit., Tomo I, p. 263].

3. El tercer supuesto, respecto de los cómputos de los plazos, no contiene norma expresa en el CPP, pese a lo cual desde el Derecho Procesal existen tres reglas muy claras. Los plazos –eso sí– se señalan por días (v.gr.: artículo 289° CPP, para recurso de nulidad): a) se computan desde el día siguiente de notificada la resolución que lo fija; b) cuando el plazo es común, se computa desde la última notificación (ex artículo 147° CPC); y, c) a los efectos de actos que deben ser realizados por las partes, es de entender que solo se cuentan los días hábiles y si el último día es inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente (derivación de la regla del artículo 147°, II párrafo, CPC).

En cuanto a la prorrogación de plazos la regla es la improrrogabilidad. Los plazos son perentorios, dice el artículo 146° CPC, produciéndose en consecuencia la llamada "preclusión" o imposibilidad de practicar posteriormente el acto si no se verifica en su momento oportuno (cabe significar que la preclusión es una sanción a la parte que no cumple sus obligaciones o no realiza sus cargas y, además, es una garantía de la contraparte de celeridad del procedimiento)[9]. Los plazos no pueden ampliarse salvo que la ley expresamente lo autorice; extraordinariamente, si no hay norma en contrario, cuando una actuación judicial, iniciada oportunamente, requiera más tiempo del previsto, podrá ser suspendida para su continuación al siguiente día hábil o cuando el juez lo fije (ex artículo 144° CPC).

Es importante reiterar, como enseña ASENCIO MELLADO, que si el acto es judicial se está ante un plazo impropio, pues la no realización del acto en su momento oportuno no significa la concurrencia del efecto preclusivo[10]. El órgano judicial deberá realizar el acto aun fuera de plazo, ello sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria.

Otro tema, desde luego, es el de suspensión de los plazos. Sobre este particular la Ley Procesal Penal incorpora reglas expresas en casos concretos, como es el caso de la recusación (ex artículo 33° CPP) y de la prisión preventiva (ex artículo 137° CPP).

---

[9] Los plazos perentorios o fatales, expresa MANZINI, son los que fijan un período de tiempo dentro del cual se debe desplegar una determinada actividad procesal bajo pena de decadencia de un delito subjetivo o de una potestad procesal pública; este plazo no es prorrogable ni renovable [Ob. cit., tomo III, pp. 80-81].

[10] ASENCIO MELLADO, José María: Ob. cit., p. 227.

II. LOS PLAZOS PROCESALES: NUEVAS PROPUESTAS NORMATIVAS

§ 1. Con motivo de la instauración de una serie de procesos especialmente complicados que, como es obvio, demandan mucho tiempo para su investigación y enjuiciamiento, dentro de una lógica de modificaciones parciales al ordenamiento procesal penal, el legislador optó por expedir leyes concretas sobre el particular. Destacan las Leyes N° 27652, de 24.1.2002, y 27553, de 13.11.2001.

Tal vez los problemas más sensibles vinculados a los plazos procesales se sitúan en la etapa de instrucción. En esta etapa procesal es del caso tomar atención a tres artículos del CPP: a) el artículo 202° CPP referido al plazo de la instrucción; b) el artículo 137° CPP circunscrito al plazo de la prisión preventiva; y, c) el artículo 33° CPP delimitado a la suspensión del plazo del sumario judicial en las recusaciones.

En todo este análisis es del caso tener presente que el tiempo en los plazos hace de ella una institución procesal de relevancia constitucional –a partir de lo dispuesto en el artículo 130°.3 Const. que regula la garantía genérica del "debido proceso"–, lo que marca una orientación a la interpretación de sus alcances cuando entran en aparente colisión con otros intereses involucrados en el proceso pero no necesariamente de tal dimensión superior.

1. La STC de 19.1.2001 (Exp. N° 16-2001-HC/TC, "Caso Juan García Boza"), entre otras muchas otras, tiene señalado que el "derecho al plazo razonable", tanto de la duración de la causa cuanto 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 (FJ 4).

2. En esta misma línea la Ejecutoria Suprema de 30.5.2001, recaída en la Queja N° 359-2001/Cañete, consideró inconstitucional conceder un plazo ampliatorio adicional al ya concedido al amparo del artículo 220 CPP, pues ello importa una infracción al debido proceso, previsto en el artículo 139.3 de la Constitución.

§ 2. Plazo del sumario (ex artículo 202 CPP, mod. Ley 27553, de 13.11.2001).

1. 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 nueva ley, 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 nueva Ley, a pedido del Fiscal o de oficio, siempre que sea necesario actuar pruebas (sic) sustanciales 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: *i)* que, pese a que se fija el tiempo en meses y luego en días, que el cómputo está referido a días naturales, pues todos los días son hábiles especialmente en la instrucción; y, *ii)* que la legitimación para requerir la prórroga solo recae en el fiscal. Respecto a las pautas del procedimiento de conclusión sumarial, *iii)* 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 artículo 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 artículo 196° CPP.

2. 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 personal (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 II párrafo incorporado estipula que esta prórroga la hace el juez de oficio, ello no niega que el fiscal, de conformidad con el artículo 198° CPP, la pida formalmente (la norma 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; 6. Procesos que necesiten de pericias documentales exhaustivas en revisión de documentos; 7. Procesos que requieren de actuaciones en el exterior; y, 8. 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 esencia el concepto de "complejidad", que en todo caso es la *ratio* de la norma, ni desarrollan supuestos claros e idóneos que explican su utilización procesal. Muchos supuestos, inclusive, son reiterativos y mezclan supuestos genéricos y específicos sin mayor concierto. Lo complejo, según el Diccionario de la Real Academia Española, en su última edición, hace mención a aquello que se compone de elementos diversos o a aquello que es complicado, enmarañado, difícil(11). Según la Sentencia de la CIDH de 29.1.1997, recaída en el "caso Genie Lacayo vs. Guatemala", el núcleo de lo que debe entenderse por "complejidad de una 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 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 solo 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 (¿requiere 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.

3. 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 éstos no superan los ocho meses. De igual manera, desde la perspectiva del "derecho

(11) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. "Diccionario de la Lengua Española" Madrid, 2002. p. 409.

transitorio", y en aras de garantizar una efectiva investigación y garantizar 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.

4. La Ley N° 27652, de 24.1.2002, al modificar el artículo 33° CPP, ha introducido una suspensión del plazo del sumario judicial. Este no se computa cuando el juez ha rechazado los motivos de recusación. El procedimiento de recusación importa que el juez, según el artículo 34° CPP, no puede actuar regularmente las diligencias de investigación; solo por excepción y de modo taxativo puede llevar a cabo algunas de ellas. La nueva norma es, pues, una respuesta a ese impedimento.

La solución adoptada, sin duda, no innova como debiera. Mejor opción podría haber sido la recogida en la OPP Alemana (vid.: Tercera Sección, arts. 22° y sgtes.), esto es, primero, fijar un plazo para interponer recusación; segundo, señalar como regla que la recusación permite al juez recusado realizar todas aquellas actuaciones que permitan prórroga o resulten de urgente ejecución; y, tercero, fijar causales concretas de improcedencia o rechazo de plano.

La reforma omitió consagrar legislativamente lo resuelto por el Tribunal Constitucional en su STC N° 66-2000-HC/TC, de 12.4.2000, recaída en el "caso Román Bueno Aceña". Es decir, que aun cuando esté en trámite el incidente de recusación es posible excarcelar a un imputado preso preventivamente o con detención domiciliaria con arreglo al principio de proporcionalidad.

§ 3. Plazo de la prisión preventiva (artículo 137° CPP, mod. Ley 27553).

1. El I 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 a delitos graves y menos graves; 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 solo 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 tiene el Tribunal Constitucional. En la citada STC Nº 16-2001-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 solo 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, solo 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 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 en aspectos concretos del procedimiento radicados en la complejidad de las actuaciones.

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 (once como mínimo) y, adicionalmente, contra más de diez agraviados o en agravio del Estado.

El problema es, insistimos, que el Tribunal Constitucional no ha hecho mérito a ese plazo distinto, con lo que toda la ley pierde sentido lógico. La única posibilidad, interpretando restrictivamente la postura del Tribunal Constitucional, sería no dar mérito al plazo excepcional cuando éste se refiere a delitos (ésa es, en puridad, la doctrina del TC), y si darlo cuando se circunscribe a las causas complejas. Razones de coherencia del sistema obligan a esta diferenciación, dado 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 III parágrafo 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, a 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 caso Letellier de 26.6.1991 y el TCE en el caso "Carlos Sotos" 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. (TEDH, Caso Wemhoff de 27.6.1968).

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 a las características de la causa.

Los requisitos formales son: 1) que lo pida el fiscal (no es posible que se acuerde de oficio o a pedido del actor civil); 2) que se expida un auto motivado; y, 3) que se ponga en conocimiento del inculpado. 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 haya 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[12]. De igual

[12] MORENO CATENA, Víctor y otros: "El proceso penal", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 1715.

manera el Tribunal Constitucional de España así lo ha declarado en la causa N° 41/1996. 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 IV parágrafo introduce una modificación radical en materia de cómputo del plazo de la prisión preventiva. El citado artículo no solo estipula que el plazo no corre cuando el inculpado retarda maliciosamente la causa (VI parágrafo), 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 verdad, la norma está muy mal concebida y redactada. 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 solo entra en colisión con la regla del I parágrafo, 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, solo cabe una "interpretación correctora" que armonice con la *ratio* de la institución de prisión preventiva. En tal virtud, el "o" en realidad debe ser "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 que 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 artículo 299° CPP: "La Corte Suprema, ...puede anular todo el proceso y mandar rehacer la instrucción por el mismo u otro juez instructor; o declarar solo...".

Asimismo, dicho parágrafo 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 solo 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.

6. Esta "ficción legal", empero, no puede aceptarse a rajatabla. En buena cuenta lo que se está haciendo es imputar al preso preventivo, que tiene un derecho fundamental reconocido a no permanecer en prisión más allá de un plazo razonable, las dilaciones generadas por una deficiente administración de justicia, que no es de su cargo o responsabilidad. Ahí radica la posible inconstitucionalidad de dicha norma.

Más allá de ese dato, es de tomar en consideración la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recaída en los casos Genie Lacayo de 29.1.1997, Suárez Rosero de 12.11.1997, y Paniagua Morales y otros de 8.3.1998, 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, también incorporó otros dos elementos: la gravedad del delito imputado –Caso Tomasi de 27.8.1992–, y el riesgo de fuga –Caso Van der Tang de 13.7.1995–); c) que lo complejo de un asunto está en función a la extensión de las investigaciones y a la amplitud de las pruebas, así como a 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 a si estas 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 (Caso 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 (Caso 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 pueda 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 V Parágrafo del nuevo artículo 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 restructurado que exige un reordenamiento del criterio legal anterior. El preso preventivo solo 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.

III. ACUMULACIÓN PROCESAL

La nueva legislación dictada durante esta administración democrática no contiene normas en materia de acumulación. Consecuentemente, rigen las pautas normativas fijadas por el CPP y en la Ley N° 10124.

El Supremo Tribunal ha fijado el criterio esencial de esta institución procesal. Así, en la Ejecutoria de 20.10.1997 sentó la siguiente doctrina jurisprudencial (Exp. N° 2939-76, Ancash): "La acumulación de los procesos penales responde a la necesidad de aplicar el principio de la unidad del proceso, de la investigación y el juzgamiento 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 de esa manera se evite el riesgo de incurrir en resoluciones contradictorias si se juzgara por separado"[13]. En verdad, como postula GARBERÍ LLOBREGAT, por razones de economía procesal y para evitar la ruptura de los elementos comunes del enjuiciamiento –lo que se denomina "continencia de la causa"–, en evitación asimismo de que se produzcan resoluciones contradictorias, se justifica el enjuiciamiento conjunto[14].

. Tal vez lo que es del caso destacar, desde el interés que ahora nos convoca, es lo siguiente:

1. El artículo 20° CPP establece la necesidad de acumulación de causas, tanto si se trata de jueces de diversa categoría (el artículo 218° LOPJ hace mención a los "grados" de los magistrados. Así en lo penal se tiene v.gr.: jueces penales y vocales instructores), cuanto si se relaciona con jueces de la misma categoría pero de diverso lugar (un supuesto implícito, incluido en la norma, es el de los jueces del mismo lugar en orden a la competencia por razón de turno). Desde la perspectiva del órgano jurisdiccional se trata de acumulaciones que atienden a la competencia objetiva y a la competencia territorial.

2. La conexión penal, según dicha norma, es el motivo que determina la acumulación (un supuesto de patología procesal se da cuando un mismo delito es visto separadamente por dos jueces y, como tal. por razones obvias, no es tratada en la ley). La conexión produce normalmente una alteración de las reglas generales sobre competencia objetiva y/o territorial, "en tanto que los varios delitos a acumular fueran de la competencia de distintos órganos jurisdiccionales"[15].

   Cabe puntualizar que el artículo 26° CPP, en puridad, implica un caso de conexidad subjetiva simultánea: un juez inferior conoce de hechos delictivos que el juez superior instruye. El artículo 20° CPP fija dos reglas clásicas: conoce de los delitos conexos el juez del delito más

---

[13] GACETA JURÍDICA: "Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal", Lima, 2001, p. 167.

[14] GARBERÍ LLOBREGAT, José y otros: "Los procesos penales", Tomo I, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, pp. 388-389.

[15] CALDERÓN CEREZO, A. y CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: "Derecho Procesal Penal". Ed. Dyckinson, Madrid, 2002, p. 62.

grave y, en caso de duda, el juez que conoce del último delito (por lo demás, señala Mariano H. CORNEJO, que una tercera regla –previste en el artículo 22° CPP– es la prevención del Tribunal Superior que ha comenzado a conocer del proceso en mérito de los datos elevados por el juez penal[16]). Estas reglas son alteradas para el supuesto del artículo 26° CPP. Aquí, siempre y en todo caso, acumula el juez superior.

3. La acumulación, según la Ley N° 10124, puede ser obligatoria o facultativa. La acumulación obligatoria se da cuando un solo agente es autor de uno o más delitos, si no hay instrucción por alguno de ellos (luego, si hay proceso abierto, se convierte en facultativa) (conexidad mixta análoga–concurso real de delitos con unidad de agente: 21.1); y, cuando varios agentes son imputados por un solo delito (conexidad subjetiva simultánea: 21.2). En los demás casos la acumulación es facultativa. Para este efecto se requiere, como requisitos adicionales, que los procesos estén en el mismo estado y que la acumulación no redunde en la inútil postergación del juzgamiento, mayor que la que ya tuviese mérito para ello. Un requisito adicional, tratándose de conexiones complejas. Esto se da en los supuestos de: a) conexidad subjetiva bajo acuerdo: varios agentes, varios delitos: 21.3; y, b) conexidad objetiva, tanto mediata cuanto para la impunidad: 21.4).

4. La obligatoriedad de la acumulación, empero, es relativa, aunque parezca contradictorio. No hay duda de la obligatoriedad cuando se trata de causas que se encuentran en el mismo estado procesal. Las reglas de la preclusión al estar conectadas al debido proceso, en concreto al derecho a un juicio rápido e interdicción de las dilaciones indebidas, tienen mayor jerarquía que una consideración de derecho ordinario, basada en este último supuesto –como anotó la Corte Suprema– en el principio de absorción de la pena en caso de concurso, así como en la idea de unidad del proceso o economía procesal y de tratamiento unitario del mismo para evitar resoluciones contradictorias[17].

---

[16] GUZMÁN FERRER, Fernando: "Código de Procedimientos Penales", Ed. Cuzco, Lima, 1982. p. 125.

[17] Ej. Sup. 29.12.1980, "El Peruano", Ej. Sup. 20.10.1997.

Por tanto, matizando el ámbito de la ley ordinaria, es de considerar que si el nuevo hecho o la intervención de otro agente se descubre cuando ya culminó la etapa de instrucción, y no cabe un plazo ampliatorio, lo procesal será iniciar un proceso penal distinto. El criterio absoluto que delimita el ámbito de la legalidad del proceso está en función al plazo. Por tanto, si ya venció el plazo, precluyó la fase de instrucción y, por tanto, no cabe prorrogar lo que por ley ya feneció: ello es consecuencia de la improrrogabilidad de los plazos legales.

5. El artículo 26° CPP regula un supuesto de "acumulación obligatoria vertical". Aquí la decisión de acumular en exclusiva compete al juez superior, pues se trata de una competencia objetiva por razón de la persona. El supuesto –restringido por cierto– es que un juez inferior conozca de los mismos hechos que está instruyendo el juez superior, sin que a ello obste que en ese caso existan personas que no gocen de fuero especial. Esta norma no se pone en el caso específico de acumulación de procesos conexos cuando intervienen jueces de diversa categoría[18]. Distinto es el modelo español que dispone expresamente que el órgano competente para conocer *ratione personae* de un hecho delictivo es competente para conocer de los hechos conexos cometidos por personas no beneficiarias del fuero especial[19].

---

[18] Una postura más flexible tiene LÓPEZ BARJA DE QUIROJA. Este autor admite que cuando se trata de un único delito imputado a un aforado y a una persona no aforada, en tanto el aforamiento es irrenunciable, el no aforado debe soportar el "traslado" de órgano jurisdiccional, en razón a no dividir la continencia de la causa: el mismo hecho no puede ser objeto de dos juicios distintos. Empero, cuando se trata de distintos delitos unidos por el lazo de la conexidad, uno imputado a la persona aforada y otro imputado a una persona no aforada, "(...) no puede hablarse de que se divida la continencia de la causa y, ciertamente, los delitos puedan juzgarse por separado. Además, como la razón del aforamiento no abarca a la persona no aforada, entonces no existe fundamento para obligarle a soportar una regla de competencia que le es ajena. (...) Debe tenerse en consideración que el no aforado tiene derecho al juez predeterminado por la ley –derecho fundamental reconocido en la Constitución– y el aforamiento de otra persona aplicado por conexidad, altera gravemente ese derecho, sin que exista un fundamento constitucional que justifique la modificación de las reglas de competencia establecidas con carácter general para las personas no aforadas" [Instituciones de Derecho Procesal Penal", Ed. Akal/Iure, Madrid, 1999, pp. 148-149].

[19] La Corte Suprema, en la Ejecutoria de 16.5.2002, Exp. N° 6-2001, finalmente aceptó la necesidad de acumulaciones verticales entre aforados y no aforados, sosteniendo

6. ¿Qué sucede con los plazos de las instrucciones acumuladas? ¿Se arrastra el plazo del proceso radicado en el juez que debe conocer las causas acumuladas? En verdad, no hay respuestas terminantes; la ley no lo hace. Siendo así, la base de la respuesta parte de afirmar que la acumulación procesal exige que las causas estén en el mismo estado. Desde esta perspectiva, no solo debe atenderse globalmente a la etapa procesal concreta (instrucción, intermedia o enjuiciamiento), sino fundamentalmente al tiempo mismo de las actuaciones judiciales: al grado de avance del procedimiento. Habrá que atender al hecho de si un plazo está o no por vencerse, si este es el plazo ordinario o el de prórroga; así como –fundamentalmente– la previsión del tiempo necesario demandará la realización de las diligencias en la causa más atrasada. En principio, una causa no puede perjudicarse, más aún si existen otros imputados, por lo que sucede en otra; de ahí que siempre debe primar un criterio flexible, pero atento al derecho de cada individuo, a no permanecer como imputado largo tiempo y a que el Estado decida prontamente la acusación que pesa contra él (SCIDH. 12.11.97. Causa "Suárez Rosero vs. Ecuador").

IV. VIGENCIA TEMPORAL DE LAS LEYES Nº 27553 Y 27652[20]

§ 1. Una pregunta esencial en materia de "sucesión de normas en el tiempo", que por lo demás es un ámbito propio de la Teoría General del

---

inclusive que no acumular "...afecta la eficacia del proceso ... (y constituye) otra violación al principio universal de la unidad del proceso y del juzgamiento, sin contar que atenta además contra el principio de conexidad de la prueba en detrimento del proceso...", lo que obliga a acumular ambas causas.

[20] ALZAMORA VALDEZ, Mario enseña que la "Técnica Jurídica" es un capítulo de la Teoría General del Derecho que abarca el conjunto de procedimientos necesarios en orden a la elaboración de las fuentes formales del Derecho y a su recta aplicación. Consta de dos tipos de operaciones: la elaboración y la aplicación del Derecho. En esta segunda operación se sitúa la aplicación de la norma en relación al tiempo y al territorio, cuyo planteamiento inicial es como sigue: "Si cambia una ley que estuvo vigente al constituirse una relación jurídica, por otra que rige en el momento de dictarse una sentencia sobre cualquier litigio derivado de aquella, se origina un "conflicto de leyes en el tiempo", que da lugar al arduo problema de la aplicación retroactiva de la ley". Empero, aclara el autor que: "No deben confundirse los "efectos retroactivos" de la ley con los llamados "efectos inmediatos" que tienen lugar en dos circunstancias: 1) cuando la ley modifica hechos producidos después de su vigencia, que derivan de relaciones jurídicas nacidas bajo el imperio de la ley antigua

Derecho y, en concreto, de la técnica jurídica, estriba en indagar concretamente si las disposiciones procesales de las Leyes N° 27553 y 27652 rigen o no a los procedimientos penales en curso, iniciados antes de su entrada en vigor. La discusión adquiere fuertes niveles de conflicto, si la respuesta es tajante, única y sin fisuras, o si, empero, cabe estimar la presencia de algunas excepciones o matices para determinadas instituciones procesales en relación a las reglas positivas de jerarquía constitucional o de rango de ley que reconoce nuestro ordenamiento jurídico.

Es de tener presente, respecto a las normas con rango de ley, en primer lugar, que el Código de Procedimientos Penales no contiene regla alguna al respecto(21). En segundo lugar, que sin embargo el Código Procesal Civil, cuya Primera Disposición Final dispone que dicho Código se aplica supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza, contiene dos reglas según el cambio procesal sea radical (Quinta Disposición Transitoria(22)) o afecte una o algunas instituciones procesales (Segunda Disposición Final(23)); y, en tercer lugar, que en el caso analizado, ambas leyes han incorporado expresamente una "Disposición Transitoria" única, que establece: "Lo previsto en la presente Ley se aplica inclusive a los procedimientos en trámite".

(reducción de la tasa de interés de préstamos en dinero aun para los contratos de mutuo anteriores); y, 2) si modifica el curso de una relación jurídica (plazo de la prescripción no cumplida)" ["Introducción a la ciencia del Derecho", Eddili, Lima, 1987, pp. 252, 281-282].

(21) Cfr.: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: "Lecciones de Derecho Penal", Ed. Cuzco, Lima, 1990, p. 76; y HURTADO POZO, José: "Manual de Derecho Penal", Eddili. Lima, 1987, p. 296.

(22) La Quinta Disposición Transitoria CPC dice: "Como excepción a lo dispuesto en la Segunda Disposición Final, los procesos iniciados antes de la vigencia de este Código, continuarán su trámite según las normas procesales con las cuales se iniciaron. Los procesos que se inicien a partir de la vigencia de este Código, se tramitan conforme a sus disposiciones". A este respecto, apunta BELING, es posible aplicar analógicamente preceptos procesales civiles –tomarlos como puntos de apoyo–, si bien en tal caso, como en la analogía en general, la conclusión analógica solo es posible hasta donde los intereses a que hay que atender en el proceso penal sean los mismos que los del civil ["Derecho Procesal Penal", Ed. Labor, Barcelona, 1943, p. 16].

(23) La Segunda Disposición Final CPC prescribe: "Las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieren empezado".

De inicio puede sostenerse que tratándose de las leyes en discusión, el legislador optó expresa y específicamente por un principio generalmente admitido en el Derecho Procesal en materia de vigencia de las normas procesales en el tiempo: la aplicación inmediata de la nueva norma[24]; y, que, por lo demás, es el que para las modificaciones futuras de normas contenidas en un Código o Estatuto Procesal, que no entrañan –como es obvio– una modificación sustancial, radical o integral de un sistema procesal, recoge el primer extremo de la Segunda Disposición Final del Código Procesal Civil: "Las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite", aunque sin aceptar las excepciones que contempla dicho estatuto procesal.

§ 2. Es de tener presente, al abordar este arduo problema, siguiendo a Carnelutti, 1) que toda operación de aplicación normativa –que consiste en confrontar la hipótesis de la norma con una situación práctica– entraña un proceso con frecuencia difícil, de ahí que existen normas o disposiciones jurídicas que la regulan, denominadas "normas jurídicas de aplicación" y que se incorporan a cada una de las normas a aplicar, en el sentido que declaran su alcance. 2) que cuando una norma jurídica que regula una concreta situación de hecho es sustituida por una norma distinta –obviamente con un precepto diferente– que regula la misma hipótesis de hecho, puede surgir la duda de cuál norma habrá de aplicarse, lo que exige entender correctamente la "limitación temporal de la hipótesis de la norma". 3) que la norma de aplicación instituye un sistema que se halla contenido en un ordenamiento positivo (v.gr.: para el Perú, de modo general: artículo 109° Const.: "la ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación, salvo postergación de su vigencia prevista en ella misma"; artículo 103° Const.: "ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo"; artículo 139°.11 Const.: "la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales"; artículo III Título Preliminar CC: "la ley se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes"; y, 5ª Disposición Transitoria y 2ª Disposición Final CPC; y, en lo específico: Disposición Transitoria Única Leyes N° 27533 y 27652), que a su vez traduce tres grandes principios: de la entrada en vigor de la norma posterior, de la abrogación de la norma anterior y de la irretroactividad de la ley posterior. 4) que tales disposiciones contienen la

[24] Cfr. MANZINI, Vincenzo: Ob. cit., Tomo I. Pág. 229; LEVENE, Ricardo (h), "Manual de Derecho Procesal Penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993. p. 132.

solución normal del problema del cambio del Derecho en el tiempo, pero en casos especiales pueden ser modificadas o matizadas, instituyéndose al efecto en las leyes respectivas las denominadas "disposiciones transitorias", que sirven precisamente para modificar la solución general antes indicada o para resolver las dificultades de su aplicación. 5) que, en rigor, el principio fundamental en estos casos consiste en determinar si la situación a regular se ha constituido durante el período de vigencia de una de las normas o bien durante el de la otra; y puesto que una situación jurídica no se manifiesta sino cuando se realice el hecho al que se ligan los efectos jurídicos es de determinar si en uno o en otro período se ha realizado el hecho cuyo efecto jurídico ha de ser establecido(25).

§ 3. Ahora bien, el punto clave para entender desde cuándo rige una nueva norma procesal a menudo se ha visto oscurecido por un malentendido muy arraigado en el sistema penal(26), que ata la aplicación de las normas al hecho material o delictuoso objeto de enjuiciamiento *(tempus delicti commisi)*

---

(25) CARNELUTTI, Francisco: "Sistema de Derecho Procesal Civil", Tomo I, Ed. Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944, pp. 104-107.

(26) Se entiende por "sistema penal" el conjunto de normas (ámbito del Derecho Penal), instituciones, procedimientos, espacios –tribunales, fiscalías, comisarías, centros penitenciarios– y agentes que operan en el sistema y lo hacen funcionar –como los jueces, los fiscales, los policías, los funcionarios de prisiones e, incluso, los delincuentes y sus víctimas– [BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros: "Lecciones de Derecho Penal", Ed. Praxis, Barcelona, 1999, p. 2].

(27) Expone CLARIÁ OLMEDO cuatro datos de primer nivel: 1) que la regla de la inmediata vigencia de la ley procesal penal frente a todas las causas en trámite o a iniciarse por hechos ya producidos, tiene su fundamento en el carácter de Derecho Público no solo del Derecho Procesal Penal sino también del Derecho Penal sustantivo que realiza. 2) que este mismo fundamento ha dividido a la doctrina en un aparente dualismo, haciendo sostener a unos que la ley procesal penal es irretroactiva y a otros que es retroactiva. 3) que una u otra afirmación será correcta según cual sea el punto de vista en que se coloque el jurista; en efecto, pues si se considera la eficacia temporal de la ley procesal penal con respecto al delito que dará lugar al proceso futuro o que provocó el pendiente, la inmediata aplicación de la ley significará que ella es retroactiva, dado que rige para el pasado, atrapando el juzgamiento de ese supuesto hecho delictuoso; empero, cuando otros autores afirman la regla de la irretroactividad no miran al hecho imputado sino a los órganos de justicia, sus atribuciones, los poderes y deberes para que se cumpla el proceso y los actos a realizarse en él, o sea, la materia captada por las leyes procesales penales, y en ese sentido los efectos de la nueva ley no se retrotraen como regla, pues su inmediata vigencia no afectará los actos ya cumplidos conforme a la ley anterior. 4) que lo expuesto hace ver que no debe colocarse

(27) y en el que, por lo demás, incurrió el propio legislador democrático en la Ley N° 27454, de 24.5.2001, que modificó el artículo 300° CPP e introdujo expresamente en el sistema procesal penal el principio de la interdicción de la *reformatio in peius*, al prescribir en el primer párrafo de su Disposición Transitoria Única: "Esta norma se aplica retroactivamente de conformidad con lo establecido en el artículo 103°, segundo párrafo de la Constitución Política y el artículo 6° segundo párrafo del Código Penal"(28).

En este punto, muy tangencialmente, es de acotar: 1) que la citada Ley no contempló expresamente el supuesto de la aplicación inmediata de la nueva ley para los procesos en trámite, 2) que solo reguló el supuesto de los procesos fenecidos en los que el Tribunal Revisor, aplicando el originario artículo 300° CPP, bajo la obsoleta consideración jurisprudencial que era posible aumentar la pena impuesta al imputado no obstante que el recurso exclusivamente provenía de su parte, aumentó la pena al recurrente, 3) que como justificación invocó la Constitución del Estado, que reconoce la retroactividad benigna de la ley en materia penal, y el Código Penal, en cuanto autoriza a variar la pena cuando durante la ejecución de la sanción se dicta una ley más favorable al condenado, pese a que este último caso está referido a una ley penal material –¡no procesal!– que modifica la escala punitiva para un determinado hecho punible, que no es el caso de la Ley en cuestión(29).

---

la anterior y la nueva Ley procesal penal frente al proceso penal en su integralidad, cual si fuera un solo acto, pues ello nos traslada, indebidamente, al hecho que lo provocó, o sea, a la materia captada por la ley penal sustantiva ["Tratado de Derecho Procesal Penal", Tomo I, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1960, pp. 142-143].

(28) El segundo párrafo del art. 103° constitucional estatuye: "Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo". El art. 6° del Código Penal prescribe: "La ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales. Si durante la ejecución de la sanción se dicta una ley más favorable al condenado, el juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley".

(29) Expresan, al respecto, BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, determinando que el objeto del principio en cuestión es material, más allá de su postura respecto a las normas procesales, y con apoyo en MAURACH que: "El principio de irretroactividad de la ley penal tiene un doble fundamento: penal y constitucional. El fundamento penal consiste en que la Ley penal quiere prevenir la comisión de hechos punibles, imponiendo deberes y amenazando su incumplimiento con la aplicación de una pena, (...). El fundamento

§ 4. Como se sabe "normas procesales", en este orden de ideas y en palabras de Lino Enrique PALACIO, son aquellas que conceptualizan: 1. la clase de órganos habilitados para intervenir en los procesos, su competencia, y las facultades, deberes, etc., de las personas que lo integran; 2. la actuación de dichos órganos, así como de las partes y terceros, incluidos los requisitos, efectos y orden de los actos procesales; y, 3. la conducta que debe observar el juez con relación a la pretensión procesal y a su oposición(30).

Esta definición, por consiguiente, nos permite afirmar que no es posible entender exactamente igual el "factor de aplicación" en el tiempo de una norma material y de una norma procesal(31), aun cuando ambas

---

constitucional se halla en que la seguridad jurídica y, por lo tanto, la libertad, requieren la posibilidad de conocer las acciones prohibidas y las acciones permitidas y esto solo es posible con respecto a las vigentes en el momento de decidir la acción" ["Código Penal anotado". Ed. San Marcos. Lima. 1998, p. 151]. Desde luego –insistimos nosotros–, ese fundamento no puede extenderse automáticamente en relación con las normas procesales y el Derecho Procesal en su conjunto.

(30) PALACIO, Lino Enrique: "Derecho Procesal Civil", Tomo I, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, pp. 35-36.

(31) La doctrina penalista alemana cuando se refiere a la relación "normas procesales penales y retroactividad", la analiza desde la perspectiva del Derecho Penal material y, sobre esa base de principio, señala unánimemente que tratándose de tales normas, no rige la prohibición de retroactividad. ROXÍN, por ejemplo, nos dice: "En el Derecho Procesal no rige la prohibición de retroactividad. 'La prohibición de leyes penales retroactivas solo rige respecto del Derecho material' (BGHSt 20,27). 'Es obvio que, desde su entrada en vigor, los nuevos preceptos del Derecho Procesal rigen también respecto de los procedimientos ya en curso' (BGHSt 26, 289; materialmente también BGHSt 26,231). Esta jurisprudencia, que también ha sido confirmada por el BverfG (BVerfGE 24,33,55; 25, 269), debe considerarse correcta en cuanto a las normas relativas al transcurso del proceso..." ["Derecho Penal", Parte general, Tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 164]. En igual sentido se pronuncian MAURACH/ ZIPF, quienes señalan que: "La prohibición de retroactividad solo rige para aquellas normas que fijan las consecuencias jurídicas de un hecho cometido, es decir, para el Derecho Penal material. Por el contrario, no quedan afectadas por la prohibición de retroactividad aquellas normas que rigen el procedimiento, trátese del proceso penal en sí, o de la ejecución. En tales casos –salvo lo que pueda determinar el legislador en las disposiciones transitorias– no rige la ley vigente en el momento del hecho, sino la vigente a la fecha del juzgamiento" ["Derecho Penal, Parte General", Tomo I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 197-198]. Ratifica este punto de vista JESCHECK al señalar: "En el actual Derecho, la prohibición de retroactividad no rige para los preceptos procesales y, por tanto, tampoco es aplicable a los presupuestos del proceso"; informa dicho autor que la jurisprudencia alemana no aplica la prohibición de retroactividad a los plazos de prescripción ni cuando una ley convierta un

están sometidas a la misma regla general, derivada de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 103° Const.: "Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo". La primera está referida a una situación jurídica material: el hecho delictivo que es objeto del proceso penal (sus consecuencias jurídicas afectan a la conducta de los sujetos jurídicos fuera del proceso), mientras que para la segunda –como aclara ORTELLS RAMOS– no rige tal situación, sino el proceso: los actos procesales, las potestades y situaciones jurídicas procesales (sus consecuencias jurídicas se proyectan sobre la potestad jurisdiccional, sobre las situaciones jurídicas de los sujetos procesales y sobre los actos que integran el proceso)(32). En este sentido GARCÍA RADA acota: "Se aplica la ley vigente en el momento del proceso, sin considerar cuál regía en el instante de la perpetración del evento. Si la ley procesal se modifica mientras se tramita la instrucción, entonces rige la ley modificada y se aplica a partir de ese momento quedando válidos los actos procesales realizados conforme a la ley anterior"(33).

---

delito privado en un delito público ["Tratado de Derecho Penal, Parte General", Vol. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, p. 186]. Una posición singular mantiene JAKOBS al extender el ámbito del principio de legalidad penal. Precisa dicho autor: 1) que la base del principio de legalidad está en la garantía de objetividad, en cuya virtud el comportamiento punible y la medida de la pena deben determinarse por anticipado y con validez general mediante una ley dictada con anterioridad al hecho, principio que abarca a todos los presupuestos de punibilidad; 2) que, por lo expuesto, este principio también comprende los plazos de prescripción y la modificación del requisito de querella, dado que por esa vía el Estado amplía su competencia para punir, no así las normas de organización judicial y procedimental, con excepción de las "garantías de transcurso objetivo"; 3) que la prohibición de retroactividad debe llegar hasta allí donde sea necesaria la garantía de objetividad, al punto que en el Derecho Procesal se extiende a las reglas procesales especiales para delitos concretos, pero no cuando se trata de normas referidas a todos los delitos, v.gr.: ampliación del catálogo de hechos que dan lugar a prisión preventiva ["Derecho Penal, Parte General", Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 82-84, 115-116].

(32) Enseña MANZINI, asumiendo esta misma doctrina, que: "La ley procesal no contempla los delitos, esto es, no 'dispone' acerca de ellos: es natural, por tanto, que las incriminaciones establecidas por la ley penal material no puedan considerarse objeto de disposición pasada o presente de la ley procesal. Esta provee únicamente para el futuro, o sea, en orden a todos los procedimientos y a todos los actos procesales que están aún por cumplirse en el momento en que entra en vigor, salvo las excepciones establecidas por la misma ley" [Ob. cit., Tomo I, p. 230].

(33) García Rada, Domingo: "Manual de Derecho Procesal Penal", Eddili, Lima, 1984, p. 17.

Por consiguiente, no habrá retroactividad si la ley procesal rige el proceso que se realiza en su ámbito temporal normal de vigencia, aunque para resolver sobre la relación jurídica-material deducida en juicio debe aplicarse una ley material ya derogada; igualmente, si iniciado el proceso bajo el imperio de una ley procesal determinada, deba regirse, a partir de un cierto momento de su realización, por otra ley procesal que haya entrado posteriormente en vigor(34). Es de reiterar, conforme postula DEL VALLE RANDICH, "La ley procesal no dispone los delitos, ni establece cuáles son ellos, la ley solo señala las normas de procedimiento a seguirse. En la ley procesal no rige el principio: *nulla poena sine lege,* únicamente establece el principio de amparar todos los actos procesales practicados bajo la vigencia de la ley anterior dándole toda la solvencia y garantía necesarias, declarando que surten todos sus efectos legales"(35).

§ 5. Es claro, asimismo, que si la nueva norma procesal entra en vigencia luego de instaurado un proceso penal, su aplicación inmediata no será ilegítima si no afecta la validez de los actos procesales ya cumplidos y que han quedado firmes bajo la vigencia de la norma anterior; es decir, si respeta el "principio de preclusión" sostenido a su vez por las garantías genéricas del debido proceso y del derecho de defensa(36).

Por otro lado, en cuanto a los actos procesales y al trámite del proceso, lo adecuado es que las Disposiciones Transitorias o Intertemporales establezcan los criterios rectores correspondientes(37). Cabe aclarar, siguiendo

---

(34) ORTELLS RAMOS, Manuel y otros: "Derecho Jurisdiccional", Tomo I, Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1987, pp. 470, 472-473.

(35) DEL VALLE RANDICH, Luis: "Derecho Procesal Penal", Parte general, Lima, 1970, p. 103.

(36) PALACIO, Lino Enrique: Ob. cit., p. 50, GÓMEZ ORBANEJA, Emilio –con rotundidad– apunta que una ley procesal sería retroactiva si pudiese aplicarse a hechos anteriores e invalidar efectos ya producidos, esto es, si la nueva regla afectase a los procesos ya terminados o a los actos procesales ya hechos. Agrega que la ley procesal no se aplica al hecho anterior que constituya la conducta punible, sino a los hechos y actos *actuales* que constituyen el contenido del proceso ["Derecho Procesal Penal", Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987, pp. 28-29].

(37) Enseña, en esta materia Ugo ROCCO que "Las disposiciones transitorias son, pues, las que determinan el momento y el modo de aplicación de la ley antigua y de la ley nueva y que a veces atemperan, mediante disposiciones particulares, el paso del antiguo al nuevo régimen jurídico... (aunque) también en esta materia hay principios generales en

a ASENCIO MELLADO, que: 1) la cuestión alcanza una cierta complejidad por causa de la transitoriedad derivada de la extensión en el tiempo del proceso y de la posible coincidencia de dos normas procesales durante su tramitación, lo que es precisamente una característica permanente del Derecho Procesal, no así del Derecho material en que los hechos con relevancia jurídico sustantiva suelen producirse de forma instantánea; y, 2) de esta manera, toda ley que incorpora modificaciones procesales suele contener un régimen aplicable a las situaciones de transitoriedad y, especialmente, a aquellos procesos ya iniciados y no concluidos, soluciones que el legislador establece en atención a cada situación y en la forma que estime más apropiada para evitar contradicciones o procesos ineficaces(38).

En este último punto, en el Derecho Procesal, conforme se ha expuesto, rige el principio de la aplicación inmediata de la nueva ley procesal, que es el que sin fisuras o excepciones –que muy bien podía incorporar– reconoce taxativamente las respectivas disposiciones transitorias de las normas comentadas.

Cabe enfatizar que, a diferencia parcial con las leyes comentadas, la Segunda Disposición Final del Código Procesal Civil, por estrictas razones de conveniencia en orden a mantener la unidad del sistema procesal(39), y en tanto se trata de normas procesales que no alteran radicalmente el conjunto del ordenamiento procesal, reconoce una pauta general y sanciona varias excepciones. La pauta general estriba en que: "Las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite", que es específicamente la que incorpora las dos leyes procesales analizadas; mientras que las excepciones, admitiendo en este caso la tesis de la ultractividad de la ley derogada, están referidas a "...las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los

---

virtud de los cuales deben aplicarse las nuevas disposiciones... hay algunas zonas grises, en las cuales podría ser dudoso el criterio de aplicación de la antigua o de la nueva ley procesal, pero, como hemos dicho, tales puntos no pueden escapar a la atenta discriminación de un legislador que merezca este nombre, razón por la cual es común que los casos dudosos se resuelvan precisamente por las disposiciones transitorias" ["Tratado de Derecho Procesal Civil", Tomo I, Ed. Depalma-Temis, Buenos Aires-Bogotá, 1983, pp. 222-223].

(38) ASENCIO MELLADO, José María: "Introducción al Derecho Procesal", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 29-30.

(39) MONROY GALVEZ, Juan: "Introducción al proceso civil", Tomo I, Ed. Temis, Bogotá, 1996, p. 160.

plazos que hubieran empezado". En cuanto a los actos procesales, están excluidos aquellos trámites, diligencias y plazos que han tenido "principio de ejecución", esto es, cuando previamente se han cumplido "...actos procesales que constituyen el presupuesto necesario e inmediato de otro acto posterior"(40). Desde esta perspectiva, en tanto los plazos fijados en la antigua norma no hayan transcurrido y respecto de los cuales, según cada institución procesal, el acto previo aun no se haya cumplido, regirá la nueva norma.

Por tanto, si las leyes citadas no hubieran incorporado disposiciones transitorias habría que acudir, en vía supletoria, a la Segunda Disposición Final del Código Procesal Civil; y, en este caso, en el supuesto concreto de los plazos de la prisión provisional y de la duración de la instrucción, seguiría rigiendo ultractivamente la norma derogada. Empero, como el legislador optó por la aplicación inmediata de la nueva ley, sin fisuras, la conclusión sería que rige esta última. En estas condiciones, sería ilegal postular que la nueva ley no rige a las situaciones jurídicas iniciadas, pero no conclusas, durante la vigencia de la ley anterior, dado que en estos casos aún no se había realizado el hecho desencadenante del efecto jurídico, la norma aún no habría producido efectos procesales, esto es, no habría vencido el plazo para la excarcelación o para la terminación del sumario judicial(41).

§ 6. Un problema final a dilucidar está vinculado, precisamente, a lo que establecen los arts. 103°, II párrafo, y 139°.11 de la Constitución, que fijan un régimen excepcional para las "leyes en materia penal" (artículo 103° Const.) o "leyes penales" (artículo 139° Const).

El Tribunal Constitucional en esta materia ha sentado la siguiente doctrina jurisprudencial, a propósito de las acciones de inconstitucionalidad interpuestas contra el Decreto Ley N° 25967 y el Decreto Legislativo N°817(42): 1) que la Constitución, en su artículo 103°, de modo general

(40) FENOCHIETTO-ARAZI: "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Tomo 3. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 573.

(41) Postula sobre este punto CORTEZ DOMÍNGUEZ que "(...) el principio de irretroactividad de las normas procesales nos permite afirmar que el cambio de norma procesal no debe afectar ni puede afectar el efecto procesal ya producido" ["Introducción al Derecho Procesal", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 312].

(42) Exp. N° 07-96-I/TC, STC de 23.4.1997, causa "Bernardo Fernández Gil y otros vs. Estado", Diario El Peruano, sábado 26.4.1997, pp. 148807-148813. Exp. N° 08-96-I/

consagra el principio de que ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, es decir que una ley rige para adelante, no puede retrotraer sus efectos hacia hechos acaecidos con anterioridad, pues si lo hace sería abiertamente inconstitucional; asimismo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 109° Const. la ley es obligatoria a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte, 2) que el artículo 103° Const. incorpora en nuestro ordenamiento jurídico la teoría de la "aplicación inmediata de la norma", concepción que está complementada con el artículo III del Título Preliminar del Código Civil que establece que el sistema jurídico nacional se regula sobre la base de la "teoría de los hechos cumplidos" en los casos de conflicto de normas en el tiempo, 3) que de dictarse una nueva ley, ésta será aplicable inmediatamente, siempre y cuando los requisitos regulados por la ley anterior que sustituye no se han cumplido a la fecha de su entrada en vigor, 4) que cuando se consigna en las Disposiciones Transitorias de una ley que ésta se aplica a procedimientos en trámite, como es el caso inclusive de la Segunda Disposición Final CPC, no se incurre en inconstitucionalidad, pues la intención del legislador no es la de establecer la aplicación retroactiva de la norma de procedimiento.

Dice al respecto Javier NEVES que si bien el Tribunal Constitucional infiere la adopción de la teoría de los hechos cumplidos por la Constitución de la regla de que las normas son obligatorias desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, ello no es correcto porque importa una confusión entre la cuestión de la vigencia de las normas con la de sus efectos sobre las situaciones y relaciones jurídicas existentes; no obstante ello, a partir de que, por excepción, el artículo 62° de la Constitución acoge para los derechos de origen contractual la teoría de los derechos adquiridos –al igual que la Primera Disposición Final y Transitoria de la Carta Política en lo referente a seguridad social–, entonces para los derechos de fuente normativa la Ley Fundamental se afilia a la teoría de los hechos cumplidos(43).

TC, STC de 23.4.1997, causa "Maximiliano Cárdenas Díaz y otros vs. El Estado", Diario El Peruano, sábado 26.4.1997, pp. 148813-148824.

(43) NEVES MUJICA, Javier. "La vigencia de las normas en el tiempo tras las sentencias del Tribunal Constitucional sobre segundad social", En: *Ius et Veritas*. N° 15. Lima, pp. 319-320.

La doctrina constitucional en este tema no es conteste. Así, GARCÍA TOMA acota que: "(...) nuestro texto fundamental acepta como regla básica el principio de "aplicación inmediata de la ley". Éste consiste en que los hechos, relaciones o situaciones jurídicas se regulan mediante la norma legal que se encuentra vigente durante su verificación táctica (es decir, genéricamente, desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano y hasta el momento en que es subrogada, derogada o suspendida en su aplicación)"(44). RUBIO CORREA, por su parte, se limita a decir: "Entre los momentos en que una norma entra en vigor y que termina, se produce su aplicación inmediata. Si la norma es aplicada a hechos ocurridos antes de su vigencia, se produce aplicación retroactiva y si a hechos posteriores a su vigencia, se dice aplicación ultractiva. Lo que el segundo párrafo de este artículo prohíbe es que las normas sean aplicadas a hechos anteriores a su entrada en vigor. Este es un principio generalmente aceptado, y saludable, en el Derecho"(45).

Concordante con esa primera posición, RUBIO CORREA en otro trabajo señala, en primer lugar, que si bien la primera característica del artículo 103°, II párrafo, Const. consiste en prohibir la retroactividad, "sin embargo, no fija el límite que existe entre aplicación retroactiva y aplicación inmediata pues, (...) dicho borde es conceptualizado de distintas maneras por las diversas teorías (del derecho adquirido y del hecho cumplido). Entonces, a partir de este primer rasgo de la norma constitucional, aparece necesario establecer una disposición de desarrollo por vía de norma con rango de ley, que defina si estamos ante la teoría del hecho cumplido o ante la del derecho adquirido. Ello ha sido hecho en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil..."; y, en segundo lugar, que el indicado artículo del Código Civil establece, como regla general, la concepción correspondiente a la teoría

(44) GARCÍA TOMA, Víctor: "Análisis sistemático de la Constitución Peruana de 1993", Tomo II, Universidad de Lima-Fondo de Desarrollo Editorial, 1998, p. 300.

(45) RUBIO CORREA, Marcial: "Estudio de la Constitución Política de 1993", Tomo 4, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, pp. 192-193. No fija posición al respecto BERNALES BALLESTEROS, Enrique, limitándose a decir que el art. 103° Const. se refiere a la irretroactividad de la ley, que es un principio general del Derecho que tiene raíces antiguas y que consagra la seguridad jurídica, y que la garantía es clara y precisa al establecer que la una ley solo tiene efectos a futuro ["La Constitución de 1993, Análisis Comparado", Ed. CIEDLA-Konrad Adenauer, Lima, 1996, p. 432].

de los hechos cumplidos, en cuya virtud "...la nueva ley empieza a regir las consecuencias de situaciones y relaciones que le eran preexistentes" y, por tanto, desecha la aplicación ultractiva de la ley derogada, y solo considera la aplicación retroactiva de aquella en los casos que autoriza expresamente el artículo 103° de la Constitución(46).

Por consiguiente, resulta claro que nuestro sistema jurídico como regla general, según lo ha establecido el Tribunal Constitucional, acoge la teoría de los hechos cumplidos (descarta por ende la teoría de los derechos adquiridos *–iura quaesita–),* en cuya virtud –sobre la base del problema en curso– se dirá que cuando los hechos, situaciones o relaciones se iniciaron durante la vigencia de la normatividad anterior y siguen existiendo o produciendo efectos durante la nueva, así como cuando éstas hayan ocurrido o tenido inicio antes de la nueva ley para tener consecuencias luego de la entrada en vigor de aquella, regirá el principio de la aplicación inmediata de la nueva normatividad. Esta concepción, desde luego, es plenamente aplicable al caso de las normas procesales, según lo tiene establecido la Segunda Disposición Final del CPC, aunque con algunos matices específicos. Dicho esto, empero, cabe aclarar conjuntamente con RUBIO CORREA que la ley nueva dentro de sus disposiciones transitorias puede permitir expresamente que la que está derogando mantenga su vigencia por un tiempo más a pesar de su derogación, lo que no tiene nada de particular pues la nueva ley está plenamente habilitada para estatuir tal cosa y, por lo demás, no es extraño ni en el Derecho en general, ni tampoco en nuestro sistema jurídico(47).

El denominado por BELING "Derecho intertemporal procesal penal" se plantea pues para la determinación de la vigencia del Derecho nuevo, si ha de regular, desde el momento de su entrada en vigor, los procesos y actuaciones procesales pasados y futuros, y especialmente para determinar

(46) RUBIO CORREA, Marcial: "Título Preliminar-Vol. III". Biblioteca Para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001. pp. 62-63. "La Teoría del hecho cumplido, a pesar de sus relativas indeterminaciones, apunta el citado autor, es más clara que la del derecho adquirido, por cuanto combina de manera más acertada la necesidad de vigencia efectiva de las normas jurídicas, con una medición más exacta de los hechos reales desde el punto de vista temporal, al establecer como punto de referencia el momento en que la norma nueva entra en vigencia" ["El Sistema Jurídico-Introducción al Derecho", Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, p. 331].

(47) RUBIO CORREA, Marcial: "El sistema jurídico", Ob. cit., p. 332.

si la continuación de los procesos vigentes ha de ser regulada por el Derecho antiguo o el nuevo[48]; por consiguiente, esta cuestión tiene que ser resuelta por las disposiciones transitorias, aunque respetando los criterios directivos arriba mencionados, que son generales y que permiten una amplia discrecionalidad al legislador.

§ 7. Desde el ámbito de la legitimidad constitucional resta determinar si las normas procesales penales pueden incluirse dentro de la retroactividad benigna a que se refiere el artículo 103°, II párrafo, de la Constitución del Estado.

1. Al respecto, la doctrina procesalista mayoritariamente, según hemos anotado, descarta homologar el tratamiento de la norma procesal penal con el de la norma penal material[49]. De otro lado, la doctrina constitucional nacional que ha abordado el estudio tanto del citado artículo 103°, II párrafo, como del artículo 139°.11 de la Ley Fundamental, al referirse a las excepciones a la regla general solo han hecho mención a la norma penal sustantiva, nunca a la procesal penal[50].

Desde esa misma perspectiva si se revisa la discusión producida en el Congreso Constituyente Democrático, los congresistas que intervinieron en el debate únicamente se circunscribieron al Derecho Penal material. Por ejemplo, Enrique CHIRINOS SOTO hizo exclusiva mención a las penas y a

---

[48] BELING, Ernst: "Derecho Procesal Penal", Ed. Labor. Barcelona, 1943, p. 12.

[49] GÓMEZ ORBANEJA, Emilio insiste: "La única norma que puede tener efecto retroactivo, en caso de que la nueva sea más favorable al reo, es la sustantiva penal: artículo 24 CP. Fuera de ese artículo, no puede castigarse ningún delito ni falta no creado y sancionado expresamente por ley anterior a su perpetración *(nullun crimen, nulla poena sine previa lege)*. Pero la ley procesal no determina el castigo de delitos ni fallas. Ningún tribunal puede *proceder* sino a tenor de la ley procesal vigente en el momento del proceso, sin consideración a la que pudiese regir en el momento de la perpetración del delito" [Ob. cit., p. 28].

[50] En igual sentido, desde la teoría del Derecho se pronuncia Claude DU PASQUIER: "Es en el Derecho Penal donde la exclusión de la retroactividad es más necesaria: la conducta que yo he tenido hoy y que el Derecho considera actualmente como lícita no podría ser castigada mañana en virtud de una ley nueva que, de pronto, la haya declarado ilícita. Sin embargo, cuando la ley nueva es más favorable al acusado que la ley antigua, se la aplica generalmente a los delitos anteriores juzgados después de la entrada en vigencia del derecho reciente; sería, en efecto, inhumano e ilógico infligir una pena que precisamente el legislador ha reducido por juzgarla excesiva" ["Introducción al Derecho", Ed. Justo Valenzuela, Lima, 1983, p. 84].

los tipos penales respectivos; en igual sentido se pronunció Lourdes FLORES NANO quien hizo referencia a los supuestos de destipificación como otro ejemplo clásico de la necesidad de aplicación retroactiva de la ley en materia penal; también hizo lo propio César FERNÁNDEZ ARCE concretando su intervención a la comisión de un delito y a su sanción(51).

2. En la doctrina penalista nacional el panorama es otro. La mayoría de autores considera que cuando la nueva ley es favorable debe aplicarse retroactivamente y que cuando importa una agravación de la situación del procesado debe aplicarse la ley vigente al momento del hecho delictivo(52). CASTILLO ALVA más bien se ubica en la posición mantenida por los procesalistas; acota al respecto que "Las leyes procesales desde el momento que tienen en cuenta los actos procesales y no los hechos delictivos que se someten a proceso, carecen de cualquier efecto retroactivo; ello por mandato constitucional del artículo 103°. Sigue vigente aquí el principio de irretroactividad. Estos preceptos desde su vigencia rigen también para los procesos que se hallan en curso y no solo para los que se van a iniciar"(53).

3. Sobre este punto, resulta esencial insistir en las diferencias que existen entre norma material y norma procesal(54); por tanto, desde este dato esencial, no es posible un tratamiento unitario, dado que una está referida a los hechos delictivos y otra a los hechos procesales, una al delito y otra al proceso(55). Pero no solo ese argumento, vinculado al contenido

---

(51) PLENO DEL CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO, "Diario de los debates", Tomo III, Ed. Congreso de la República, Lima, 1998, pp. 1205, 1207 y 1209.

(52) HURTADO POZO, José: "Manual de Derecho Penal", Ob. cit., p. 300; BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES: "Código Penal anotado", Ob. cit., pp. 152-153; y VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: "Lecciones de Derecho Penal", Parte general, Ed. Cuzco, Lima, 1990, pp. 76-77.

(53) CASTILLO ALVA, José Luis: "Principios de Derecho Penal-Parte General", Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 105.

(54) Vid.: §4.

(55) MIXÁN MASS, Florencio, expone: 1) que la ley procesal penal no incide sobre el momento de la comisión del delito, que es objeto privativo de la ley penal; 2) que, salvo disposición contraria de la misma ley, ésta rige a partir del día en que entra en vigencia, por lo que debe gobernar al procedimiento en trámite a partir del estado que ha coincidido con su entrada en vigencia; 3) que todos los actos procesales regularmente cumplidos anteriormente, esto es, con sujeción a la norma anterior, conservan su validez, su eficacia; y, 4) que la solución del conflicto de la ley procesal en el tiempo debe tener lugar mediante

de las normas, apoya este planteamiento. Además, en sentido estricto, la retroactividad benigna siempre ha sido entendida desde la lógica del castigo y la pena estatal, nunca desde el proceso.

Es cierto que una nueva norma procesal penal, más allá de la concepción jurídica del legislador que la determinó, puede ser –si se compara con la norma anterior– más restrictiva para el imputado. Empero, es de considerar que ese solo dato no autoriza, desde la propia perspectiva del ordenamiento jurídico, a extender la denominada "norma de aplicación" del Derecho Penal material al Derecho Procesal, pues no es acorde al contenido propio de la retroactividad benigna; la norma procesal no "se refiere a todos los elementos que afectan al contenido de que el hecho es merecedor de pena, incluyendo también las condiciones objetivas de penalidad así como la pena con sus consecuencias accesorias"(56).

4. Como ya se precisó JAKOBS sostiene que la lógica de la retroactividad, en todo caso, puede extenderse al Derecho Procesal Penal hasta donde sea necesaria la garantía de objetividad y, por tanto, indispensable para evitar manipulaciones desde el Estado(57). En esta misma perspectiva, inicialmente aceptada por nosotros(58), se encuentra la radical propuesta de BINDER, quien en su reflexión anota: 1) que el artículo 18° de la Constitución Argentina dispone "Nadie puede ser penado sin un juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso"; 2) que esa norma constitucional, procesalmente, exige que se la entienda en el sentido que la organización legal del proceso debe ser, también, anterior al hecho que motiva ese proceso, invocando un paralelismo entre la previa legalidad de la tipificación de los delitos y la previa estructuración legal del proceso, lo que está relacionado con el control sobre la arbitrariedad en el ejercicio del poder penal; 3) que el proceso no debe ser entendido como una fraccionalidad de actos, sino como una unidad –no fraccionable en actos particulares–, dotada de un cierto sentido de política criminal; y, 4) que la ley procesal será irretroactiva cuando

el criterio de que, por regla general, rige para los actos procesales posteriores a su vigencia ["Derecho Procesal Penal", Tomo I, Ed. Ankor, Trujillo, 1982, pp. 45-48].

(56) JESCHECK, Hans-Heinrich, Ob. cit., Tomo I, p. 187.

(57) Vid.: nota 31.

(58) SAN MARTÍN CASTRO, César: "Derecho Procesal Penal", Tomo I, Ed. Grijley, Lima, 1999, pp. 24-25.

altera el sentido político criminal del proceso, esto es, cuando distorsiona el concepto sustancial del juicio previo, su lógica garantizadora(59).

5. El artículo 103°, II párrafo, de la Constitución fija la regla fundamental de irretroactividad de las leyes. A su vez, el Código Civil –para resolver precisamente el momento de entrada en vigor de las normas jurídicas– opta por la teoría de los hechos cumplidos; concepción que, a su vez, como pauta general, también es acogida por el Código Procesal Civil, y ratificada en este caso por las Leyes N° 27553 y 27652. Las "normas de aplicación" en materia penal desarrolladas por el legislador ordinario están incluidas en el Código Penal y solo se refieren al hecho delictuoso y a la reacción jurídico penal correspondiente. No hay, pues, posibilidad de extender tal norma de aplicación a lo procesal penal, vinculada a los actos procesales, a la competencia y al procedimiento. La garantía de objetividad no tiene entidad para entender que la retroactividad se extiende a supuestos distintos del Derecho Penal material. No puede confundirse punibilidad –ámbito de la ley penal– con la perseguibilidad –ámbito de la ley procesal penal–, más allá de las obvias relaciones que ambas deben mantener.

Propone en este punto FERNÁNDEZ CARRASQUILLA que: "Si el Derecho Penal se divide en Derecho Penal material (que regula o estudia la materia de los delitos, las penas, los delincuentes y la responsabilidad penal), de una parte, y Derecho Procesal Penal (que estudia los procedimientos y las competencias para la investigación, el juzgamiento y la aplicación de las penas criminales), de la otra, lo que inmediatamente salta a la vista es que, en ambos casos, se trata de leyes penales o, como reza el artículo 29°-2 C.N., ambos constituyen "materia penal". Distinguir entre ambas, por ejemplo, para los efectos del canon constitucional de la favorabilidad, carece,

(59) BINDER, Alberto M.: "Introducción al Derecho Procesal Penal", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 129-134. MIR PUIG, Santiago, en una línea más restrictiva o, tal vez, más precisa, aunque con similares efectos, nos dice: "(...) si se modifica alguna ley procesal penal con posterioridad a la comisión del delito que ha de enjuiciarse, en principio deberá aplicarse la nueva normativa. Pero ello ha de encontrar el límite de que las normas procesales que restrinjan el contenido de derechos y garantías del ciudadano no pueden ser retroactivas. Éste es el caso de las reformas que alarguen los plazos de la prisión preventiva, institución procesal que no obstante, afecta al derecho a la libertad" ["Derecho Penal-Parte General", Ed. PPU, Barcelona, 1996, p. 84]. El punto diferencial, a tenor de esa cita, es que el autor en cuestión insiste en colocar como factor de vigencia de una norma procesal penal el momento del hecho delictivo, pese a que el suceso relevante no es el acto delictivo sino el acto procesal.

pues, de fundamento"(60). Empero esa tesitura no tiene mayor fundamento con relación a la naturaleza y contenido –ya destacados– de ambas clases de normas, de ahí que, por ejemplo, QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS sostengan que: "Dentro del concepto de leyes penales entran, lógicamente, tanto el Código Penal como las leyes penales especiales. No así, en cambio, las leyes penales procesales, pues los delitos y faltas habrán de ser juzgados conforme a las normas orgánicas y procedimentales que estén en vigor al tiempo del enjuiciamiento"(61). Por lo demás, como anotan HASSEMER y MUÑOZ CONDE, "(...) en él [proceso penal] se realiza el Derecho Penal material, que le suministra los objetos que tiene que investigar y sobre los que tiene que pronunciarse. Pero la forma en la que el proceso penal tiene que llevar a cabo esta tarea investigadora y decisoria, no viene prejuzgada por el Derecho Penal material(62), de ahí que no es posible una equiparación absoluta.

6. El punto de partida de la tesis de BINDER, en función a estas reflexiones, ya no nos parece correcto. El citado artículo 18° de la Constitución argentina reconoce expresamente el principio de legalidad penal, en tanto exigencia de seguridad jurídica. Como tal, dicha norma constitucional señala: "Nadie puede ser penado sin un juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso". Es decir, incorpora expresamente tres garantías derivadas del citado principio de legalidad: 1) la garantía criminal, que exige que el delito se halle determinado por la ley; 2) la garantía penal, que exige que la ley señala la pena que corresponde al hecho; y, 3) la garantía jurisdiccional, que exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial(63). A estas garantías se agrega un requisito taxativo que debe ofrecer la norma penal: el requisito de ley previa, esto es, la prohibición de retroactividad de las leyes que castigan delitos, que precisamente constituye el "hecho del proceso". Dicha norma, cuyo contenido estricto no se proyecta al Derecho Procesal Penal, no petrifica aplicación de las normas ordenadoras del proceso

(60) FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: "Concepto y límites del Derecho Penal", Ed. Temis, Bogotá, 1992, p. 54.

(61) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín y otros: "Comentarios al nuevo Código Penal", Ed. Aranzadi. Pamplona, 2001, pp. 51-52.

(62) HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco: "Introducción a la criminología y al Derecho Penal", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 125.

(63) MIR PUIG, Santiago, Ob. cit., pp. 76-77.

penal, no dispone que las leyes procesales penales destinadas a pronunciarse acerca de un objeto procesal determinado están en función al momento de comisión del delito y que, por tanto, no puedan ser aplicadas si cambian luego de ese "punto de quiebre"; de igual manera, no permite entender el proceso, cuando las normas que lo desarrollan son de garantía, como una unidad no fraccionable de actos procesales, pues el proceso precisamente se constituye como una serie ordenada de actos agrupados en fases o etapas, que si bien reconocen una lógica unitaria, en función al fin al que están destinados, no pueden desaparecer para erigirse en un solo bloque, inmune a los cambios legislativos(64).

7. En España, el Tribunal Constitucional, luego de haber sostenido en casos semejantes –específicamente cuando las leyes en cuestión están referidas a la prisión provisional–, que rige la nueva ley cuando se presenta un supuesto de sucesión temporal de normas en el tiempo, y siempre que no se trate de hechos o actos procesales producidos con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley (vid. por todos: Auto TC Nº 933/85, de 18 de diciembre de 1985); a partir de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional Nº 32/1987, de 12.3.1987(65), dictada por mayoría, consideró que en la medida en que las normas sobre prisión provisional limitan el derecho fundamental a la libertad personal –suponen una restricción a dicho derecho– y están sometidas al principio de excepcionalidad (STC 41/1982, de 2 de julio), ello supone que la prisión provisional debe aplicarse con apego al criterio hermenéutico del *favor libertatis*, que también tiene su reflejo, en caso de sucesión de normas, en la decisión de la Ley aplicable, por lo que debe regir, si la ley posterior es más restrictiva a un inculpado en situación de prisión provisional, la ley vigente en el momento en que se acordó su privación de libertad. La aplicación de la primera ley, en este caso,

(64) La imposibilidad de fraccionamiento, bajo la propuesta de GÓMEZ ORBANEJA solo podría aceptarse tratándose del juicio oral, nunca del sumario, en tanto que el primero se trata de un todo coherente, unitario y cerrado, de ahí que abierto el mismo conforme a la ley antigua debe ser regulado en su unidad, hasta su término, por esa misma ley; aunque, prosigue el autor, si el juicio es anulado y mandado reponer, la reposición habrá de acomodarse a la ley nueva [Ob. cit., p. 29].

(65) Siguen esa misma tendencia las STC Nº 34/1987, de 12.3.1987; 117/1987, de 12.3.1987; y, 88/1988, de 9.5.1988.

viene impuesta no solo por lo anterior sino por la aplicación del artículo 9°.3 de la Constitución española(66) y porque las leyes en conflicto carecían de disposiciones transitorias.

Esta postura, sin embargo, no es mecánicamente trasladable al ordenamiento jurídico peruano. Las razones son las siguientes:

Primera: porque la retroactividad de la ley más benigna, a que hace mención el artículo 103°, II párrafo, de la Ley Fundamental –en rigor, se trata de una norma de aplicación de jerarquía constitucional– solo está proclamada respecto de leyes penales, esto es, normas sancionadoras, mas no de aquellas que restringen derechos individuales o fundamentales. Es de apuntar que la Constitución española, como es obvio, reconoce diferencias entre ley sancionadora y ley restrictiva de derechos individuales(67), de ahí que –al no ser lo mismo– mediante norma expresa unifica su consideración en materia de irretroactividad(68), lo que en este último supuesto no hace la Constitución peruana.

Segunda: porque las leyes ordinarias nacionales (Leyes N° 27553 y 27652, en especial la primera por referirse al plazo de la prisión provisional),

---

(66) El art. 9°.3 de la Constitución española dice: "La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos".

(67) Según FERNÁNDEZ SEGADO, la expresión 'restricción de derechos individuales' ha de considerarse referida a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas o en la esfera general de protección de la persona ["El sistema constitucional español", Ed. Dykinson, Madrid, 1992, p. 102].

(68) La postura de COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, al sostener que en materia de prisión preventiva debe estarse a la fecha de comisión del delito –ni siquiera a la fecha de expedición del auto de prisión preventiva cuando se trata de decidir la excarcelación por vencimiento del plazo de la misma, combatiendo la tesis que denominan 'del carácter absoluto de la regla *tempus regit actum*', está fundada precisamente en el art. 9°.3 de la Constitución española y busca evitar consecuencias inconstitucionales de dicha regla cuando se la aplica a la regulación y consecuencias de hechos delictivos, incluidos los vinculados a la privación cautelar de la libertad ["Derecho Penal-Parte General", Valencia, 1991, pp. 162-163]. Nuestra postura es diferente, no solo por la distinta base constitucional del problema en cuestión, sino porque además la prisión provisional no configura el injusto penal ni su reacción punitiva.

a diferencia de las leyes españolas analizadas por el Supremo Intérprete Español (Leyes Orgánicas N° 7/1983 y 9/1984, reguladoras del plazo de la prisión preventiva) sí incluyen Disposiciones Transitorias en materia de vigencia de la ley en el tiempo(69), las mismas que disponen que la ley nueva se aplica inmediatamente, disposición cuya legitimidad en sí misma está avalada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional en tanto no importa una aplicación retroactiva, dado que la retroactividad se entiende como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos en situaciones anteriores, pero nunca cuando –como en el presente caso– regula las consecuencias a *posteriori* de situaciones creadas con anterioridad.

Tercera: porque si bien la detención judicial o prisión provisional está sujeta al principio de excepcionalidad, tal como también lo ha declarado nuestro Tribunal Constitucional(70), de esa consideración no se deriva automáticamente que en materia de sucesión normativa de leyes procesales penales en el tiempo –que trata otro ámbito jurídico–deba aplicarse obligatoriamente, por exigencia constitucional del derecho a la libertad, la ley vigente al momento de dictarse el mandato de detención o prisión provisional, dado que la norma de aplicación constitucional no impone tal consecuencia al legislador ordinario y, en sí misma, colinda con el factor esencial que determina, en lo procesal, la vigencia de las normas: el primer criterio, referido a la expedición del mandato de detención, toma en cuenta la ley vigente en ese momento, sin referirse por cierto a la fecha de comisión del delito imputado; en cambio, el segundo criterio, radicado a la decisión de excarcelación por vencimiento del plazo de la detención o prisión provisional, toma en cuenta la ley vigente cuando ha de decidirse la excarcelación o no del imputado preso preventivamente.

---

(69) Es claro que si dichas leyes no hubieran incorporado "normas de aplicación", se debía acudir a lo dispuesto por la Segunda Disposición Final del Código Procesal Civil, que establece que los plazos que hubieren empezado continuarán rigiéndose por la norma anterior.

(70) El Tribunal Constitucional en el "caso Gregorio Martín Velarde Queirolo" señaló: "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, solo debe aplicarse excepcionalmente y bajo determinadas circunstancias legalmente configuradas" (STC 25.8.2000, Exp. N° 500-2000-HC/TC, diario "El Peruano", 16.1.2001, pp. 3888-3890).

Búsqueda de pruebas y restricción de derechos: Registros e intervenciones corporales

SUMARIO: I. La lógica normativa del NCPP 2004. **II.** Investigación Preparatoria y prueba. **III.** Persecución penal y restricción de derechos. **IV.** Intimidad e integridad corporales como derechos fundamentales. **V.** Las pesquisas y la retención. **VI.** El registro corporal. **VII.** La intervención corporal. **VIII.** La intervención corporal a terceros. **IX.** La prueba de alcoholemia. **X.** Bibliografía.

I. LÓGICA NORMATIVA DEL NCPP 2004

El Código Procesal Penal peruano –a continuación, NCPP–, aprobado por el Decreto Legislativo N° 957, del 29 de julio de 2004, en el Libro II, dedicado a "La actividad procesal", reguló, con vocación integral, todo el ámbito de la prueba en la Sección II; y, uno de sus Títulos, concretamente el III, está dedicado a "La búsqueda de pruebas y restricción de derechos".

Es muy clara, por lo menos, en su ámbito ordenador de las instituciones procesales, la influencia del Código de Procedimiento Penal Italiano de 1988. No sigue esta tónica, desde luego, el Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1978, que sirvió de base a muchos Códigos de la década de los 80 y 90 en América Latina. Distinta

es, también, la estructura del novísimo CPP Colombiano, aprobado por Ley núm. 906, en su versión final dictada por Decreto núm. 45.658, del 1 de septiembre de 2004.

El NCPP no sólo regula los lineamientos generales de la actividad propiamente probatoria –Título I "Preceptos Generales"– e identifica el conjunto de medios de prueba que pueden utilizarse en el proceso penal –Título II "Los medios de prueba"–, sino también prevé los supuestos de prueba anticipada y la protección de los órganos de prueba –Títulos IV "La prueba anticipada" y V "Las medidas de protección"–. Además, en otros preceptos proporciona lineamientos, que deben desarrollarse dogmática y jurisprudencialmente, para identificar en concreto lo que constituye un "acto de prueba" susceptible de ser valorado por el órgano jurisdiccional.

El artículo 393°, apartado 1), NCPP estipula que el Juez no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio. Por consiguiente, la noción de *prueba penal* tiene como requisito esencial que haya sido sometida al debate contradictorio, con arreglo a los principios de inmediación, publicidad, oralidad y, desde luego, contradicción, tal como prescribe taxativamente el artículo 356°.1 NCPP. Esta regla no significa, sin embargo, que sólo se puede valorar la denominada "prueba plenaria", esto es, la practicada en el juicio oral, que exige el contacto directo con los elementos utilizados en él para lograr la convicción judicial. La prueba anticipada –realizada antes del juicio oral por el Juez de la Investigación Preparatoria– y la prueba preconstituida –actuada, igualmente, antes del juicio oral, tanto por el Juez de la Investigación Preparatoria, cuanto igualmente por el Fiscal e, incluso, la Policía bajo la conducción Fiscal–, ambas integrantes de una noción mayor: la prueba sumarial, también puede ser objeto de valoración por el Tribunal, en tanto se someta a lectura y debate, conforme lo disponen los arts. 383° y 384°.4 NCPP. Esas normas destacan el denominado requisito formal de la prueba sumarial, pero ello no importa –claro está– el cumplimiento de las exigencias o requisito material de la misma, que dice de su legitimidad y legalidad, a los efectos del juicio de valorabilidad, antecedente del juicio de valoración propiamente dicho.

Resulta muy ilustrativa la justificación que da a esa posibilidad el Tribunal Constitucional Español (STC 41/1991, del 11 de febrero, FJ3°). Dice ese Alto Tribunal: "No admitir la prueba preconstituida con las de-

bidas garantías supondría hacer depender el ejercicio del ius puniendi del Estado del azar o de la malquerencia de las partes (por ejemplo, mediante la amenaza a los testigos; STC 154/1990, FJ 2°); pudiendo dejarse sin efecto lo actuado sumarialmente. Un sistema que pondere adecuadamente tanto la necesidad social de protección de bienes jurídicos esenciales, como el haz de garantías frente a posibles abusos de los ciudadanos, con independencia de su posición, ha de estar en condiciones de hacer valer la seriedad de lo actuado por los órganos encargados de la represión penal; siempre que lo actuado lo haya sido con pleno respecto a aquellas garantías (STC 107/1985, FJ 2°; 182/1989, FJ 2°)". Apunta, en esa misma perspectiva, ASENCIO MELLADO, que elevar a la categoría de dogma que sólo tiene la consideración de prueba la practicada en el juicio oral –la *prueba plenaria*–, puede dar lugar a situaciones de absurdo o desamparo social y de la propia defensa, razón ésta por la que la totalidad de las legislaciones extranjeras establecen excepciones derivadas de la necesidad de satisfacer plenamente tales intereses [2004: 276].

Dos prevenciones se han de tener presente, según aclaran RIFÁ SOLER y VALLS GOMBÁU, para la aceptación de la prueba sumarial. En primer lugar, se trata de supuestos de carácter excepcional, por lo que las normas que las aceptan deberán ser interpretadas restrictivamente; y, en segundo lugar, como efecto de lo anterior, no es posible dar por reproducidas la totalidad de las diligencias sumariales, sin dar a la defensa la oportunidad de contradecirlas en el plenario, pues conforme lo ha declarado la STEDH del 6.12.1988, recaída en el Asunto Barberá, Messegué y Jabardo vs. España, se vulneraría el derecho a un proceso justo, por lesión concurrente del principio acusatorio [2000: 235].

Cabe señalar, finalmente, que no necesariamente el recurso a las actuaciones sumariales para fundar una condena viola el derecho a un proceso justo y público. De la Sentencia Barberá, Messegué y Jabardo se desprende que la ilegitimidad del juicio se producirá cuando no existe en el debate oral discusión pública y contradictoria de los elementos de convicción, incluidos los sumariales, y en tanto los elementos de convicción más importantes no son actuados ante el Tribunal del Juicio (párr. 89).

Los supuestos de prueba anticipada están acabadamente identificados en el artículo 242° NCPP. No lo están en cambio los supuestos de prueba preconstituida, pero pueden deducirse de lo dispuesto por el artículo 383°, apartado 1), literales d) y e), NCPP. Se trataría, en primer lugar, de las

declaraciones recibidas mediante exhorto, por imposibilidad de concurrencia de los órganos de prueba al acto oral –en este rubro también podría incorporarse la denominada "prueba trasladada", es decir, la actuada en otro proceso–; y, en segundo lugar, de las denominadas "diligencias objetivas e irreproducibles" levantadas por Juez, Fiscal o Policía, verbigracia: actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otras.

II. INVESTIGACIÓN PREPARATORIA Y PRUEBA

Como se sabe, la investigación o instrucción es una etapa del proceso penal en la que se realizan diversos tipos de actuaciones. Entre ellas se encuentran las de averiguación o de investigación propiamente dichas, que buscan esclarecer la perpetración de los delitos, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes (cfr.: art. 321°.1 NCPP). Ahora bien, esa noción, como apunta MARTÍN y MARTÍN, comprende dos órdenes de diligencias: a) las encaminadas a proporcionar por sí mismas las fuentes de investigación, vgr.: inspección judicial y declaraciones de imputados, testigos y peritos, entre otras; y, b) las encaminadas a la búsqueda y adquisición de las fuentes de investigación, que tienen un carácter garantizado al afectar derechos fundamentales y su actuación, siempre instrumental, permite por lo general preconstituir prueba [2004: 135/153].

El NCPP acepta esa clasificación y en el Título II hace mención a los medios de prueba, mientras que en el Título III prevé las actuaciones referidas a la búsqueda de pruebas y restricción de derechos.

Como sabemos, y previene GÓMEZ COLOMER, el problema inicial que plantea el estudio de los actos de investigación es que son prácticamente coincidentes con los actos de prueba, pese a que son distintos porque cumplen finalidades muy diversas [2004: 155]. El NCPP, sin embargo, utiliza la expresión "pruebas", en tanto entiende, pese a que se realizan durante la etapa de Investigación Preparatoria, que por lo general son de imposible reproducción y, formalmente, se incorporan al acto oral mediante su lectura y debate. En palabras de CALDERÓN y CHOCLÁN, son diligencias irrepetibles en el juicio oral, de actuación urgente, y que sólo pueden acceder a la valoración del Tribunal del Juicio como prueba documental [2002: 354].

El citado artículo 383°, apartado 1), NCPP, condiciona la anticipación y preconstitución probatoria a que se presenten dos requisitos

materiales: a) carácter irreproducible de la actuación, y b) objetividad de su documentación. Enseña GIMENO SENDRA que el cometido concreto de la prueba sumarial, anticipada o preconstituida, es tanto la práctica de un acto de prueba, cuanto la guarda o custodia de las fuentes de prueba, y que "la irrepetibilidad" –o, en palabras del NCPP, lo irreproducible– del hecho importa la fugacidad del objeto sobre el que recae y, por tanto, que no ha de poder ser reproducido el día de la celebración del juicio en idénticas circunstancias, de suerte que razones de urgencia impelen a realizarlo, esto es, la previsible imposibilidad real –en términos razonables– de su practica en el juicio oral [2004: 351/354]; certidumbre de que, en palabra de ASENCIO MELLADO, el acto no va a poder ser reproducido plenamente y con garantías de integridad en el juicio oral [2004: 276]. "La objetividad" de una diligencia sumarial requiere se levante un acta de constancia que describa puntual y pormenorizadamente lo que se suceda, se descubra o surja en la misma; debe reflejar fielmente determinados datos o elementos fácticos de la realidad externa, aclara MORENO CATENA [2000, III: 2139].

Pero lo irrepetible y lo objetivo de la prueba sumarial, en aras de cumplir con lo dispuesto por el artículo 157°.1 NCPP, que exige que toda prueba debe ser legítima y lícita, esto es, que no vulnere los derechos y garantías de la persona ni las facultades de los sujetos procesales reconocidas en la ley, no es suficiente. También requiere, aún de modo implícito pero siempre necesario, el cumplimiento de requisitos subjetivos y objetivos, sin perjuicio del formal, referido a la lectura y debate del acta de constatación respectiva. El requisito subjetivo exige que intervenga en ese acto, según las respectivas previsiones legales, el Fiscal o el Juez de la Investigación Preparatoria, tanto para autorizarla como para actuarla. El requisito objetivo importa la denominada "posibilidad de contradicción", en cuya virtud –según las circunstancias de la causa y las concretas previsiones legales en orden a cada diligencia– es menester citar debidamente a las partes, en especial a la afectada con la diligencia, para que pueda intervenir en su desarrollo incluso con la participación de su abogado defensor.

III. PERSECUCIÓN PENAL Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS

Según se anotó, existen diligencias de averiguación directas, que no afectan derechos fundamentales relativos, por lo que su estatuto jurídico está definido en la ley ordinaria, y otras que comportan limitaciones de esos derechos fundamentales relativos, de suerte que sus requisitos –por tratarse

de actos constitucionalmente garantizados– están definidos directamente por la Constitución y están sometidos a determinados principios.

En tanto se trata de actos de autoridad destinados a garantizar el proceso de conocimiento y que importan una limitación de derechos catalogados de fundamentales, con SCHLÜCHTER, es de precisar, ante todo, que se está ante una medida coercitiva; esto es, actos procesales con los cuales se interfiere o interviene en el derecho fundamental de una persona –inculpado o tercero– contra su voluntad, por causa de la persecución penal [1999: 64]. Dice la mencionada autora que si el afectado consiente eficientemente no se necesita coerción, pero –según entiendo– ello no libera a la autoridad de respetar el contenido esencial del derecho fundamental objeto de intervención, ni la emisión del mandato para su actuación está condicionado a que el afectado anticipadamente permita su realización.

El NCPP ha diferenciado, formalmente, la restricción de derechos con motivo de la persecución penal, según se persiga "...fines de esclarecimiento..." y fines de prevención de "...riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva" (vid.: arts. 202° y 253°.3 NCPP). Unas serán medidas instrumentales restrictivas de derechos y otras medidas provisionales con función cautelar, aseguradora de la prueba o tuitiva–coercitiva. Empero, los principios que ambas clases de medidas coercitivas deben respetar son esencialmente los mismos: intervención indiciaria y proporcionalidad (vid.: arts. 203°.1 y 253°.2 NCPP).

A. El principio de intervención indiciaria, como apunta MARTÍN MORALES, adquiere su auténtico significado ante los actos de investigación de conductas delictivas y sólo afecta aquellos derechos fundamentales que, por su naturaleza, son susceptibles de restricción en el marco de la investigación del delito. Se trata, propiamente, de una garantía constitucional, de carácter implícito y transversal, inherente a la noción de Estado de Derecho y anclada en cada derecho fundamental. En sus dimensiones objetiva y subjetiva, se fundamenta en la existencia de motivos racionales bastantes ('suficientes elementos de convicción', es la expresión que utiliza el NCPP) para creer en la existencia de un hecho delictivo y motivos también bastantes para suponer la participación del sujeto en él, de suerte que no es de aceptar intervenciones restrictivas aleatorias o indiscriminadas y que su actuación, en buena parte de ellas, necesita de resolución judicial autoritativa [2000: 10 y 28].

B. El principio de proporcionalidad, en palabras de PEDRAZ PENALVA, es consustancial al Estado de Derecho; como tal, tiene plena eficacia y operatividad para determinar el ámbito de limitación de los derechos fundamentales, que como expresión genérica de libertad del ciudadano frente al Estado, los cuales sólo pueden restringirse en la estricta medida en que fuere inevitable para amparar intereses generales [2000: 154]. Nuestro Tribunal Constitucional, en esa misma perspectiva, dice: "El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho (...) sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no" (STC núm. 10–2002–AI/TC, del 3.1.2003; Asunto Inconstitucionalidad de la legislación de terrorismo). Señala GONZÁLES–CUELLAR SERRANO que el test de proporcionalidad consta 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 [1995: 69]. Por consiguiente, como insiste SCHLÜCHTER, este principio ha de tenerse en cuenta, tanto por lo que respecta a la pregunta del "sí", como en lo que se refiere al "cómo" de la medida coercitiva [1999: 66].

(*i*) El sub–principio de legalidad o tipicidad procesal –*nula coactio sine lege*–, que en rigor constituye un presupuesto de la misma, condiciona –al igual que el de justificación teleológica, evidente en el presente caso, al ampararse en la exigencia de persecución del delito y afirmación de la seguridad ciudadana (en igual sentido, las STEDH del 7.12.1976, Asunto Handysi; 24.3.1988, Asunto Olsson; y, 21.6.1988, Asunto Berrehab, han proclamado: "...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")–, en primer lugar, cualquier restricción de derechos fundamentales, para ser legítima, debe estar prevista legalmente en la propia Constitución o derivarse de ella en garantía de los demás derechos, intereses o bienes constitucionalmente protegidos; y, en segundo lugar, que la ley ordinaria desarrolle los supuestos de habilitación de la medida, autoridad que la impone, mecanismos de su ejecución y recursos contra ella. Esto último, a su vez, y en ese ámbito, genera lo que ASENCIO MELLADO denomina "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 [2004: 141]. De modo general, el NCPP prevé la presencia y dirección del Fiscal en su ejecución inicial, intervención –si fuere el caso– de personal técnico habilitado al efecto– conocimiento de cargos, respeto del derecho de defensa, y control judicial ulterior y permanente, y previsión de los remedios jurídicos pertinentes.

(*ii*) Los subprincipios de jurisdiccionalidad y motivación requieren, en primer lugar, que sea el Juez quien ordene la medida –el NCPP estipula que el competente para dictarla es el Juez de la Investigación Preparatoria, art. 203°.2, y que lo haga con arreglo al principio de rogación: el Ministerio Público debe requerir su imposición–, salvo los supuestos de urgencia o peligro por la demora, reconocidos por la Constitución y la ley –cfr.: 203°.3 NCPP–, en cuyo caso, ejecutada la medida por la Policía o el Ministerio Público, debe solicitarse la inmediata confirmación judicial. A estos efectos, se requiere que la ley configure un procedimiento jurisdiccional que lo habilite, pero no necesariamente impone que exista imputación formalizada, esto es, con arreglo al artículo 336°.1) NCPP, que se haya emitido la Disposición Fiscal de Formalización y que ésta haya sido comunicada al Juez de la Investigación Preparatoria (cfr.: art. 3° NCPP). En segundo lugar, la resolución judicial debe ser especialmente motivada; no sólo debe cumplir con la exigencia genérica impuesta por el art. 139°.6 de la Constitución: mención expresa de los fundamentos de hecho en que se sustenta y de la ley aplicable, sino también –con mayor intensidad por tratarse de limitación a derechos fundamentales [ARMENTA DEU, 2003: 172]– hacer mención a los juicios de intervención indiciaria y de proporcionalidad.

(*iii*) Los sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta, como se anotó, son intrínsecos a la medida coercitiva. El primero –idoneidad– hace referencia, objetiva y subjetivamente, a la causalidad de las medidas en relación con sus fines, tanto cualitativamente como cuantitativamente; el Tribunal Constitucional Federal Alemán expresó que un medio es adecuado cuando a través de él puede lograrse el resultado apetecido (BverfGE, 30, 292); la existencia indubitable de una conexión directa, indirecta o relacional entre causa y efecto a partir del hecho ocasionante del acto estatal ha sido consagrada por nuestro Tribunal Constitucional como parte del principio de proporcionalidad (STC núm. 99-2004-AA/TC, del 5.7.2004, Asunto Callegari Herazo). El segundo –necesidad o exigibilidad, también denominado "alternativa menos gravosa"–, estriba en que en el caso concreto –según la misma sentencia del TCFA– no se habría podido

elegir un medio distinto, igualmente eficaz, que no limitara, o que lo hiciera en menor grado, el derecho fundamental. El tercero –proporcionalidad estricta– consiste, según el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en que la gravedad de la lesión y la trascendencia de sus razones justificativas han de estar en adecuada proporción (BverfGE, 48, 402).

En el ámbito del subprincipio de necesidad es que existe un límite concreto a los actos instructorios que limiten un derecho fundamental. Éstos, como estipula la STCE núm. 207/1996, del 16.12.1996, no pueden estar dirigidos exclusivamente a obtener meros indicios o sospechas de criminalidad, sino a preconstituir prueba de los hechos que integran el objeto del proceso penal; la medida, entonces, debe dirigirse a los hechos típicos mismos, a la conducta prohibida, no a circunstancias periféricas, distantes o cercanos al núcleo del tipo legal.

IV. INTIMIDAD E INTEGRIDAD CORPORALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES

La Constitución, en su artículo 2°, numerales 1) y 7), reconoce que toda persona tiene derecho a la integridad corporal y a la intimidad. A su vez, los artículos 5°.1, 11°.2 y 30° de la Convención Americana de Derechos Humanos, reconocen no sólo esos derechos, sino que además de prohibir las injerencias arbitrarias en los mismos, autorizan su restricción, cuya aplicación está condicionada a la existencia de una ley dictada por razones de interés general –propias de una sociedad democrática– y que el acto restrictivo cumpla con el propósito o finalidad para la cual ha sido establecida. Nuestro Tribunal Constitucional asume esa consideración bajo lo que denomina "principio de razonabilidad", el cual implica "...encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos, principio que adquiere mayor relevancia en el caso de aquellos supuestos referidos a restringir derechos ..." (STC núm. 6-2003-AI/TC, del 1.12.2003).

Ambos derechos: intimidad e integridad corporales, por tanto, no son derechos absolutos –la precisión que ningún derecho fundamental lo es y, por ello, en determinadas circunstancias son susceptibles de ser limitados o restringidos, cuyo límite es la dignidad de la persona, ha sido consagrada por nuestro Tribunal Constitucional en la ya citada STC núm. 10-2002-AI/TC, del 3.1.2003–. En consecuencia, los indicados derechos fundamentales pueden ceder ante razones justificadas de interés general

convenientemente previstas por la ley, concretadas en este caso en la determinación de hechos relevantes para el proceso penal. Así, por ejemplo, ha sido destacado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véase: STEDH del 26.3.1985 y 25.3.1993, recaídas en los Asuntos X e Y vs. Holanda, y Costello–Roberts vs. Reino Unido, respectivamente).

A. El derecho a la intimidad personal, en tanto derecho fundamental personalísimo y estrictamente vinculado a la propia personalidad, derivado de la "dignidad de la persona", es entendido como aquel ámbito propio de la persona que debe permanecer reservado a injerencias extrañas, frente a la acción y conocimiento de los demás, aquella zona de la persona o grupo familiar que constituye su vida privada y donde ésta se desenvuelve –es la antítesis de lo público–. Una manifestación de la intimidad personal, sin duda, es la intimidad corporal, circunscripta no a la totalidad del propio cuerpo de la persona como entidad física global, sino a la protección del denominado "pudor o recato personal", radicada a determinadas partes o zonas del cuerpo humano que culturalmente importan la necesidad de su reserva –no existe, por tanto, intromisiones en la intimidad las exploraciones sobre el cuerpo humano en las que no existe el 'recato o pudor personal'–la expresión, compatible con esa definición, que contiene el art. 210°.2 NCPP, es la de "pudor de la persona"–; sí lo serían, en cambio, la situación de desnudez e, incluso, tener que llevar a cabo ciertas posturas o movimientos corporales–.

Pero no sólo se trata del "pudor o recato personal", la intimidad –a juicio de DÍAZ CABIALE– también se proyecta sobre la indumentaria no visible y efectos que la persona lleva consigo y ocultos a la vista de terceros [1996: 122-123]; que inciden en la privacidad de la persona –se trata, en esa concepción, de asumir una perspectiva amplia y subjetiva de intimidad, a tono con la jurisprudencia estadounidense (Asunto Katz vs. USA, 389 US 347, 1967), que engloba dentro de lo constitucionalmente protegido lo que una persona intenta preservar como privado–; y, también, como apunta HUERTAS MARTÍN, cuando una medida persigue una finalidad que incide en obtener información sobre la vida privada de una persona, vgr.: análisis de cabello para averiguar si es consumidor habitual de drogas [1999: 383]. En estos dos últimos supuestos las diligencias corporales afectan, ya no la intimidad corporal propiamente dicha, sino la más amplia noción de intimidad personal; las mencionadas diligencias, por la finalidad y por el hecho en sí, recaen en aspectos íntimos que la información que se obtenga puede establecer. La Comisión Europea de

Derechos Humanos, por ejemplo, tiene declarado en sus Decisiones núm. 8239/1978, del 4.12.1978, y 8278/1978, del 13.12.1979 –referidas al análisis de sangre–, que toda intervención médica compulsiva implica una intromisión en el derecho al respeto de la vida privada [Cfr.: HUERTAS MARTÍN, 1999: 382].

B. El derecho a la integridad corporal importa el respeto a la incolumidad física o a la salud de la persona, el derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento. Nuestro Tribunal Constitucional tiene expuesto que "...la integridad física presupone el derecho a conservar la estructura orgánica del ser humano; y, por ende, a preservar (...) la salud del cuerpo (...) la afectación a la integridad física (...) se produce cuando se generan incapacidades, deformaciones, mutilaciones, perturbaciones o alteraciones funcionales, enfermedades corpóreas, etc." (STC núm. 2333-2004/HC-TC). Pero no toda extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos o sometimiento del mismo a radiaciones con fines de esclarecimiento probatorio afecta la salud o la integridad corporal, sólo son relevantes aquellas que producen un malestar –dolor o sufrimiento– o un riesgo o daño para la salud, aún mínimos (especialmente ilustrativa al respecto es la Sentencia del Tribunal Constitucional Español núm. 207/ 1996, del 16 de diciembre).

C. Respecto a ambos derechos, a la posibilidad de su restricción con fines de averiguación penal, el NCPP reconoce como pesquisas, primero, el registro personal (vid.: art. 210°), al que considera como una medida instrumental restrictiva de derechos que tiene entidad para preconstituir prueba; en suma, se trata de una prueba preconstituida de la Policía con control Fiscal; y, segundo, la intervención corporal (vid.: arts. 211° y 212°), y el método alcoholimétrico (vid.: art. 213°). El último se erige como una prueba preconstituida de la Policía, con fines de prevención o represión del delito, y la anterior como una prueba preconstituida del Juez de la Investigación Preparatoria. Desde luego, otros derechos fundamentales también pueden afectarse con estas medidas, en especial la libertad personal, situación que se analizará en su momento.

D. Estos actos de investigación no sólo cumplen una función de investigación (indagatoria), sino también la de adquisición y conservación de fuentes de prueba, de aseguramiento de elementos de prueba (aseguratoria). La doble función de estas medidas, permite enfatizar: 1) que son coactivas; 2) que suponen una inevitable incidencia en un amplio espectro de los derechos fundamentales, y 3) que son irrepetibles o se descarta su

reproducibilidad en el juicio por razones de concentración procesal o para garantizar el respeto a la dignidad y al pudor del afectado.

E. Una consecuencia inevitable, luego de concluir que estas medidas no lesionan derechos fundamentales, en tanto en cuanto se cumplan plenamente las exigencias derivadas del debido respeto de los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad, y constituyen imprescindibles mecanismos para el esclarecimiento de las infracciones punibles, estriba en consagrar su carácter de auténticas obligaciones procesales. En consecuencia, someterse a estas medidas es una obligación imponible a todas las personas –un típico ejemplo de esta concepción, plasmada en nuestro NCPP, es la Decisión del Consejo de Europa (73) 7–, cuyo incumplimiento trae aparejado las sanciones correspondientes, incluso imponerlas coactivamente, como luego se verá [ASENCIO MELLADO, 1989: 151].

V. LAS PESQUISAS Y LA RETENCIÓN

Como se anotó, dentro del capítulo III, dedicado a las "pesquisas", el NCPP incluye el "registro de personas" como un acto, básicamente preprocesal, realizado por la Policía –por sí o por orden del Fiscal–. La pesquisa o perquisición, noción que parte del Derecho procesal italiano, significa, al decir de VÁSCONES VEGA, la información o indagación que se efectúa para averiguar algún hecho o circunstancia, y que pueden recaer en el cuerpo de la persona, su intimidad y su libertad, así como también en ámbitos domiciliarios o ámbitos cercanos al individuo [1980: 56/57]. En esa misma perspectiva MANZINI señala que se trata de una indagación material, coercitivamente ejecutable y consentidas como excepción a las normales garantías de la libertad individual, y dirigidas al objeto de asegurar para el procesos cosas pertenecientes al delito, esto es, cuerpo del delito [1952, III: 698]. Estas medidas pretenden, a final de cuentas, como apunta ANGULO ARANA, atacar firmemente y vencer al fenómeno de la impunidad, promoviendo respuestas tempranas y razonables ante la producción de ilícitos" [2005: 365].

Las pesquisas, según el NCPP, son dos: **a)** las inspecciones materiales, que están destinadas a revisar lugares abiertos, cosas o personas, y tienen una triple finalidad: encontrar rastros delictivos, hallar al imputado o a un prófugo, o comprobar el estado de las personas, lugares, cosas, rastros u otros efectos materiales (vid.: art. 208°. 1 y 2 NCPP); **b)** el registro de

personas, que importa búsquedas en el cuerpo humano o en su ámbito personal de bienes delictivos, y que comprende no sólo "...palpar superficialmente, al tacto manual, el perfil corporal del sospechoso ..." [1995: 69], sino también –amén de sus vestimentas– el equipaje o bultos que portare y el vehículo utilizado (vid.: art. 210°.3 NCPP).

El NCPP, sin embargo, autoriza a la autoridad policial a "retener" a las personas halladas en el lugar de los hechos mientras se realice la inspección material, retención que no puede exceder de 4 horas. Sin duda, esa retención, de hecho, también se da cuando se produce la otra pesquisa: el registro de personas, –es, propiamente, una inmovilización física– y persiste hasta su culminación; incluso, el apartado 4) del art. 210° NCPP, cuando reconoce al intervenido el derecho a que esté asistido en el acto del registro por una persona de su confianza, la condiciona a que "...ésta se pueda ubicar rápidamente...". De igual manera sucede con la prueba de alcoholemia (vid.: art. 213° NCPP), y no sólo cuando se trata de comprobaciones de tasas de alcoholemia en aire aspirado, sino cuando –de resultar positiva esa comprobación– el intervenido deba ser conducido al centro de control sanitario para la prueba de intoxicación en sangre o en otros fluidos; el apartado 2) expresamente menciona la retención para esos últimos efectos. Se trata, sin duda, en palabras de ETXEBERRIA GURIDI, de un menoscabo a la libertad personal del afectado que posee un carácter instrumental respecto del o los derechos principalmente afectados por la medida: intimidad corporal, integridad física, etc. [1999: 479].

El art. 2°, literal 24), de la Constitución garantiza el derecho a la libertad y a la seguridad personales. Los incisos b) y f) del indicado literal protegen ese ámbito de libertad deambulatoria de la persona, que ninguna autoridad o persona puede vulnerar. Desde una perspectiva genérica, el inciso b) proscribe cualquier forma de restricción de la libertad personal, salvo los casos previstos por la ley; y, desde una concepción puntual, el inciso f) autoriza la detención de las personas, salvo por orden escrita y motivada del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. No cabe duda que la "retención" es una restricción de la libertad personal y que esta última tiene directa e inmediata protección constitucional, por lo que la limitación o la privación de la libertad personal, por estar constitucionalmente garantizada, está sometida a los rigores propios de esa configuración jurídica.

El NCPP define claramente los supuestos de detención (vid.: art. 259° y ss. NCPP) y expresamente marca una diferencia con la retención.

A. La detención no sólo se acuerda por la policía, mediando flagrancia delictiva, sino por el Juez en los demás supuestos de imputación delictiva. Presupone el cumplimiento de los presupuestos materiales del *fumus comissi delicti* y de los denominados "motivos de detención": entidad o gravedad del delito imputado y peligro de fuga. Ésta importa, amén de una duración no mayor de 24 horas, salvo los delitos exceptuados, el encierro y custodia del afectado en un centro oficial de detención o transitorio, a cargo de la Policía (vid.: art. 263°.2 NCPP).

B. La retención, sin embargo, no sólo se enmarca en otra situación de hecho y posibilidad de intervención (motivos de la diligencia que la precede y requisitos adicionales para su imposición), sino que únicamente importa impedir el desplazamiento del afectado del lugar de donde se encuentra o, en su caso, conducirlo a un centro de control sanitario –para la realización de pruebas de intoxicación en sangre o en otros fluidos–. Una modalidad de retención más intensa, sin embargo, es la prevista para el supuesto de "control de identidad policial", en cuya virtud el afectado es conducido a la Dependencia Policial más cercana, sin que pueda ser ingresado a celdas o calabozos ni mantenido en contacto con personas detenidas (vid.: 205°.4 NCPP).

Una retención es, a final de cuentas, una actuación, necesariamente restrictiva, pero en todo caso previa a la detención –si correspondiere, claro está–, con todo el rigor que esta última entraña. La referida inmovilización, por el tiempo imprescindible para la práctica de las pesquisas, no es, pues, detención, y por tanto las reglas para su legitimidad no se encuentran en el literal f) del numeral 24) del artículo 2° de la Constitución, sino en el inciso b). La retención, como ya se indicó, necesita, para su legitimidad, en tanto presupuestos materiales genéricos, la presencia de suficientes elementos de convicción y cumplir con el principio de proporcionalidad (vid.: art. 203°.2 NCPP), y como presupuestos específicos: (1) motivos plausibles que en un lugar determinado se encontrarán rastros del delito o se oculte un imputado o un prófugo, (2) fundadas razones para considerar que una persona oculta en su cuerpo o ámbito personal bienes delictivos, o (3) comprobación positiva de la tasa de alcoholemia en aire aspirado o signos evidentes de intoxicación alcohólica u otra sustancia. Se trata, pues, de sospechas fundadas y concretas, legalmente determinadas.

La retención, en la medida en que no es en el sentido constitucional estricto del término una detención –no es equivalente a ella–, y no estar

bajo la cubierta del art. 2°, numeral 24, literal f), de la Constitución –es una breve medida coercitiva que, concretamente, afecta la libertad ambulatoria y con una perspectiva temporal limitada– no necesita de flagrancia delictiva para que la Policía –por sí o por orden del Fiscal– la lleve a cabo y, tampoco, de previo mandamiento escrito y motivado del juez. Desde luego, este acto coercitivo exige una ley que exprese puntualmente los motivos, sus características esenciales y las garantías para su ejecución. Desde esta perspectiva, y en función de lo expuesto y de las exigencias legales para su imposición, cabe decir –conforme concluye ETXEBERRIA GURIDI– en la existencia de situaciones intermedias en las que existe una restricción de la libertad, distinta de la detención entendida en sentido estricto –marco que expresamente está permitido en nuestra Constitución–, es decir, preordenada a un posterior proceso penal [1999: 486]. Por lo demás, las diferencias que se han apuntado en la regulación jurídica de la retención y la detención, según expuso en su momento el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no son de grado o de intensidad, sino de naturaleza o esencia (STEDH del 28.4.1985, recaída en el Asunto Ashingdane).

Las pesquisas, en consecuencia, y por su propia naturaleza, importan una restricción limitada y necesaria de la libertad deambulatoria del afectado y, a los efectos de las intervenciones corporales –y, excepcionalmente, de los registros corporales– éstas, materialmente, no pueden ser ejecutadas en la calle, requieren de una infraestructura y de una cobertura material y de personal que importan un traslado del sujeto al lugar adecuado [cfr.: KARL PETERS 1985: 328]. La retención, además, está justificada –al decir de la Comisión Europea de Derechos Humanos (Decisión núm. 8278/78, del 13.12.1979)– para asegurar el cumplimiento de una obligación legal; y, por otro lado, la restricción de la libertad de movimientos del sujeto pasivo, reitera ASENCIO MELLADO, tiene un definido carácter instrumental y en tanto necesaria para la ejecución de una intervención e inspección corporal [1989: 140].

VI. EL REGISTRO CORPORAL

Es una medida restrictiva realizada por la Policía –por sí o por orden del Fiscal–, de carácter preprocesal, expresamente reconocida por el artículo 210° NCPP, que sólo puede realizarse legítimamente cuando existan fundadas razones para considerar que una persona oculta en su cuerpo o ámbito personal bienes delictivos, y como tal consiste en el acto de palpar superficialmente, al tacto manual, el perfil corporal del intervenido, y que

puede comprender no sólo las vestimentas que llevare sino también el equipaje o bultos que portare y el vehículo utilizado.

A. Esta medida no sólo tiene una expresa previsión legal –perspectiva formal–, que regula sus presupuestos, ámbito, sujetos autorizados, procedimiento y garantías para el afectado, sino que además desde una perspectiva material exige "...fundadas razones para considerar que una persona oculta ... bienes delictivos". Ello es así porque, como es obvio, la obligación de esclarecer los delitos y garantizar la seguridad ciudadana no puede significar que el ordenamiento jurídico autorice procedimientos policiales cuando no existan razones para sospechar de un ciudadano. Se trata de una noción, sin duda relativamente indeterminada, pero que de todas maneras exige a la autoridad una ponderación de las circunstancias previas –indicios–que determinan su intervención, tales como las características y calificación del lugar, lo ocurrido previa y concurrentemente, y las circunstancias en que se halla una persona o su actitud ante la presencia policial, que a su vez expresen un racional espíritu investigador. DE URBANO CASTRILLO insiste en la necesidad de indicios profesionalmente evaluados –que supone una intervención razonablemente fundamentada– y que implica un juicio *ex ante* basado en la lógica, la experiencia y razones de urgencia, que determina la intervención, y que supone desde la perspectiva *ex post* que tal intervención se acredite como racionalmente justificada [2000: 127].

La Suprema Corte de Estados Unidos, por ejemplo, en el Asunto Terry vs. Ohio, de 1968, exige en esos casos una *reasonable suspicion* (*reasonable grounds* en la Police And Criminal Evidence Act de 1984 – PACE británica) –y muy parecida a las "fundadas razones", de nuestra NCPP, y, en todo caso, a la sospecha simple o sencilla del Derecho Alemán (*einfachen tatverdacht*) en contraposición a las sospechas fundadas exigible para acordar prisión preventiva (*dringenden tatverdacht*)–, que concretó cuando la autoridad observa una conducta inusual que le conduce razonablemente a concluir a la luz de su experiencia que puede existir una conducta criminal y que las personas con las que se está tratando están armadas y son peligrosas –según nuestro Código, '...ocultan en su cuerpo o ámbito personal bienes relacionados con el delito'–; o en el curso de la investigación la autoridad se identifica como policía y hace preguntas razonables, o cuando nada en los momentos preliminares del encuentro sirve para despejar su razonable temor por su seguridad o la de otros, de que es portador de bienes peligrosos –esto último para el caso de armas, explosivos o sustancias contaminadas

o contaminantes–. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, por ejemplo, también considera razonable un registro personal, cuando la policía advierte, al acercarse a una persona, un especial nerviosismo, lo que denotaría según la experiencia criminalística un comportamiento característico de quien lleva ocultos objetos cuya posesión no es lícita (ATS núm. 522/1995, del 7.3.1995), o cuando ésta al advertir la presencia policial pretende irse (ATS del 4.6.1997), o previamente incurrió en infracción de tráfico y al acercarse el personal policial mostró especial nerviosismo (ATS núm. 138/1996, del 24.1.1996).

B. En las operaciones policiales preventivas de control del delito o cuando se está al inicio de una investigación del delito, el registro personal –siempre realizado directamente por la policía– se decide, *motu propio*, por la Policía o por el Fiscal; en el primer caso, el requisito de control que instaura es la comunicación del registro al Fiscal. Esta medida, como se ha expuesto, al ser superficial y no importar una mayor intromisión en los derechos fundamentales del individuo, no requiere autorización judicial previa –por lo demás, la Constitución no lo impone– ni tampoco la presencia de abogado. En el primer caso –ausencia de mandamiento judicial–, porque, a la luz del artículo 210° NCPP, se trata de intromisiones leves en los derechos fundamentales, y porque son actuaciones que se practican bajo la urgencia y no permiten dilación alguna; en el segundo caso –ausencia de abogado defensor– porque, igualmente, se trata de una actuación inmediata en que la propia exigencia de inmediatez hace imposible su vigencia, y la presencia del abogado, como acota DÍAZ CABIALE, no supone un plus de garantía, dado que se trata de una actuación objetiva, en la que sólo tendría sentido el comprobar la vigencia de las exigencias allí afirmadas cuando el cacheo alcanza una mayor intensidad, importa una mayor intromisión en los derechos fundamentales del individuo [1996: 131].

C. El ámbito del registro personal siempre tiene un carácter superficial sobre la parte externa del cuerpo de una persona dirigido a averiguar si la persona registrada posee algún bien delictivo. Un "cacheo", inevitablemente, puede incidir en el derecho a la intimidad corporal, en tanto implique palpar zonas íntimas de una persona –no realizar exploraciones en la vagina o en el recto–, pero para evitar un atentado al principio de proporcionalidad –prohibición del exceso– debe realizarse por una persona del mismo sexo del intervenido. Además de las vestimentas, el registro puede extenderse o comprender: 1) el equipaje o bultos que portare; y,

2) el vehículo utilizado para su transporte. Y, aún cuando en ambos casos, desde luego, se afecta el derecho a la intimidad personal –no la intimidad corporal– no se trata de una injerencia ilegítima, en tanto se cumplan en su decisión y ejecución los principios, ya revisados, de intervención indiciaria –existencia de sospecha racional–y de proporcionalidad.

D. El procedimiento que fija la ley se orienta, en primer lugar, a cuidar que el registro tenga lugar con seriedad y orden, asegurando los derechos del afectado con la medida; y, en segundo lugar, a preconstituir sus hallazgos a través de la confección de un acta. Los pasos que han de seguirse, son: 1) explicar las razones de la ejecución del registro –especialmente respecto a los registros de equipaje, bultos y vehicular–; 2) invitar a la persona –en el caso de registro personal– a que exhiba y entregue el bien buscado, que de ser positivo no se procederá al registro, salvo que "...se considere útil proceder a fin de completar las investigaciones"; 3) realizar el registro propiamente dicho, el mismo que debe demorar el tiempo estrictamente necesario y ser consecuente con el bien buscado, que justificaron las sospechas, para lo cual previamente debe hacerse saber al afectado que tiene derecho a hacerse asistir en ese acto por una persona de su confianza, "...salvo que ello importe demora en perjuicio de la investigación"; y, 4) levantar un acta que dé cuenta, objetivamente, de todo lo acontecido, y que será firmado por todos los concurrentes al acto, lo cual significa, materialmente, que el afectado debe estar presente durante la realización del registro, lo que es imprescindible, pues como apunta CLIMENT DURAN, al tratarse de una diligencia irrepetible conviene satisfacer al máximo el principio de contradicción, cosa que se consigue con la presencia de la persona afectada [1999: 945].

VII. LA INTERVENCIÓN CORPORAL

Es un acto de investigación, propio de la actividad investigadora de la Policía y del Ministerio Público (vid.: arts. 159°.4 y 166° Const.) que tiene por objeto el cuerpo de una persona, sin necesidad de obtener su consentimiento, y tiende a buscar, dentro de él, el cuerpo del delito o los instrumentos o los efectos del delito –"...hechos significativos de la investigación..." dice el art. 211° NCPP,– [cfr.: QUISPE FARFÁN, 2005: 424]. Utilizo, en esta definición las precisiones formuladas por ALMAGRO NOSETE. Según dicho autor, cuerpo del delito en sentido estricto, es el conjunto de elementos materiales y manifestaciones externas producidos directamente por el delito en las personas o en las cosas objeto del mismo; instrumentos del delito, son

aquellas cosas empleadas para la comisión de delitos (relación de medio a fin); y, efectos del delito, son las cosas obtenidas como resultado del hecho punible, efecto o resultado de la acción [1994: 203/204].

Tres requisitos adicionales son exigibles: a) necesidad de presencia de un médico o un profesional especializado –el nivel de complejidad del examen determinará que sólo se trate de un enfermero (o personal sanitario que cuente con la especial preparación) o que se requiera de un médico, luego, no puede hacerlo un policía o un personal no especializado, y que se practiquen según su *lex artis*–; b) que en ningún caso suponga un daño grave para la salud [cfr.: GONZÁLEZ–CUÉLLAR SERRANO, 1990: 290]; y, c) que no constituya, en si mismo o por la forma de realizarlo, un trato inhumano o degradante [Cfr.: RAFAEL HUESO: 2002: 49].

RUIZ VADILLO, por su parte, agrega en lo específico –lo que nuestro NCPP cumple acabadamente– que la infracción que la determine sea grave, al punto que la fija en una conminación penológica entre tres y cinco años de prisión –el NCPP fija la valla en 4 años de pena privativa de libertad–, así como –desde los presupuestos generales– insiste que debe mediar proporcionalidad entre la medida y los efectos que de la misma hayan de obtenerse o se espere razonablemente que puedan alcanzarse, y que no haya otra vía menos traumática para la averiguación del hecho penal [1997: 164].

Si bien el cuerpo humano se utiliza como sujeto pasivo del proceso en orden a la investigación y comprobación de los delitos, es de circunscribir la intervención corporal como acto concreto –para diferenciarlo del registro corporal– a aquellos actos que implican, no una búsqueda de objetos en la superficie corporal o en la cavidades u orificios corporales naturales (v.gr.: registros anales o vaginales), sino una extracción de fluidos del cuerpo humano, tales como análisis de sangre o de orina, punción lumbar, o la realización de exámenes radiológicos o ecográficos, y cualquier otro tipo de actuación sanitaria [cfr.: ROXIN, 2000: 290]. El art. 211°.1 NCPP menciona expresamente "...pruebas de análisis sanguíneos, pruebas genético–moleculares u otras intervenciones corporales, así como exploraciones radiológicas...". A los efectos de su delimitación conceptual –y por razones de estricta legalidad, pues la intervención corporal requiere autorización judicial– es de puntualizar que las intervenciones corporales implican: a) la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial, o b) la exposición del cuerpo humano a

radiaciones. Sólo será un mero registro o inspección corporal, por ejemplo, los examen dactiloscópicos o antropomórficos, los cacheos policiales, los exámenes anales o vaginales, y, por su carácter mínimo, la inspección de la cavidad bucal –no sólo en ese caso, como dice la STSE de 17.6.1996, no se afecta a partes íntimas del cuerpo, sino que tampoco importan una especial incidencia en una zona sensible o en un ámbito del cuerpo no visible con pretendida vocación de ocultación–.

Como recuerda ORTEGO PÉREZ, con base en la jurisprudencia constitucional española, en el caso del registro corporal éste sirve, indistintamente, para: a) la determinación del imputado –que es el caso de los exámenes dactiloscópicos o antropomórficos–; b) la determinación de circunstancias relativas a la comisión del delito –exámenes ginecológicos–; o, c) para el descubrimiento del delito –inspecciones anales o vaginales–; mientras que en el supuesto de intervención corporal, la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial –análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias– o en su exposición a radiaciones, sirven también para averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del delito o a la participación en él del imputado [2004: 4].

Las intervenciones corporales están sujetas a mandamiento judicial, por el Juez de la Investigación Preparatoria. Como tal, son acordadas durante la Investigación Preparatoria; a estos efectos, esta etapa está integrada por los actos iniciales o "Diligencias Preliminares" y, posteriormente, por la "Investigación Preparatoria" propiamente dicha, que se inicia con la expedición por el Fiscal de la denominada "Disposición de Formalización" [el art. 336°.1 NCPP, claramente, estatuye que con dicha Disposición se continúa la Investigación Preparatoria], que se comunica al Juez de la Investigación Preparatoria (vid.: art. 3° NCPP). Por consiguiente, no hace falta exigir, para la realización de una intervención corporal, la "Disposición de Formalización" y la respectiva comunicación al Juez competente, sólo que el Fiscal la solicite, y para hacerlo es claro que sólo hace falta que estén en curso las denominadas "Diligencias Preparatorias", cuyo inicio no está sujeto a formalidad alguna; la propia comunicación de la Policía acerca de una incidencia que amerita la realización de una intervención corporal, sujeto al cumplimiento de los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad (vid.: art. 203°.1 NCPP), es suficiente para que el Fiscal decida la iniciación de las "Diligencias Preparatorias" y pueda solicitar la medida de intervención corporal.

Formalmente, según el artículo 203°.2 NCPP, el requerimiento del Ministerio Público será motivado y debidamente sustentado; esto es, con explicación fundada de los fundamentos de hechos y jurídicos que lo justifiquen, y con los anexos que constituyan los elementos de convicción que sustenten los presupuestos materiales y formales de la medida solicitada. El Juez de la Investigación Preparatoria se pronunciará al respecto mediante auto fundado, el mismo día o al día siguiente. Con tal finalidad, primero, puede correr traslado a los sujetos procesales y, en especial, al afectado, siempre que "...no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida"; y, segundo, convocará una audiencia, con intervención del Fiscal y del afectado –y se realizará con quienes concurran a la misma, conforme a la concordancia de los arts. 8°.2 y 203°.2 NCPP–. La decisión de que acuerdo correr traslado y convocar a una audiencia, es inimpugnable.

Corresponde al Juez de la Investigación Preparatoria, en este caso, como apuntan ALBARRACÍN DURÁN y ARIAS DUQUE, analizar si los motivos, que razonablemente fundados, argüidos por el Fiscal, tienen la fortaleza lógica y probatoria –nosotros diríamos "conviccional"– necesaria para sustentar tanto la "creencia" del Fiscal como el "interés por la investigación"; y, con base en ese análisis, el Juez determinará la razonabilidad y la necesidad de la diligencia requerida por el Fiscal para proceder a autorizarla o negarla [2005: 98].

La resolución judicial autoritativa no siempre es previa a la intervención corporal. Es posible, conforme al apartado 3) del citado art. 211° NCPP, que la intervención deba practicarse con urgencia cuando hay peligro por la demora, y no puede esperar la orden judicial. Se trata de los supuestos de imposibilidad de orden judicial previa por razones de tiempo, que impiden acudir al Juez y/o que éste resuelva inmediatamente, sin dilación alguna, y porque se presenta una necesidad apremiante, insuperable de otro modo, de riesgo para la medida o la salud del afectado que hace imperativo la realización sin tardanza, al instante, de la intervención corporal. En estos casos, el Fiscal ordenará su realización e instará, inmediatamente –sin trámite alguno– la confirmación judicial. En estos casos, conforme al art. 203° NCPP, el Juez de la Investigación Preparatoria, sin trámite alguno, decidirá en el mismo día o a más tardar al día siguiente confirmando o desaprobando la medida ejecutada por la Policía o la Fiscalía; también podrá, mediante decisión irrecurrible, correr previo traslado a los sujetos procesales y convocar a una audiencia. El Juez de la Investigación Preparatoria, desde luego, no sólo analizará la presencia de indicios delictivos –sospecha inicial simple o

sencilla– y las exigencias del principio de proporcionalidad, sin también si en el caso concreto medió urgencia o peligro por la demora causantes de la realización de la intervención corporal sin orden judicial previa.

La vigencia del principio de proporcionalidad en los supuestos de esta medida se expresa en tres aspectos concretos: a) delitos que permiten la intervención corporal; b) prescindencia de autorización judicial; y, c) presencia de abogado defensor.

En virtud del subprincipio de estricta proporcionalidad, una medida como la de intervención corporal, sólo puede tener lugar, conforme al art. 211°.1 NCPP, si el delito objeto de investigación está sancionado con pena privativa mayor de cuatro años. La amplitud de la norma determina que el criterio para determinar el delito que franquea esta medida es aquel cuya pena máxima supere los cuatro años de pena privativa de libertad –no interesa, a estos efectos, el mínimo conminado o la presencia de penas alternativas–, sin que a ello obste que en el caso concreto pueda ser que la pena que podría imponerse al afectado no supere ese límite (es de significar que cuando se trata de imponer la medida de prisión preventiva –que importa una afectación más grave a un derecho fundamental–, el art. 268°.1,b) NCPP estipula que "...la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad").

El art. 211°.5 NCPP introduce una clasificación en las medidas de intervención corporal, de trascendental importancia, a los efectos de la preceptiva orden judicial. Existen, entonces, intervenciones corporales mínimas o leves e intervenciones corporales graves. Las primeras, serían aquellas que no entrañen peligro o perjuicio para la salud ni ocasionen sufrimientos a la persona; el NCPP las enumera, vía ejemplificativa, entre las que se encuentran, pequeñas extracciones de sangre, piel o cabello [puede ser también de uñas, de sarro ungueal, siempre que el experto que las lleve a cabo no la considere riesgosa. Se entiende que si el especialista da cuenta de la existencia de un posible riesgo para la salud, se trate de intervención leve o grave, y como quiera que se está una condición de legitimidad del acto, se requerirá orden judicial, la cual se contará necesariamente con previo dictamen pericial, el cual debe establecer la ausencia de peligro de realizarse la intervención para su puesta en ejecución.

En las intervenciones corporales, como regla, se exigen la concurrencia de abogado defensor del afectado. Así lo dispone el apartado 4) del art. 211°

NCPP. Sin embargo, su participación está condicionada, a que concurra a la citación que se le curse –obviamente la citación no está condicionada a plazos previos ni a la exigencia de otras formalidades adicionales–. Por otro lado, también es posible prescindir de la presencia del defensor cuando "... exista fundado peligro de que la prueba se perjudique si no se realiza inmediatamente", en cuyo caso podrá estar presente una persona de la confianza del intervenido, siempre que pueda ser ubicada en ese acto. En el acta que se levante al efecto, con motivo de la realización de la intervención corporal, se indicará la causal invocada para prescindir de la intervención del abogado defensor y de la intervención de la persona de confianza del intervenido. En tanto se trata de un requisito que integra el contenido esencial del derecho o garantía constitucional de defensa procesal, el análisis de valorabilidad que hará el Juez Penal comprenderá si, en efecto, el motivo de la prescindencia es razonable –si, en efecto, en función a la naturaleza de la diligencia, y a la forma, circunstancias, y urgencia de su realización, no era dable esperar el tiempo que demandaba la ubicación y concurrencia de un abogado al acto–, pues de no ser así la prueba será constitucionalmente prohibida, por imperio del art. 159° NCPP.

Un último requisito de la intervención corporal es, según se ha expuesto, que a través de su realización no se ocasione un trato inhumano o degradante al afectado con la medida. Esto tiene que ver con la valoración del consentimiento del intervenido y con la forma cómo se realice la diligencia.

A. El art. 211°.1 NCPP autoriza la realización de la intervención corporal aun sin el consentimiento del imputado. En ese mismo sentido se orienta el Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia, ordinal vigésimo tercero, que dispone su realización aun sin el consentimiento del afectado la autoriza, previa orden judicial, siempre que no exista otro medio para descubrir el presunto delito; también acepta esa posibilidad el art. 81° a) StPO Alemana, que es la fuente de nuestra ley. Un sector de la doctrina considera que el empleo de *vis compulsiva* o coactiva afecta la dignidad de la persona e importa un trato degradante [ORTEGO PÉREZ, 2004: 8]. El Tribunal Constitucional Federal Alemán admitió su constitucionalidad (BverfGE 16, 194), en tanto se respete el principio de proporcionalidad, y en el entendido que esas medidas, más allá de importar una notable injerencia en la integridad corporal, están en función a las características del delito investigado y a la especial situación del imputado: gravedad del hecho y ausencia de riesgo para el afectado; Hans DAHS apunta que desde el subprincipio de adecuación, para superar

la resistencia del inculpado a la ejecución de la diligencia de investigación corporal ordenada, es razonable emplear medidas coactivas para lograr la efectividad de la misma (vid.: ETXEBERRÍA GURIDI, 1999: 412). En igual sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional Italiana, así en la sentencia núm. 238/1996, y otras anteriores, como la núm.54/1986, del 24.3.1986, que ha señalado que una vez superada la exigencia de norma expresa que autorice las pruebas coactivas –que es el caso peruano– su realización no compromete la dignidad de la persona (ejecutarla sin el consentimiento del afectado no lesiona la dignidad de la persona, no importan un menosprecio). De igual manera, pese a la posición contraria de la jurisprudencia constitucional española (vid.: STC 37/1989), se pronuncia GONZÁLEZ–CUÉLLAR SERRANO [1996: 288], pues no aceptarla, a final de cuentas, se privaría de eficacia práctica a estas medidas; en igual sentido se pronuncia ARILLA PLATERO, quien sostiene que "...si se admite la procedencia de una autorización judicial que acuerde la intervención corporal, parece consecuente dotar a la misma de eficacia, recurriendo a la 'vis compulsiva', pues de lo contrario, la orden judicial quedaría desvirtuada" [2002: 12].

B. Como se ha dejado expuesto, las diligencias deben ser realizadas por un médico o un profesional sanitario. El modo de hacerse debe respetar las *lex artis,* y en condiciones que se respete la privacidad del acto y no se someta al afectado a prácticas o maniobras indebidas o claramente violatorias de las reglas que configuren la corrección técnica o científica de la diligencia. Por otro lado, el trato inhumano tampoco tiene cabida en esas diligencias, en tanto que no se ocasiona "en la persona sufrimientos de especial intensidad"; al igual que el trato degradante, en la medida en que no trae consigo "humillación o una sensación de envilecimiento de un nivel diferente y mayor al que ocasiona la propia imposición (de la medida)" (Cfr.: STC núm. 1429–2002–HC/TC, que en este punto ha seguido la STCE núm. 65/1986, del 22.5.1986, la sentencia del BverfG 16.2002–1093; y, en especial, las sentencias del TEDH del 25.2.1982, recaída en el Asunto Campbell y Cosans, y, antes, del 25.4.1978, recaída en el asunto Tyrer). Es claro, sin embargo, que por el objetivo que persigue, ninguna medida de intervención corporal es pasible de ser considerada, por ese solo hecho, un trato inhumano o degradante, aunque puede llegar a serlo en razón a los medios utilizados. Incurren en esa desproporción, por los medios, si la intervención por ser excesivamente dolorosa o por la posibilidad que conllevan de provocar trastornos en la salud lesiona la integridad física en una medida superior a lo debido o razonable.

VIII. LA INTERVENCIÓN CORPORAL A TERCEROS

La intervención corporal no sólo está circunscrita al imputado o de quien se presuma fundadamente que está vinculado como autor o partícipe en la comisión de un delito de determinada entidad –que está sancionado con una pena no mayor de cuatro años de pena privativa de libertad–; también puede recaer en "personas no inculpadas", conforme lo prescribe el artículo 212° NCPP, cuya fuente es el art. 81° C (1) de la StPO Alemana. Un no inculpado es, desde luego, un testigo –noción en la que se incluye a las víctimas, y al denominado "testigo contaminante", que es aquella persona que por una u otra circunstancia ha contaminado la recogida del cuerpo del delito–, y la intervención sólo puede imponerse en esa condición, sin finalidad incriminatoria.

La admisibilidad de la intervención corporal, en estos casos, está condicionada a que se deba constatar, para el esclarecimiento de los hechos, si en el cuerpo del no inculpado se encuentra determinada huella o secuela del delito. Se trata, a mi juicio, de una noción, sin duda, más restringida que cuerpo del delito, instrumento y efecto del delito, y está radicada en la circunstancia de que el cuerpo del no inculpado se erigió como objeto material del delito y, en consecuencia, sobre el recayó la acción criminal o, en todo caso, sufrió de uno u otro modo un efecto o daño típicamente relevante. Se trata, en suma, de todas aquellas alteraciones causadas directamente por el hecho delictivo en el cuerpo de la víctima, que a su vez permiten obtener conclusiones fundadas acerca de la autoría y sobre la ejecución del hecho, incluyéndose en este concepto las heridas y las lesiones corporales que pueden ser halladas en el cuerpo de la víctima [cfr.: ETXEBERRIA GURIDI, 1999: 332].

Podría sostenerse, en el ámbito de los atentados sexuales, que el deber de esclarecimiento y de persecución del crimen que está atribuido al Estado no tiene jerarquía suficiente para limitar un derecho constitucional a quien es por completo ajeno a la propia imputación y, por ende, para imponer al agraviado, como obligación procesal, el sometimiento a una intervención corporal: los derechos a la dignidad y a la autodeterminación apoyarían aparentemente esa tesitura. Sin embargo, como expusimos en otra ocasión, si bien toda intervención médica constituye una intromisión en el respeto de la vida privada de las personas, tal derecho fundamental no es absoluto y, por tanto, en ciertas ocasiones puede ser restringido en virtud de las necesidades de defensa de importantes intereses colectivos. La intervención

de un médico con arreglo a la *lex artis*, su nula afectación a la salud que incluso no ocasiona dolor alguno, y la reserva del propio examen –que en este caso puede ser vaginal o anal para obtener fluidos compatibles con agresión sexual– lograría que los intereses colectivos, compatibles con el debido esclarecimiento de los hechos delictivos y la emisión de un fallo judicial justo, queden satisfechos [SAN MARTÍN CASTRO, 2000: 278/279].

La imposición coactiva de la intervención sólo procede: a) si no cabe temer ningún daño para la salud del no inculpado –requisito obvio que se proyecta asimismo, por imperativo del principio de proporcionalidad, a los imputados–, y b) si resulta indispensable para la averiguación de la verdad –requisito derivado del subprincipio de necesidad, pero que en este caso exige un canon de valoración mucho más estricto–. De proceder la intervención corporal, el art. 212°.2 NCPP dispone que solo puede ser efectuada por un médico. Sin duda es exagerada la norma cuando prescribe que un médico debe realizar la extracción y el análisis sanguíneo –es aceptable que el análisis se realice por personal médico, pero no es razonable que una simple extracción de sangre la realice un médico, vista su nula complicación o riesgo para el paciente.

El apartado 3) del art. 212° NCPP equipara la negativa al examen o extracción de análisis sanguíneos a la negativa para prestar testimonio (vid.: concordancia del artículo 165° NCPP). En estos casos, por encima del deber de colaboración con la justicia y de la exigencia de llegar a la verdad de lo acontecido, prima el derecho a la reserva familiar –que tiene su fundamento en los vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar– o a la reserva profesional. Acreditado el vínculo familiar o la relación profesional, ese sólo hecho, sin consideración adicional alguna, basta para impedir la realización de la intervención corporal. De igual manera, cuando se está ante un menor de edad o un incapaz decide su representante legal, salvo que el imputado esté involucrado en el delito investigado, en cuyo caso decide el Juez.

IX. LA PRUEBA DE ALCOHOLEMIA

El art. 213° NCPP prevé el sometimiento obligatorio a "...comprobación de tasas de alcoholemia en aire aspirado" tanto por razones de prevención de delitos, cuanto por la inmediata intervención como consecuencia de la posible comisión de un delito, no necesariamente de tránsito referido a manejo de vehículos automotores. Asimismo, una vez que el resultado

de la comprobación es positiva o, en todo caso, si el intervenido presenta signos evidentes de estar bajo la influencia de bebidas alcohólicas u otro tipo de sustancia prohibida –drogas–, será retenido y conducido coactivamente a un centro de control sanitario para realizar la prueba de intoxicación en sangre o en otros fluidos, según prescripción del facultativo. En tanto la intervención se debe a la posible comisión de un delito, se reconoce al afectado el derecho de conocer las razones del examen y que puede estar asistido por una persona de su confianza, siempre que ésta se pueda ubicar rápidamente y sea mayor de edad.

En rigor, la denominada "prueba de alcoholemia" es un acto de investigación de carácter pericial practicado, en una primera fase, por la policía ayudado de un aparato utilizado al efecto; y, en una segunda fase, siempre que resulte positiva, o sin que la espiración de aire sea necesaria cuando se trate de signos evidentes de intoxicación alcohólica o por otra sustancia prohibida, se complementará con la realización de una prueba de intoxicación en sangre o en otros fluidos realizada por un facultativo. Su objeto, como es obvio, estriba en establecer el grado de alcohol u otra droga ingerida. Constituye además una intervención corporal aun cuando suponga una intervención muy leve –es el caso de la espiración de aire–; y, si resulta positivo, se consolidará, ya mediante reconocimientos médicos propiamente dichos, a través de diversos exámenes: análisis de sangre, orina u otros. Su valor probatorio, en el primer acto de detección es meramente indiciaria –de indicio procedimental–, sin valor concluyente –de ahí la exigencia de un ulterior reconocimiento médico y de su evitación cuando la intoxicación es evidente– y, en el segundo, se trataría de una prueba pericial preconstituida; ésta sería, en verdad, al decir de DÍAZ CABIALE, una fuente de prueba que debe ingresar al proceso no sólo con su efectiva documentación, sino con la declaración de los agentes que participaron en ella [1996: 182/183]. Esta prueba, en todo caso, no sería necesariamente una prueba directa. sí en cambio una prueba indiciaria, en tanto que la presencia de un determinado grado de impregnación alcohólica o de sustancias prohibidas sirve para deducir fundadamente, por ejemplo, la conducción de un vehículo bajo la influencia de aquellas sustancias, etc.

La nota que justifica la "prueba de alcoholemia", en punto a la presunta comisión de un delito, será, entre otras: a) cuando el usuario o conductor que aparezca como responsable en un accidente de tránsito, b) cuando existan síntomas evidentes o manifestaciones de su conducta que permiten advertir que se está bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de otras sustancias prohibidas, y c) cuando infrinja las normas de la legislación sobre tránsito.

La prueba de alcoholemia no requiere previo mandato judicial. No sólo porque expresamente no lo impone el artículo 213° NCPP, sino porque, además de estar precedida de las notas de urgencia y de necesidad [cfr.: JIMENO BULNES, 1999: 13, y STCE núm. 207/1996, del 16.12.1996], se trata de simples operaciones médicas –pequeñas extracciones de sangre en la mayoría de los casos– que en modo alguno ocasionan perturbaciones físicas o pueden ocasionar riesgos en la salud del intervenido. Es aplicable, en todo caso, el apartado 5) del art. 211° NCPP que libera de orden judicial las pequeñas extracciones de sangre que no provoquen ningún perjuicio para la salud; sólo se exige la comunicación al Fiscal.

Señala GIMENO SENDRA que los métodos alcoholimétricos tienen como uno de sus aspectos más significativos la prolija incidencia en la Constitución; y, en tal virtud, pueden afectar el derecho a la libertad, a la integridad física, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia [2004: 360]. Ya se ha dilucidado los problemas vinculados a la restricción de la personal y a la afectación a la integridad física o corporal. Por tanto, es de referirse a los otros dos derechos fundamentales comprometidos.

A. El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable –*nemo tenetur se ipsum accusare*– está incorporado en nuestra Constitución por referencia al art. 8°.2), g de la CADH en virtud del art. 139°.14 de la Ley Fundamental que garantiza el derecho a la defensa procesal [SAN MARTÍN CASTRO I, 2003: 91]. Se trata de un derecho de "autodefensa" en su manifestación pasiva, que da la posibilidad a cualquier persona que es objeto de inculpación a defenderse, no actuando contra sí mismo si no lo desea y por lo tanto permaneciendo callada y no admitiendo ni los hechos ni el derecho derivado de los mismos que se le imputa –este derecho se ejerce, precisamente, con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación–. En cuanto a su ámbito, se circunscribe 1) a la no exigencia de una conducta activa del imputado que entrañe una declaración que exteriorice un contenido, y 2) siempre que esa declaración importe el reconocimiento inmediato de una infracción. Por tanto, no puede pedirse coactivamente al imputado que declare y responda compulsivamente a un interrogatorio, cuyas respuestas puedan incriminarlo al importar el reconocimiento, expreso o tácito, de la comisión de una infracción.

Este derecho instrumental se circunscribe a la declaración del imputado –deposición, manifestación o explicación que realiza acerca de los hechos

sobre los que versa la causa–, que exteriorice un contenido concreto, incriminatorio, de admisión de culpabilidad. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las Constituciones de los países democráticos, como anota ASENCIO MELLADO, entienden que la declaración es una conducta positiva no exigible al imputado, quien además por imperio del derecho a la presunción de inocencia, por inversión de la carga de la prueba –y en relación con lo anterior–, no está obligado a colaborar activamente en el proceso y ello no sólo por medio de no prestar declaración alguna o de un determinado contenido, sino tampoco a través de la exigencia de realización de cualquier conducta que entrañe un comportamiento positivo, esto es, una acción cualquiera de movimiento. Nada se opone, por cierto, al establecimiento de una obligación personal que implique el deber del imputado de soportar pasivamente injerencias en su cuerpo, con las limitaciones necesarias, de las que extraer datos de carácter objetivo idóneos a la investigación penal [1989: 143/144].

En tal virtud, es evidente que la realización de una intervención corporal, en este caso la extracción de sangre u otras, en tanto sólo se obliga al imputado a tolerar pasivamente el examen, y no le impone cooperar de modo activo en él, no viola el principio de pasividad, base de la cláusula de no autoincriminación –se trata del simple obligación de tolerar–. Así, por lo demás, se ha pronunciado la Corte Suprema USA en el asunto Schmerber vs. California (757, 1966), que señaló que la extracción de sangre no goza de naturaleza testimonial o comunicativa, en tanto que la Quinta Enmienda de la Constitución Estadounidense solo protege las comunicaciones del acusado, cualquiera que sea la forma que adopten. El TEDH, de igual manera, en STEDH del 21.12.2000, recaída en al Asunto Heaney and McGuinness vs. Irlanda, párr. 40, precisa que si se trata de material que tenga una existencia independiente de la voluntad del afectado, tal como muestra de sangre, no se afecta ese derecho, circunscrito al respeto del derecho del acusado de permanecer en silencio. Empero, como previene ROXÍN, el imputado muy bien puede negarse a pasar la prueba de espiración de aire en tanto se trata de la exigencia de una acción activa o conducta comisiva, pues en ese caso, con la utilización de aparatos electrónicos, se le obliga a que respire [2000: 291].

B. El derecho a la presunción de inocencia está reconocido en el art. 2°.24. f) de la Constitución. A su vez, el artículo II del Título Preliminar del NCPP condiciona la legitimidad de la sentencia firme a la existencia "de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las

debidas garantías procesales". Las pruebas alcoholométricas, por su propia naturaleza pericial, no se erigen en un atentado a la actividad probatoria, neutral y garantizada, que ha de llevar a cabo el Estado. Como anotó, por ejemplo, la Comisión Europea de Derechos Humanos en su decisión núm. 8239/1978, del 4.12.1978, estas constituyen una posibilidad ofrecida al acusado de probar un elemento que le disculpa, no establecen una presunción de culpabilidad; un examen de sangre si el resultado es positivo, puede determinar una sentencia condenatoria, pero si ese mismo examen es negativo, puede disculpar al imputado.

X. BIBLIOGRAFÍA

ALBARRACÍN DURÁN, JOSÉ DAVID; ARIAS DUQUE, JUAN CARLOS: *Control de garantías en la ley 906 de 2004*. En: El proceso penal colombiano acusatorio, Tomo II, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2005.

ALMAGRO NOSETE, JOSÉ; TOMÉ PAULE, JOSÉ: *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Penal*, 2da. Edición, Ed. Trivium, Madrid, 1994.

ANGULO ARANA, PEDRO: *Las pesquisas*. En: El nuevo proceso penal. Estudios Fundamentales (CUBAS VILLANUEVA, VÍCTOR; DOIG DÍAZ, YOLANDA; QUISPE FARFÁN, FANY SOLEDAD: Coordinadores), Ed. Palestra, Lima, 2005.

ARILLA PLATERO, JESÚS: *Intervención Corporal en el proceso penal. Especial referencia a la extracción de sangre y análisis de sangre*. Aranzadi, núm. 17/2002, Madrid.

ARMENTA DEU, TERESA: *Lecciones de Derecho procesal penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003.

ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Ed. Trivium, Madrid, 1989.

ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *Derecho procesal penal*, 3ra. Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

CHOCLÁN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO; CALDERÓN CEREZO, ÁNGEL: *Derecho procesal penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2002.

CLIMENT DURAN, CARLOS: *La prueba penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO; TORRES MORATO, MIGUEL ÁNGEL: *La prueba ilícita penal*, 2da. Edición, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000.

DÍAZ CABIALE, JOSÉ ANTONIO: *Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)*, Cuadernos Judiciales, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

ETXEBERRIA GURIDI, JOSÉ FRANCISCO: *Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal*, Ed. Trivium, Madrid, 1999.

GIL HERNÁNDEZ, ÁNGEL: *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Ed. Colex, Madrid, 1995.

GIMENO SENDRA, VICENTE: *Derecho procesal penal*, Ed. Colex, Madrid, 2004.

GONZÁLES–CUELLAR SERRANO, NICOLÁS: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid, 1990.

HUERTAS MARTÍN, M. ISABEL: *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.

JIMENO BULNES, MAR: *La "prueba" de alcoholemia y el nuevo delito del art. 380° CP: aspectos procesales*. En: Actualidad Jurídica Aranzadi, Pamplona, núm. 354.

QUISPE FARFÁN, FANY SOLEDAD: *El registro personal y las intervenciones corporales*. En: El nuevo proceso penal. Estudios Fundamentales (CUBAS VILLANUEVA, VÍCTOR; DOIG DÍAZ, YOLANDA; QUISPE FARFÁN, FANY SOLEDAD: Coordinadores), Ed. Palestra, Lima, 2005.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO: *Tratado de derecho procesal penal*, Ed. Thomson & Aranzadi, Navarra, 2004.

MONTERO AROCA, JUAN; GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS; MONTÓN REDONDO, ALBERTO; BARONA VILAR, SILVA: *Derecho Jurisdiccional III – Proceso Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

PEDRÁS PENALVA, ERNESTO: *Derecho procesal penal, Tomo I*, Ed. Colex, Madrid, 2000.

RAFAEL HUESO, CLARA JUAN: *Intervenciones corporales en los delitos contra la libertad sexual. Prueba pericial médica sin consentimiento del imputado*. En: Revista Derecho Penal y Procesal Penal, Aranzadi, Navarra, año 2002 – 2, núm. 8.

RIFÁ SOLER, JOSÉ MARÍA; VALLS GOMBÁU, JOSÉ FRANCISCO: *Derecho procesal penal*, Ed. Iurgium, Madrid, 2000.

ROXÍN, CLAUS: *Derecho procesal penal*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2000.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *El Derecho penal sustantivo y el proceso penal*, Ed. Colex, Madrid, 1997.

MANZINI, VINCENZO: *Tratado de Derecho Procesal Penal, T. III*, Ed. EJEA, Buenos Aires, 1952.

MARTÍN MORALES, RICARDO: *El principio constitucional de intervención indiciaria*, Ed. Grupo Editorial Universitario, Madrid, 2000.

SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR EUGENIO: *Derecho procesal penal*, *Tomos I y II*, 2da. Edición, Ed. Grijley, Lima, 2003.

SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR EUGENIO; CARO CORIA, DINO CARLOS: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Ed. Grijley, Lima, 2000.

SCHLÜCHTER, ELLEN: *Derecho procesal penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

ORTEGO PÉREZ, FRANCISCO: *Problemas derivados de las intervenciones corporales en la investigación criminal (en particular, las exploraciones radiológicas y su valoración probatoria)*. En: La Ley, año XXV, núm. 6049, Madrid, lunes, 28 de junio de 2004.

VÁSCONES VEGA, RICARDO: *Las medidas coercitivas en el proceso penal peruano y la nueva Constitución*. En: La nueva Constitución y el Derecho penal (HURTADO POZO, JOSÉ: editor), Ed. Sesator, Lima, 1980.

Lima, noviembre de 2005.

La tutela cautelar de las consecuencias jurídicas económicas del delito

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** Tutela cautelar de la pena de multa. **3.** Tutela cautelar de las medidas contra las personas jurídicas. **4.** Tutelas cautelares especiales. **5.** Tutela cautelar de la consecuencia accesoria del decomiso. **6.** Tutela cautelar de la reparación civil.

1. INTRODUCCIÓN

Señala Juan FERNÁNDEZ CARRASQUILLA que "el concepto de consecuencias jurídicas del hecho punible se remite a las cargas de responsabilidad penal y civil que la ley impone al ejecutor del mismo. (En este sentido), responsabilidad es, pues, la carga legal que recae sobre el autor o partícipe de un hecho punible, carga que consiste en tener que afrontar las consecuencias jurídicas de ese hecho"(1). Sobre esa base, no hay duda que la cuestión sobre la responsabilidad (constatación de un hecho penalmente antijurídico y culpable, artículo VII del Título Preliminar del Código Penal) y la cuestión acerca de las sanciones y la reparación civil (artículo 28°, 71°, 92°, 104° y 105° del Código Penal) conforman el tema material del Derecho Procesal Penal (artículos 225° y 285° del Código de Procedimientos Penales) y que,

(1) FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan: "Derecho Penal Fundamental". Volumen II. Bogotá, Temis. 1995. p. 441.

como recuerda Reinhart MAURACH, se encuentran una junto a la otra, en un mismo nivel[2].

El Código Penal peruano presenta el siguiente sistema de consecuencias jurídicas del delito: en primer lugar se encuentran las penas (Título III del Libro I), que el artículo 28° clasifica en: privativa de libertad, restrictivas de libertad, limitativas de derechos y multa; en segundo lugar están las medidas de seguridad (Título IV del Libro I), que el artículo 71° clasifica en internación y tratamiento ambulatorio; en tercer lugar se han incorporado las denominadas "consecuencias accesorias" (Capítulo II del Título VI), que según los artículos 102°, 104° y 105° son el decomiso y las medidas aplicables a las personas jurídicas; en cuarto lugar reconoce a la reparación civil (Capítulo I del Título VI), cuya imposición se determina obligatoriamente junto con la pena, a tenor del artículo 92° y que –según el artículo 93°– comprende tanto la restitución del bien, o si no es posible el pago de su valor, cuanto la indemnización de los daños y perjuicios.

Como es obvio, la Ley procesal penal en aras de garantizar la eficacia de los fallos judiciales reconoce expresamente un conjunto de medidas cautelares, precisamente para evitar que se impida o dificulte la efectividad de la satisfacción que la sentencia imponga, esto es, de la cumplida imposición de las consecuencias jurídicas del delito previstas en la ley material o sustantiva, a saber, para impedir que el desarrollo de una situación de hecho venga a frustrar en concreto la solución jurídica de un conflicto de intereses[3]. Se busca, con ello, garantizar o asegurar lo que Roxin denomina "ejecución penal"[4].

Desde la perspectiva personal, la Ley procesal penal incorpora las medidas cautelares de detención (artículo 135° del Código Procesal Penal de

---

[2] MAURACH, Reinhart: "Derecho Penal-Parte General", Tomo II, Buenos Aires, Astrea, 1998. p. 614.

[3] El artículo 608° del Código de Procedimientos Penales prescribe que la medida cautelar "(...) está destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva". Esta frase debe entenderse no sólo en su tradicional concepción de asegurar la ejecución de la sentencia frente a los riesgos capaces de impedir absolutamente la eficacia de los actos ejecutivos legalmente previstos, sino también en la de proteger la sentencia frente a los riesgos que impidan que la ejecución se desarrolle en condiciones de plena utilidad (ver ORTELLS RAMOS, Manuel. "Las Medidas Cautelares", Madrid, La Ley, 2000, p. 134).

[4] ROXIN, Claus: "Derecho Procesal Penal", Buenos Aires, Del Puerto, 2000, p. 249.

1991), comparecencia (artículo 143° del Código Procesal Penal de 1991) e impedimento de salida, así como de internamiento provisional en un asilo de insanos (artículo 191° del Código de Procedimientos Penales de 1940), que inciden sobre bienes jurídicos vinculados a la libertad personal a fin de asegurar la efectividad de las sanciones que afectan bienes jurídicos homólogos: esencialmente la pena privativa de libertad y la medida de seguridad de internación[5]. Asimismo, desde la perspectiva real o patrimonial, regula dos medidas cautelares: el embargo y el secuestro o incautación de bienes (artículos 94° y 171°, respectivamente, del Código de Procedimientos Penales de 1940). El Código Penal de 1991 y la sucesiva legislación penal especial han instituido otras tutelas procesales que en su momento se precisarán.

Este trabajo, en atención a los límites temáticos ya señalados, se circunscribirá al análisis procesal de las consecuencias jurídicas del delito que importan una afectación patrimonial al sujeto activo del mismo. Siendo así, es del caso estudiar acorde con lo señalado por Isabel MAGUELONE ZODER[6]: primero, lo relativo a la pena de multa, en tanto como consecuencia penal del delito afecta el patrimonio y consiste específicamente, como acota HURTADO POZO, en la "(...) obligación (impuesta al reo) de pagar cierta suma de dinero para reprimir la comisión de una infracción"[7]. Segundo, lo concerniente al decomiso, que es calificado por BORJA MAPELLI como una consecuencia de naturaleza penal que importa la pérdida de los efectos que provengan del delito (el artículo 102° del Código Penal peruano hace referencia a la "infracción penal") y de los instrumentos con que se haya ejecutado[8]. Tercero, lo atinente a las medidas contra las personas jurídicas, sobre cuya exacta naturaleza jurídica aún no se pone de acuerdo la doctrina, aunque estimo que al limitar derechos de las personas jurídicas debe sometérseles a los principios que inspiran el derecho sancionador en

---

[5] La Ley N° 27379, del 21 de diciembre del 2000, incorporó la detención preliminar, para determinados delitos; medida que puede dictarse antes de incoarse formalmente el proceso penal. Otra medida, esta vez patrimonial, es la inhibición para disponer o gravar bienes.

[6] MAGUELONE ZODER, Isabel: "Las consecuencias jurídicas económicas del delito", En: Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito, Madrid, Colex, 1995, pp. 163 y 164.

[7] Tomado de: PRADO SALDARRIAGA, Víctor, "Todo sobre el Código Penal", Volumen I. Lima: Idemsa, 1998, p. 68.

[8] BORJA MAPELLI: "Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal", En: Revista Penal N° 1, Barcelona, Praxis, pp. 49 y 50.

el Estado de Derecho[9]. Y, cuarto, lo referente a la reparación civil, que en rigor constituye una consecuencia civil por el daño ocasionado a la víctima por la comisión de una infracción penal en su agravio.

Las consecuencias jurídicas aludidas, independientemente de su naturaleza penal (en la mayoría de los casos), civil o si se quiere también, *sui generis*[10], afectan bienes jurídicos patrimoniales del imputado y, en algunos supuestos, de terceros, como es el caso de las personas jurídicas y del tercero civilmente responsable. Cabe puntualizar que, más allá de las polémicas en torno a la capacidad penal de las personas jurídicas, nuestra jurisprudencia ha considerado que el Código Penal asume el principio *societas delinquere non potest*. Así, la ejecutoria suprema del 24 de octubre de 1997 dice al respecto que la persona jurídica no posee capacidad de conducta, recayendo en todo caso dicho atributo sólo en las personas naturales, tal como lo prescribe el artículo 27° del Código Penal[11].

En igual sentido, aunque cuestionando la cita al artículo 27° del Código Penal, se pronuncia REYNA ALFARO, con apoyo en otros autores nacionales, amparándose al efecto en el artículo 11° del Código Penal, "en donde precisa que sólo son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley, por lo que entendiendo a éstas como manifestaciones de la voluntad humana, cabe concluir en la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas"[12].

El Derecho Procesal Penal para garantizar la efectividad de la tutela judicial, en orden a la imposición de tales consecuencias, que tiene lugar en la sentencia penal, prevé las denominadas "medidas cautelares reales". PEDRAZ PENALVA las define como "aquellas medidas procesales de carácter asegurativo, funcionalmente preordenadas a la tutela de intereses pecuniarios

---

[9] ZUGALDÍA ESPINAR, Miguel: "Las consecuencias accesorias aplicables como penas a las personas jurídicas en el Código Penal español" En: Anuario de Derecho Penal 97/98. Lima, Grijley, 1999, pp. 328 y 329.

[10] Una descripción muy puntual de la polémica dogmática en: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO, Silvina: "Derecho Penal Económico", Madrid, Ceura, 2001, pp. 145-153.

[11] "Jurisprudencia Penal y Procesal Penal". Lima, Gaceta Jurídica, 2001, p. 45.

[12] REYNA ALFARO, Luis: "Manual de Derecho Penal Económico", Lima, Gaceta Jurídica, 2002, p. 120.

conexos al hecho ilícito penal, a declarar en la sentencia"[13] (las negritas son nuestras).

Desde esta perspectiva, el Código de Procedimientos Penales identifica dos medidas cautelares reales: el embargo preventivo y el secuestro o incautación. En ellas resulta claro su carácter asegurativo (para el embargo) y conservativo (para la incautación). El carácter o efecto de aseguramiento del embargo se expresa en el hecho de que mantiene o constituye una situación adecuada para que, en su momento, pueda hacerse efectiva la sentencia principal, sin obstáculos de difícil superación y con toda plenitud. Sin embargo, esta definición no alcanza a la incautación, dado que en este caso, la medida conserva la situación existente al cometerse el delito, en cuya virtud la autoridad ocupa y aprehende un bien delictivo, evitando con ello su alteración por una conducta activa u omisiva del imputado, cuya legitimidad o conformidad a Derecho precisamente ha de resolver la sentencia del proceso principal.

Este efecto de aseguramiento tampoco se extiende a otras tres medidas que contempla tanto el Código Penal cuanto la legislación penal especial y que afectan bienes jurídicos patrimoniales, no limitativamente pecuniarios, creadas específicamente para tres delitos en particular: ambientales, usurpación y tráfico ilícito de drogas.

Las dos primeras medidas cautelares, incorporadas en el artículo 314° del Código Penal y radicadas en los delitos ecológicos, son la suspensión de la actividad contaminante y la clausura de establecimientos. La segunda medida cautelar, regulada en los Decretos Legislativos N° 312 y N° 653, delimitada a los delitos de usurpación, se denomina "administración provisional de posesión" y consiste en la recuperación por el agraviado del inmueble usurpado. La tercera medida cautelar, reconocida en la legislación sobre tráfico ilícito de drogas, se refiere a la "destrucción de cultivos".

Los efectos de estas tres medidas cautelares no son de mero aseguramiento. Son, en buena cuenta, innovativos y anticipativos de la satisfacción de la pretensión. Estas medidas inciden sobre intereses decididamente patrimoniales, empero introducen una innovación satisfaciendo lo que

[13] PEDRAZ PENALVA: "Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español", Madrid, Trivium, 1985. p. 81.

extraprocesalmente nunca fue pacíficamente reconocido. Son medidas, apunta CALDERÓN CUADRADO, destinadas a asegurar la efectividad de la sentencia y, por ende, se utilizan –en caso resulte necesario hacerlo– cuando lo que se persigue es algo más que el simple aseguramiento, esto es, la satisfacción provisional de la pretensión principal(14).

Se trata de una tutela cautelar coincidente, según la denominación de MONROY GALVEZ y MONROY PALACIOS(15).

De igual manera, no tiene efectos de mero aseguramiento, sino de conservación, entre otras, la incautación previa de ejemplares ilícitos y de los aparatos o medios utilizados para la comisión del delito contra los derechos de autor y conexos, previstos en el artículo 221° Código Penal, modificado por el Decreto Legislativo N° 822. En ella, como aclara ORTELLS RAMOS, se produce una mayor injerencia en la esfera jurídica del sujeto pasivo de la medida, aproximándose a un efecto de satisfacción de la pretensión(16). Estos efectos consisten, en palabras de CALDERÓN CUADRADO, en mantener, pero también en modificar, el *status quo* inicial, como única solución para cautelar la efectividad de la tutela que se presta en el proceso principal(17).

En conclusión, una definición de medidas cautelares reales más acorde con las consecuencias jurídicas económicas del delito sería la siguiente: Son aquellas medidas procesales que, recayendo de modo exclusivo sobre bienes jurídicos patrimoniales, están funcionalmente ordenadas a hacer posible la efectividad de las consecuencias jurídicas económicas de la infracción penal, a declarar en la sentencia condenatoria. La finalidad de las medidas cautelares en general, como en su día apuntó la Corte Superior de Lima, es asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva (ejemplo, Sentencia del 14 de abril de 1999, Expediente N° 7758-98).

Las medidas cautelares en sede penal dan lugar a procesos cautelares: (i) asegurativos (embargo, en los supuestos de multa y reparación civil);

---

(14) CALDERÓN CUADRADO, María Pía: "Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil", Madrid, Civitas, 1992, pp. 129 y 130.

(15) MONROY GÁLVEZ, Juan y MONROY PALACIOS, Juan: "Del mito del proceso ordinario a la Tutela Diferenciada. Apuntes Iniciales". En: PEYRANO (director) y CARBONE (coordinador). "Sentencia anticipada". Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1999. pp. 190-201.

(16) ORTELLS RAMOS, "Derecho Jurisdiccional". Volumen III, Valencia: Tirant lo Blanch. 1997. p. 442.

(17) CALDERÓN CUADRADO, María Pía. Op. cit.; p. 130.

(ii) conservativos (incautación o secuestro cautelar); y, (iii) innovativos y satisfactivos (suspensión de la actividad contaminante y de clausura temporal del establecimiento, así como recuperación cautelar del bien usurpado y destrucción de cultivos).

La necesidad de una tutela cautelar para garantizar la eficacia de las consecuencias jurídicas del delito en general y de las propiamente económicas del mismo constituye, a no dudarlo, una exigencia constitucional –no la única, por cierto– derivada del derecho a la tutela jurisdiccional, ex artículo 139° inciso 3 de la Constitución. De su proclamada eficacia para garantizar los derechos o bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico (la tutela jurisdiccional no existe verdaderamente si no es efectiva), en tanto está proscrita la autotutela. En sede penal, como en cualquier orden jurisdiccional, el transcurso del tiempo necesario para la realización de los actos procesales puede poner en peligro *(periculum in mora)* el éxito del proceso de declaración y/o del proceso de ejecución, por lo que resulta imprescindible que se adopten ciertas precauciones, consistentes en la imposición de restricciones a la libertad personal del encausado o a la disponibilidad de ciertas cosas[18]. En tal virtud, como apunta Aragoneses Martínez, se definen las medidas cautelares como aquellos actos jurisdiccionales que tienen por objeto garantizar el normal desarrollo del proceso y, por tanto, la eficaz aplicación del *ius puniendi*[19].

En este tema ha sido fundamental la labor jurisprudencial del Tribunal Constitucional italiano, cuyas decisiones –en especial las del 27 de diciembre de 1974, del 28 de junio de 1985 y del 23 de junio de 1994– han tenido

---

[18] Sigue probablemente esta orientación la Ejecutoria Superior del 26 de setiembre del 2000. Expediente N° 5531-99-A, cuando señala que la adopción de la medida cautelar de embargo "se encuentra dentro de las potestades de la función jurisdiccional, no sólo en atención a las facultades genéricas que tiene el juez penal por disposición Constitucional y como director de la instrucción (...)" ROJAS VARGAS, Fidel: "Jurisprudencia penal y procesal penal" (1999-2000), Tomo I, Lima, Idemsa. pp. 157 y 158.

[19] DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros. "Derecho Procesal Penal", Madrid, Ceura, 1993. p. 381. En este mismo sentido RIFÁ 1993-1996. Lima, Legrima, 1997. pp. 187 y 188. SOLER y VALLS COMBAU anotan: "se trata de medidas insertas en el ámbito de la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Se adoptarán, pendiente el proceso, por resolución judicial, a salvo de alguna excepción como sucede con la detención policial preventiva" [ver: RIFÁ SOLER y VALLS COMBAU: "Derecho Procesal Penal", Madrid, Lurgium, 2000, p. 162].

decisiva influencia en nuestro ámbito jurídico e, inclusive, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (verbigracia: caso Factortame, del 19 de junio de 1990).

En efecto, dicho Alto Tribunal estipuló:

a) Que el poder cautelar es un elemento connatural de un sistema de tutela jurisdiccional que hace viable las consecuencias jurídicas de fondo previstas por la ley. Este poder cautelar es una manifestación de un poder instrumental para el ejercicio de las atribuciones jurisdiccionales, cuya interpretación no puede ser en modo alguno restrictiva y que tiene como objetivo garantizar la efectividad de los derechos e intereses legítimos, evitando a su vez que la duración del proceso principal se vuelva en daño para el actor que tiene razón.

b) Que el poder cautelar importa que se pueden adoptar todas aquellas medidas más idóneas para asegurar provisoriamente los efectos de la decisión sobre el fondo, siempre que exista fundado motivo para temer que durante el tiempo necesario para la obtención de la sentencia definitiva, el derecho sea amenazado por un perjuicio inminente e irreparable: éste es su mínimo constitucional. Busca neutralizar los *pericula* que se ciernen sobre la efectividad de la sentencia, siempre que éstos tengan carácter inminente y que los daños que puedan ocasionar sean irreparables (función instrumental).

c) Que por imperativo constitucional el legislador se encuentra obligado a prever en el ordenamiento jurídico una disposición normativa que permita inclusive la tutela cautelar innominada de los derechos, dejando a salvo su derecho a establecer determinadas medidas cautelares típicas; lo que es expresión del principio chiovendano, por el cual, la duración del proceso no debe ir en daño del actor que tiene razón y de la exigencia de instituir una regulación uniforme de las medidas cautelares, sean de carácter conservativo como las innovativas, dada su idéntica función y estructura[20].

En nuestro ordenamiento jurídico, como aclara MONROY PALACIOS, la existencia del poder cautelar genérico, en tanto pieza vital en la evolución

[20] CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés: "Constitución y tutela cautelar. Una revisión de las aportaciones de la jurisprudencia y doctrina italianas". En: Revista de Derecho Procesal, Número 1, Madrid, Edersa, 1998, pp. 55-87.

de la tutela aseguratoria, al permitir que el juez disponga de medidas cautelares adecuadas para la protección de la eficacia del proceso, prescindiendo de que aquellas se encuentren o no expresamente reguladas por el ordenamiento procesal, está debidamente reconocido por el artículo 629° Código Procesal Civil(21).

2. TUTELA CAUTELAR DE LA PENA DE MULTA

El Código de Procedimientos Penales, a diferencia por ejemplo del artículo 589° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española, no prevé expresamente la extensión de las medidas cautelares al aseguramiento de toda clase de responsabilidades pecuniarias, entre las que se encuentra la multa en tanto deber jurídico público impuesto en la sentencia. El artículo 94° del Código de Procedimientos Penales se refiere exclusivamente a la reparación civil, mientras que el artículo 171° del mismo cuerpo de leyes se circunscribe a la incautación o secuestro de bienes, en la medida en que están vinculados con el delito como sus efectos o sus instrumentos (omitiendo inclusive hacer mención al secuestro de ganancias, cuya posibilidad recién se perfila a partir del artículo 104° del nuevo Código Penal al reconocer el decomiso de las mismas, pero circunscrito a las obtenidas por las personas jurídicas bajo determinadas limitaciones).

El artículo 41° del Código Penal define esta pena. Por ella se obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días-multa; según el artículo 120° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial este monto constituye renta del Poder Judicial. Cabe precisar, conforme puntualiza PRADO SALDARRIAGA, que pese a que en el citado artículo 41° de Código Penal la multa que el delincuente debe abonar al Estado es una suma de dinero, la cual se define a partir de la aplicación del modelo de los días-multa, en la jurisprudencia nacional se ha identificado a dicha pena con la primera fase de su sistema de determinación(22).

El artículo 44° del Código Penal, luego de especificar que la multa puede pagarse en cuotas mensuales, señala que su cobro se podrá efectuar mediante el descuento de la remuneración del condenado, el mismo que

---

(21) MONROY PALACIOS, Juan José: "Bases para la formación de una teoría cautelar", Lima, Comunidad, 2002, pp. 355 y 356.

(22) PRADO SALDARRIAGA, Víctor: "Derecho Penal. Jueces y Jurisprudencia", Lima, Palestra, 1999, p. 214.

no debe incidir sobre los recursos indispensables para su sustento y el de su familia. A su vez, el artículo 56° del Código Penal estatuye que si el condenado solvente no paga la multa o frustra su cumplimiento, la pena podrá ser ejecutada sobre sus bienes o convertida en pena privativa de libertad.

Las citadas normas del Código Penal, en tanto referidas a la pena propiamente dicha, que como es lógico se impone en la sentencia condenatoria (artículo 285° del Código de Procedimientos Penales de 1940), tienen un ámbito de aplicación procesal muy concreto. Están circunscritas a lo que se denomina "ejecución procesal penal", en concreto al procedimiento de ejecución forzosa y, por consiguiente, las medidas que se dicten para hacer efectiva la multa son medidas ejecutorias y no medidas cautelares. En este caso para su efectivización se trabaría un embargo ejecutorio o definitivo y no cautelar o preventivo sobre los bienes del condenado(23).

Dentro de este procedimiento, luego que la sentencia condenatoria que impone pena de multa adquiera firmeza, que en rigor constituye un título de ejecución, el juez penal, competente para este procedimiento según lo dispuesto en el artículo 337° del Código de Procedimientos Penales y en el artículo 714° del Código Procesal Civil, debe dictar un mandato de ejecución a fin de que el condenado cumpla con el pago de la multa en el plazo de diez días (artículo 44° del Código Penal) o, de ser procedente, la cuota mensual correspondiente. El primer apercibimiento es el de iniciarse la ejecución forzosa, de conformidad con el artículo 715° del Código Procesal Civil.

El Código Penal reconoce dos alternativas para materializar el cobro de la multa, en los casos de trabajadores dependientes o que perciban ingresos quincenales o mensuales merced a un contrato de prestación de servicios y frente a los cuales se ha considerado adecuado el pago de cuotas mensuales. En primer lugar, se encuentra el descuento de sus remuneraciones, cuidando que éste no incida sobre los recursos indispensables para su sustento y el de su familia. En segundo lugar, a tenor de lo dispuesto en el artículo 56° del Código Penal y siempre que lo anterior no sea posible o que el reo frustre su cumplimiento, está la ejecución de los bienes del condenado, para lo cual previamente se embargan y, luego, se procede a su remate y, en su defecto, a su adjudicación, bajo los trámites estipulados en los artículos

(23) Ver: MARTÍNEZ BOTOS, Raúl, "Medidas Cautelares", Buenos Aires, Universidad, 1990, p. 150.

725° y siguientes del Código Procesal Civil (ver: artículo 338° del Código de Procedimientos Penales de 1940).

Es obvio, por la propia naturaleza de la pena de multa, que su conversión a pena privativa de libertad en el caso del condenado solvente sólo procederá cuando no sea posible el procedimiento de ejecución forzosa de sus bienes o se frustre su cumplimiento.

Si bien el Código Penal se refiere exclusivamente, según su propio ámbito, a la ejecución de la pena de multa y, como tal, nos remite a las medidas ejecutivas y al procedimiento de ejecución forzosa, ello en cambio no impide que en vía cautelar, durante la tramitación de la causa penal y pese al silencio del Código de Procedimientos Penales, sea posible asegurar el pago de la posible pena de multa a imponerse en la sentencia.

En tanto se entienda: (i) que toda medida cautelar está destinada a asegurar o garantizar el cumplimiento de la sentencia (artículo 608° Código Procesal Civil), de suerte que toda pretensión –en este caso, la penal, circunscrita al cobro de la pena de multa– puede y debe ser objeto de una determinada medida cautelar; y, (ii) que toda resolución cautelar real tiene como presupuesto específico la existencia de un concreto peligro de infructuosidad del fallo, que conlleva sobre la base de una valoración objetiva y directa la exigencia de conservar los bienes necesarios para hacer eficaz la ejecución forzosa[24]; es de rigor concluir que sobre esa necesidad resulta viable acudir al proceso cautelar para asegurar el pago de la pena de multa, en tanto se entienda que la ley procesal tiene prevista una medida cautelar idónea al efecto, circunscrita a pretensiones apreciables en dinero.

Que el Código de Procedimientos Penales, dentro de sus limitadas concepciones jurídicas, sólo mencione específicamente medidas cautelares funcionalmente vinculadas al comiso y a la reparación civil, no significa, en principio –visto el objeto del proceso cautelar–, que este proceso cautelar asegurativo está vedado para asegurar la pena de multa, pues ésta puede requerir en su momento de la tutela cautelar, cuya amplitud está reconocida por el citado artículo 608° del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente por imperio de la Primera Disposición Final del mismo cuerpo de leyes, en tanto la medida cautelar sea adecuada a la consecuencia jurídico económica prevista por la ley penal.

---

[24] PEDRAZ PENALVA, Ernesto: Op. cit.; pp. 94 y 95.

Definida la posibilidad jurídica de la tutela cautelar para asegurar la pena de multa, cabe ahora determinar qué clase de medida cautelar corresponde. Su respuesta, en todo caso, condiciona la propia posibilidad jurídica de su imposición. Sobre esa base, es de precisar que el principio que guía la elección de toda medida cautelar es el de adecuación, que atiende a la naturaleza de la pretensión principal (artículo 611° del Código Procesal Civil), es decir, al debido cumplimiento de la pena de que se trate. En general, como recuerdan LOUTAYF y COSTAS, "tiene que existir correlación entre la medida cautelar y el objeto del juicio principal; en otras palabras, debe mediar una clara línea de congruencia entre el resguardo que procura la medida cautelar y la acción planteada (...) debe haber una correspondencia entre el objeto del proceso y lo que es objeto de la medida cautelar que se disponga"[25].

En tanto la pena de multa es una sanción penal apreciable en dinero, puesto que el imputado, en caso sea condenado, debe obrar en favor del Estado una determinada cantidad de dinero calculado bajo el sistema de días-multa (artículo 41° del Código Penal), la única medida cautelar razonable es el embargo atento a lo que de él prescribe el artículo 642° del Código Procesal Civil. Se trata, precisamente, de una medida cautelar que consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del imputado, así se encuentre en posesión de tercero.

Como se advierte de dicha definición legal, (i) el embargo está en función de una pretensión principal apreciable en dinero: en este caso de la imposición de una pena de multa, que es una pena pecuniaria; y, (ii) su objeto material es un bien o un derecho del presunto obligado, es decir, un bien libre de propiedad del imputado.

La otra medida cautelar: el secuestro o incautación, si bien igualmente recae sobre bienes, empero deben estar relacionados con el delito, como *instrumenta* o *producta scaeleris*. Su objeto material no está formado por bienes libres del hecho delictuoso sino por bienes causalmente vinculados a él, lo que obliga –según los casos– a su ocupación y aprehensión inmediata y, finalmente, a su pérdida en favor de Estado. El ulterior decomiso, como luego se verá, está orientado tanto a fines reparatorios cuanto preventivos y de incremento del acervo del Fisco. En estas condiciones, no obstante que

[25] LOUTAYF RANEA, Roberto y COSTAS, Luis Félix: "La acción civil en sede penal", Buenos Aires, Astrea, 2002, p. 690.

anteriormente consideramos viable esta medida[26], hoy en día estimamos que no es de recibo dictar una incautación frente a un bien que es libre, es decir, que no está contaminado con el delito. Por lo demás, el propio Código Procesal Civil señala que la afectación patrimonial cautelar contra bienes vinculados a la pretensión principal es la de secuestro, por lo que, si no lo son, deben asegurarse mediante embargo.

Como se sabe, dos son los presupuestos de la medida cautelar real: (i) el *fumus boni iuris,* esto es, la apariencia del derecho o razonada atribución del hecho punible, cuya denominación más exacta en lo penal sería *fumus delicti;* y, (ii) el *periculum in mora* (peligro de infructuosidad o riesgo de indisponibilidad de bienes).

El *fumus delicti* exige –desde una perspectiva procesal penal– una razonable imputación delictiva, esto es, que existan suficientes elementos de convicción que acrediten, de un lado, la realidad de la infracción penal objeto de imputación, y, de otro lado, la vinculación del imputado con el hecho punible como autor o partícipe; lo que es expresión del principio constitucional de intervención indiciaria. La cognición cautelar se limita a un juicio de probabilidades y verosimilitud, y su resultado tiene el valor, no de una declaración de certeza, sino de mera hipótesis, que en el transcurso del juicio y al momento de dictarse la providencia principal podrá corroborarse si corresponde con la realidad. El "juicio de verdad" en esta materia, como ha sido declarado por la Corte Suprema de la Nación Argentina en su Sentencia de 20 de diciembre de 1984, se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad[27].

El *periculum in mora,* según ya fue expuesto, se concreta en el denominado "peligro de infructuosidad", vale decir, necesidad de conservar los bienes necesarios para hacer eficaz la ejecución forzosa[28].

Una lectura aislada y meramente literal del artículo 94° del Código de Procedimientos Penales permitiría entender que no exige fundamento conviccional –*fumus boni iuris*– para trabar el embargo, bastando únicamente la

---

[26] SAN MARTÍN CASTRO, César: "Derecho Procesal Penal", Volumen II, Lima, Grijley, 1999. p. 884.

[27] LOUTAYF RANEA, Roberto y COSTAS, Luis Félix: Op. cit.; pp. 694 y 695.

[28] SAN MARTÍN CASTRO, César: Op. cit.; p. 867.

imputación delictiva aceptada en el auto de apertura de instrucción. Empero, es de acotar que el auto de apertura de instrucción, de conformidad con el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales, se dicta siempre que los hechos denunciados sean penalmente antijurídicos, que la acción penal no haya prescrito y que el imputado haya sido debidamente individualizado; por consiguiente, dicha norma no impone al juez penal para dictar el procesamiento inicial que realice un análisis probatorio del mérito de los cargos hechos valer por el Ministerio Público.

Ahora bien, si se tiene en consideración que el citado artículo 94° del Código de Procedimientos Penales también preceptúa que el embargo es obligatorio cuando media detención y facultativo cuando se dicta mandato de comparecencia, de su propio tenor –en concordancia en el artículo 135° del Código Procesal Penal de 1991– se desprende que tal obligatoriedad se explica porque en ese caso (del mandato de detención) el fundamento probatorio se encuentra cumplido, mientras que la mera posibilidad de embargo concurrente a la citación cautelar o comparecencia se explica en la necesidad de que, previo análisis de los actuados, se adviertan determinados elementos de juicio de carácter objetivo para estimar con probabilidad suficiente que se ha cometido un delito y que a él está vinculado el imputado como autor o partícipe. Abona a esta tesis la ínsita fundamentación de toda medida cautelar: el principio constitucional de intervención indiciaria, que exige que toda decisión judicial que afecta un derecho o interés legítimo de las personas debe estar suficientemente fundamentado y justificado, justificación que en este caso parte de la existencia de elementos de convicción acerca de la realidad de un delito y de su vinculación con el afectado por la medida.

El *periculum in mora* en las medidas cautelares reales en sede penal es más flexible que en lo civil, pues no hace falta que se acredite la posibilidad que el imputado, mientras dure la solución del proceso, realice actos que dificulten la efectividad práctica de la sentencia. El solo transcurso del tiempo hace presumir el riesgo de infructuosidad de fallo penal[29].

En el presente caso, para adoptar la medida cautelar de embargo penal debe atenderse específicamente a la previsión sancionadora contenida en el delito objeto del proceso penal, es decir, si la pena de multa es previsible. Es de acotar que en nuestro sistema punitivo la citada pena tiene el carácter de

[29] Ver: ORÉ GUARDIA, Arsenio: "La coerción real y las consecuencias civiles ex-delicto", En: Segundo Congreso Internacional de Derecho Penal, Lima, PUCP, 1997, p. 107.

pena principal o autónoma, de pena conjunta y de pena sustitutiva y, por excepción, para el delito de terrorismo, de pena accesoria[30]. Asimismo, para fijar su cuantía, debe estarse en vía de prognosis con las propias exigencias del tipo penal y a las reglas contenidas en los artículos 41° a 43° del Código Penal.

3. TUTELA CAUTELAR DE LAS MEDIDAS CONTRA LAS PERSONAS JURÍDICAS

El artículo 105° del Código Penal prevé la imposición de un tipo especial de sanción contra las personas jurídicas, que la rotula simplemente como "medidas". Estas medidas presentan cuatro modalidades: (i) clausura de locales o establecimientos, (ii) disolución, (iii) suspensión de actividades; y, (iv) prohibición de realizar actividades causalmente vinculadas al delito perpetrado. En estos cuatro supuestos, se decretará acumulativamente la intervención administrativa de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

HURTADO POZO señala al respecto que "sin embargo, su naturaleza permite pensar que se trata de sanciones impuestas a las personas jurídicas de manera simulada, (...) en tanto comportan graves privaciones y restricciones de derechos"[31].

Se acepta, entonces, como aclara SILVA SÁNCHEZ, la necesidad político criminal de sancionar directamente a las personas jurídicas en cuanto tales, en caso de cometerse un delito en su ámbito, y que tales sanciones –que constituyen un medio imprescindible para combatir, especialmente, la criminalidad de empresa– no sólo otorgan prioridad a las finalidades pragmáticas, sino que optan por una solución de inocuización radical[32].

---

[30] PRADO SALDARRIAGA, Víctor: "Problemas y desarrollos jurisprudenciales en la aplicación de la pena de multa". En: Segundo Congreso Internacional de Derecho Penal, Lima, PUCP, 1997. pp. 33 y 34.

[31] HURTADO POZO, José: "Personas jurídicas y responsabilidad penal". En: Anuario de Derecho Penal 1996, Lima, Grijley, 1997. p. 151. Empero, existen otras posiciones en la doctrina nacional [ver: por todos, REYNA ALFARO, Luis. ob. cit.].

[32] SILVA SÁNCHEZ: "La responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho Español". En: Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal. Barcelona, Bosch, 1995, pp. 360-362.

En la doctrina nacional, según lo dicho anteriormente, CASTILLO ALVA postula que las medidas contra las personas jurídicas tienen la naturaleza jurídica propia de las sanciones administrativas, las mismas que se imponen en un proceso penal y que se basan en la peligrosidad objetiva de la cosa, aun cuando no dejen de desempeñar finalidades preventivas[33]; a lo cual podría acotarse –siguiendo a FERNÁNDEZ TERUELO– que su naturaleza penal parece más evidente visto el hecho que están asociadas a la comisión de un delito y están en función a las garantías jurisdiccionales que ello supone[34].

Los presupuestos de su imposición, como señala Iván MEINI, son dos:

a) Que se cometa un hecho punible por una persona natural –sin que sea necesario que ostente un cargo o título al interior de la persona jurídica–, entendiéndose por "hecho punible" un hecho penalmente antijurídico, culpable y que merezca una pena a su autor o partícipe (su imposición, desde luego, no es posible al margen de la de una pena o medida de seguridad impuesta a la persona natural, miembro de la persona jurídica; de ahí su nota de accesoriedad)[35]; y,

b) Que el hecho punible se cometa, alternativamente: (i) en ejercicio de la actividad de la persona jurídica, lo que comprende todas aquellas conductas que materialmente han sido realizadas en ejercicio de su actividad social (utilización del sujeto activo de todas las posibilidades que tiene la persona jurídica de participar en el mercado y por ende de delinquir); o, (ii) utilizando la organización de la persona jurídica para favorecerlo o encubrirlo, lo que importa la realización de cualquier acto a través de la organización social que tenga como objetivo tanto brindar facilidades, ayudar o servir a la comisión del delito, como ocultar o disimular la comisión del delito o de sus efectos[36].

---

[33] CASTILLO ALVA, José Luis: "Las consecuencias jurídico-económicas del delito", Lima, Idemsa, 2001, p. 274.

[34] FERNÁNDES TERUELO, Javier: "Las consecuencias accesorias del artículo 129° del Código Penal" En: QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS (coordinadores), El nuevo Derecho Penal Español, Pamplona, Aranzadi, 2001. pp. 281-283.

[35] Ver: HURTADO POZO, José. Op. cit.; p. 152.

[36] MEINI MÉNDEZ, Iván: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", Lima, PUCP, 1999, pp. 197-202 y 208.

Sobre esa base, nuestro código: (i) acoge un sistema de *numerus apertus,* no la limita a los supuestos típicos respectivos (en la Parte Especial del Código no se mencionan estas medidas de modo específico, lo que es consecuencia de la opción asumida en la Parte General); y, (ii) la imposición de las medidas es de carácter facultativo, lo que se expresa en el vocablo "podrá", y que significa, apuntan BAJO y BACIGALUPO, que la ejecución de esta consecuencia accesoria puede, en determinadas circunstancias, ser suspendida(37).

El fundamento de estas medidas, según la posición de GRACIA MARTÍN, es la "peligrosidad objetiva" de la propia persona jurídica, que se pone de manifiesto en virtud de las acciones antijurídicas que realizan las personas físicas que actúan para ella y cuya organización se presta a ser instrumentalizada para la realización de actividades delictivas(38). Para otros, en especial ZUGALDÍA ESPINAR, estas medidas –aunque no las ha denominado así el legislador– son verdaderas penas y su imposición está en función a la propia culpabilidad de las personas jurídicas, esto es, a si la persona jurídica no ha omitido la adopción de ninguna de las medidas de precaución previstas para garantizar el desarrollo legal de la actividad de empresa y si el órgano actuante ha sido elegido por –y no impuesto a– la persona jurídica(39). Su carácter preventivo es marcado, pues tienden a evitar que el reo vuelva a tener posibilidades de acceder a una actividad en la que mostró sus tendencias delictivas(40).

En atención a lo expuesto, y atento a lo planteado por PRATS CANUT, el órgano jurisdiccional debe tener en consideración tres criterios materiales para la adopción de las medidas accesorias: (i) están en función a la evitación de la continuación de la actividad delictiva y a la evitación de los efectos de la misma, por tanto se deberá precisar en términos de

---

(37) BAJO y BACIGALUPO: Op. cit.; p. 156.

(38) GRACIA MARTÍN y otros: "Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal Español". Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 457.

(39) ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: Las "Consecuencias Accesorias" aplicables como penas a las personas jurídicas en el Código Penal Español". En: HURTADO POZO, José (director), Anuario de Derecho Penal, Lima, 1999. pp. 332 y 333.

(40) MAPELLI CAFARENA, Borja: Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal, En: Revista Penal, N° 1. Barcelona, Praxis, enero 1998. p. 53.

motivación de la sentencia la vinculación entre medida y fin perseguido; (ii) rige plenamente el principio de proporcionalidad, por lo que no es del caso adoptarlas cuando sean objetivamente desproporcionadas, aunque no se hayan satisfecho las responsabilidades civiles; y, (iii) en lo particular, la intervención de la empresa se adoptará con la finalidad de salvaguardar el derecho de los trabajadores (el código español también hace referencia a la protección del crédito de los acreedores).(41).

Como garantías procesales, coincidiendo con ZUGALDÍA ESPINAR, resulta exigible: (i) la incorporación como parte pasiva en el proceso penal, que por cierto es algo más que la previa audiencia a los representantes legales de la persona jurídica; (ii) vigencia del principio acusatorio, esto es, que su aplicación está condicionada a que el Ministerio Público las requiera en su acusación; y, (iii) su imposición se hará en la sentencia condenatoria, nunca en ejecución de sentencia, o sea en la fase de ejecución del fallo(42).

El citado artículo 105° del Código Penal, pese a su fuente española (propiamente de proyectos anteriores –año 1983– al vigente Código Penal), no estableció adicionalmente –de modo expreso– la posibilidad de dictar medidas cautelares durante la tramitación de la causa. El numeral 2 del artículo 129° del Código Penal español estatuyó que las medidas de clausura temporal de locales o establecimientos y la suspensión de actividades(43) podrán ser acordadas por el juez instructor también durante la tramitación de la causa.

---

(41) PRATS CANUT y otros: "Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal Español". Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 886. En este último supuesto, como apuntan CALDERÓN Y CHOCLÁN, será posible acordar la medida cautelar de "administración judicial de empresas", en tanto con ello se asegura la efectividad de la sentencia, salvaguardando los derechos de terceros, esto es, de los trabajadores y, por qué no, de los acreedores. CALDERÓN y CHOCLÁN. Derecho Procesal Penal. Madrid: Dykinson. 2002. p. 303.

(42) ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: Op. cit.; pp. 331 y 332. Un punto a cuidar con especial cuidado, conforme previene MORENO CATENA, es la participación de los representantes legales de la persona jurídica, justificada porque la titularidad de la misma puede estar en manos de personas absolutamente ajenas a la dinámica comisiva del delito, que se verían absolutamente indefensos ante una decisión que les afecta directamente sin posibilidad de ser oídos [GIMENO SENDRA, Vicente y otros: "Lecciones de Derecho Procesal Penal". Madrid: Colex, 2001. p. 302].

(43) La limitación de la función cautelar sólo a estas dos figuras es lógica, toda vez que aquellas consecuencias accesorias de carácter definitivo, como la clausura definitiva

La diferencia con el precepto hispano, por lo demás, no sólo radica en la previsión de medidas cautelares, sino en que: (i) estatuyó medidas contra personas jurídicas en 22 supuestos de la Parte Especial del Código Penal[44], sobre la base que éstas sólo se aplicarían "en los supuestos previstos en este código"; (ii) impuso la previa audiencia de los titulares o de los representantes legales de las personas jurídicas; y, (iii) fijó como límite el que deben estar orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma.

Las medidas cautelares, obviamente de naturaleza real y de claro contenido penal, vista la opción que se ha tomado en orden a las "medidas contra las personas jurídicas", están destinadas, como apunta GÓMEZ COLOMER, a garantizar que dichas consecuencias accesorias puedan ejecutarse en su día y, además, que no se seguirán cometiendo delitos como los que han dado lugar a la formación de la causa[45]. Como las medidas del artículo 105° del Código Penal tienen un carácter material, atento a su claro contenido aflictivo e inocuizador en palabras de TERRADILLOS BASOCO[46], y tratan de impedir la realización de hechos antijurídicos mediante el menoscabo o la reducción de posibilidades de actuación de la persona jurídica[47], es obvio que, igualmente, la imposición de medidas cautelares homólogas[48] a ellas estará condicionada no sólo a los dos presupuestos ya señalados: comisión de un hecho punible: (i) en ejercicio de la actividad social; o, (ii) utilizando su organización para favorecerlo encubrirlo, sino también a la real presencia de un defecto de organización en la persona jurídica que facilita la comisión de futuros delitos o, mejor dicho, en tanto existan elementos de

---

o la disolución, no pueden nunca ser impuestas de forma cautelar, que por definición, es provisional [BAJO y BACIGALUPO. Op. cit.; p. 158].

[44] Ver: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis: "Constitución y proceso penal", Madrid, Tecnos, 1996. pp. 191-193.

[45] Ibid.; p. 156.

[46] TERRADILLOS BOSOCO. "Las consecuencias jurídicas del delito", Madrid, Civitas, 1996. p. 219.

[47] Ver: GRACIA MARTÍN. Op. cit.; p. 462.

[48] La jurisprudencia menor, de la Corte Superior de Lima, ha establecido –de conformidad con el artículo 611 del Código Procesal Civil– la absoluta necesidad que la medida cautelar debe estar en función, debe reflejar la naturaleza, de la pretensión principal [ver. Ejecutoria superior del 26 de abril de 1996, expediente N° 437-96 Lima. En: SAGÁSTEGUI URTEAGA, Pedro, Jurisprudencia Proceso Cautelar. Lima, LEG, 2001, pp. 9 y 10].

convicción que la persona jurídica omitió necesarias medidas de precaución para garantizar el desarrollo leal de su actividad.

La característica arriba enunciada, por cierto, no la cumple el embargo ni el secuestro o incautación. La medida cautelar compatible con las características de las aludidas medidas necesariamente debe generar efectos innovativos y anticipativos de la pretensión[49] la persona jurídica puede sufrir la clausura temporal –es absurdo, como ya se anotó, tratándose de medidas cautelares, que la clausura de sus locales o establecimientos sea definitiva–, la suspensión de sus actividades o la prohibición temporal de determinadas actividades, pues eso precisamente es lo que en su día establecerá la sentencia condenatoria, que inclusive puede imponer clausura definitiva, disolución y prohibición definitiva.

Las medidas de clausura, suspensión y prohibición temporal, en vía cautelar, pretenden evitar que se utilice la persona jurídica para persistir en la conducta delictiva y se materializan en un mandato judicial de impedimento de continuar con esa actividad.

El problema que existe es que, pese al tiempo transcurrido desde la promulgación del nuevo Código Penal (¡más de 11 años!), aún no se ha dictado una ley que específicamente contemple una medida cautelar propia aplicable a las personas jurídicas, y que prevea el procedimiento respectivo para acordarlas o, en todo caso, remita taxativamente a un procedimiento cautelar vigente. El Código Penal, en su Parte Especial, sólo la contempla para los delitos ecológicos, aunque sin estatuir el procedimiento correspondiente.

---

[49] Las medidas cautelares anticipativas, ha precisado la Corte Superior de Lima, están destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de una sentencia definitiva [artículo 618° del Código Procesal Civil (Ejecutoria Superior del 14 de marzo de 1997, Expediente N° 45-97. En: SAGÁSTEGUI URTEAGA, Pedro: Op. cit.; p. 655)]. Las innovativas, a tenor de la ejecutoria superior del 30 de enero de 1998, están destinadas –con arreglo al artículo 682 del Código Procesal Civil– a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser el sustento de la demanda [Expediente N° 3847-97. En: SAGÁSTEGUI URTEAGA, Pedro. Op. cit.; p. 59]. La medida temporal sobre el fondo, aún cuando es excepcional, requiere la necesidad impostergable de su imposición, en función a la firmeza del fundamento de la imputación –de la demanda, en este caso– y de la prueba aportada [ejecutoria superior del 19 de octubre de 1998, Expediente N° 2243-98. SAGÁSTEGUI URTEAGA, Pedro. Op. cit.; p. 88].

Es de considerar, empero, que los artículos 674° y 682° del Código Procesal Civil prevén medidas anticipativas sobre el fondo y medidas innovativas. Las primeras consisten en la ejecución anticipada –integral o parcial– de lo que se va a decidir en el fallo, atento a razones de impostergable necesidad. La segunda busca reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser el sustento de la demanda, de la concreta pretensión. Las medidas cautelares idóneas a las medidas materiales previstas en el artículo 105° del Código Penal, tal como se ha sostenido anteriormente, tiene como finalidad esencial evitar la utilización de la persona jurídica en actividades criminales, siempre que sea razonable prever tal posibilidad en virtud de un defecto de organización de la misma o que no se haya adoptado las necesarias medidas de precaución para garantizar su funcionamiento legal.

Son, pues, razones preventivas las que sustentan su imposición. Las citadas medidas cautelares importan mandatos destinados a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y sus efectos; no sólo persiguen reponer un estado de hecho o de derecho, base de la pretensión el procedimiento principal, tanto más si, en el presente caso, el presupuesto de dicha medida cautelar está en función a un hecho delictivo realizado por una persona natural realizado en el marco de actuación de una persona jurídica. Siendo así, no existe ninguna razón jurídica o preventiva que impida su imposición, lo que se justifica en términos generales en el poder cautelar genérico propio de la jurisdicción.

Señala al respecto MORENO CATENA que al imponerse tales medidas resultará imprescindible respetar el *fumus boni iuris*, es decir que aparezcan indicios suficientes de la actividad delictiva en las personas jurídicas; y, por lo que respecta al periculum in mora, al tratarse de medidas satisfactivas o anticipatorias, será necesario que se pondere la incidencia de la medida en orden a prevenir la actividad delictiva y los efectos de la misma(50).

El artículo 314° del Código Penal prevé dos medidas cautelares radicadas exclusivamente en delitos ecológicos. Estas medidas cautelares deben dictarse obligatoriamente, por tanto, la ley presume con la sola comisión

(50) GIMENO SENDRA, Vicente y otros. Op. cit.; p. 302. La Corte Superior de Lima ha estipulado que para la procedencia de la medida cautelar es indispensable que el juzgador mida las consecuencias que ello puede ocasionar, dada la finalidad concreta del proceso cual es lograr la paz social en justicia [ejecutoria superior del 7 de noviembre de 1995, Expediente N° 1846-95. En: SAGÁSTEGUI URTEAGA, Pedro. Op. cit.; p. 34].

del delito el cumplimiento de sus presupuestos jurídicos, los cuales sin duda alguna se perpetran utilizando una empresa. Se trata de la suspensión inmediata de la actividad contaminante y de la clausura temporal del establecimiento.

Un error técnico de la citada norma es que contempla la posibilidad de una clausura definitiva del establecimiento o local fabril. Las medidas cautelares, por su propia naturaleza, siempre son provisionales (ello constituye un efecto de la instrumentalidad de las mismas) y, por ende, se extinguen al terminar el proceso principal, por lo que si se dicta sentencia condenatoria su extinción da paso a su eficacia ejecutiva(51).

Como se trata de medidas cautelares que tienen efectos innovativos y anticipativos de la medida material a dictarse, en caso se emita sentencia condenatoria, la disposición de estas medidas cautelares debe respetar, como condición general, la presencia de elementos de convicción suficientes que acrediten la existencia del delito ecológico y la vinculación del imputado al mismo; y, como exigencias cautelares específicas: (i) que el delito se cometió en ejercicio de la actividad de la empresa o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo; y, (ii) que existe peligro efectivo de contaminación ambiental en general de continuarse con las actividades de la empresa causalmente vinculadas al ilícito en cuestión.

Sin duda alguna no todos los delitos ecológicos previstos en el Título XIII del Libro II del Código Penal son pasibles de una medida cautelar como la contemplada en el artículo 314° del Código Penal, por lo que sólo considero viables a tal fin los tipos penales contenidos en los artículos 304°, 307° y 307°-A del citado Código: contaminación del medio ambiente; depósito, comercialización o vertido de desechos industriales; e, ingreso ilegal al territorio nacional de desechos peligrosos.

Las exigencias cautelares específicas ya mencionadas determinarán, a su vez, la intensidad y extensión de las medidas cautelares a imponerse; el principio de proporcionalidad servirá para dilucidar si es del caso fijar un término de duración de la suspensión o de la clausura, y a qué específica actividad o concreto establecimiento del conjunto de actividades y establecimientos de una empresa involucrará la prohibición judicial.

(51) Ver: SAN MARTÍN CASTRO, César: Op. cit.; p. 785.

No está demás precisar que, en defensa de la garantía genérica de defensa (artículo 139° inciso 14 de la Constitución) y, en su momento, para hacer factible el principio del contradictorio, la persona jurídica que ha de ser sujeto pasivo de la medida cautelar debe ser comprendida como parte acusada en el proceso penal, sea en el auto de apertura de instrucción o en una resolución ampliatoria; rigen, por tanto, las mismas reglas que para el tercero civil. Por otro lado, la resolución cautelar que se expida debe ser debidamente motivada (artículo 139° inciso 5 de la Constitución), con el correspondiente análisis probatorio y jurídico vinculado a las condiciones y a las específicas exigencias cautelares que la hacen viable.

4. TUTELAS CAUTELARES ESPECIALES

Nuestro ordenamiento procesal penal prevé tres medidas cautelares especiales, vinculadas a los delitos de (i) usurpación; (ii) tráfico ilícito de drogas; y, (iii) contra los derechos de autor y conexos, monetarios y aduaneros. La primera medida cautelar está prevista en los Decretos Legislativos N° 312, del 12 de noviembre de 1984, y N° 653, del 30 de Julio de 1991, y ha sido denominada "ministración provisional de la posesión"; la segunda está reconocida en el artículo 66° del Decreto Ley N° 22095, modificado por el Decreto Ley N° 22926, en el artículo 2° de la Ley N° 26332 y en el artículo 11° del Decreto Legislativo N° 824, que recibe el nombre de "destrucción de cultivos"; y, la tercera está desarrollada en el Decreto Legislativo N° 822, que modifica el artículo 221° del Código Penal, así como en las Leyes N° 26714 y 26461 y en el Decreto Ley N° 22095, referidas a la incautación de diversos bienes delictivos vinculados a los ilícitos penales contra los derechos de autor, monetarios, aduaneros y tráfico ilícito de drogas.

Los Decretos Legislativos N° 321 y 653 han incorporado una medida cautelar específica: la recuperación cautelar del bien usurpado. Está limitada a los delitos de usurpación de bienes, urbanos el primero y rústicos el segundo. Como tal, constituye una medida con efectos innovativos y anticipativos, por cuanto satisfacen provisionalmente un efecto, esta vez de carácter civil, de la condena por estos delitos: la devolución del bien usurpado, a que hacen referencia –como elemento general de la reparación civil– los artículos 93° inciso 1 y 94° del Código Penal.

La Corte Suprema, ratificando lo anterior, en ejecutoria de 25 de setiembre de 1992, señaló que "(l)a sentencia condenatoria dictada por

el delito de usurpación debe disponer la restitución del bien usurpado, objeto material del delito, pues ésta es consustancial a la condena por el referido ilícito"(52).

La recuperación cautelar del bien usurpado o, siguiendo el texto de la ley, "ministración provisional de la posesión", es una medida innovativa en tanto que apunta a una situación fáctica: la comisión del delito de usurpación que importa el despojo, total o parcial, del bien que ocupaba pacíficamente el agraviado, y está destinada a hacer cesar dicha conducta, poniendo término a los efectos permanentes del ilícito penal. Esto último implica necesariamente una verdadera innovación en el *status quo ante,* en virtud de la cual se pone término a una permanencia delictiva evitando la continuación de los efectos lesivos del ilícito sobre el agraviado. La Corte Superior de Lima, en esta misma perspectiva en la Ejecutoria de 16 de enero de 1998 ha precisado que la medida busca evitar que la alteración al derecho del agraviado se torne irreparable(53).

Esta medida, anota Jorge PEYRANO, busca realizar un cambio en el estado de hecho y se presenta como modificación anticipada de una situación jurídica(54). Su característica esencial, como enfatiza la propia norma, es su provisionalidad, tal como ha sido declarado por la Corte Superior de Lima en las ejecutorias de 20 de mayo de 1986(55) y de 13 de julio de 1998(56), la cual ha sido expresamente formulada en el Decreto Legislativo N° 653 al señalar en su artículo 11° que la ministración de posesión al denunciante se "(...) mantendrá a las resultas del proceso penal correspondiente".

Cabe puntualizar que en el artículo 161° *ab initio* del Código Procesal Penal de 1991, siguiendo al Proyecto CLARIA OLMEDO, bajo una concepción adecuadamente más amplia y comprensiva de diversos ilícitos penales, se configuró una medida innovativa penal que es del caso denominar "cesación cautelar de los efectos antijurídicos del delito", en virtud

(52) ROJJASI PELLA, Carmen: "Ejecutorias Supremas Penales" 1993-1996. Lima, Legrima, 1997, pp. 187-188.

(53) BACA CABRERA, Denyse y otros: "Jurisprudencia Penal-Procesos Sumarios", Lima, Gaceta Jurídica, 1999, p. 717.

(54) PEYRANO, Jorge: "Medida cautelar innovativa", Buenos Aires, Depalma, 1981, p. 13.

(55) PAREDES PÉREZ, Jorge: "Para conocer el Código Penal", Lima, Grijley, 1995, p. J-243.

(56) BACA CABRERA, Denyse y otros: Op. cit.; p. 715.

de la cual: "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, en buena cuenta, de una medida provisional que se proyecta al ámbito de los delitos de estado y permanentes, en tanto el estado antijurídico que se crea produce efectos indeseables sobre las cosas, siendo del caso hacerlos cesar inmediatamente. Compete al juez, como anotáramos en otro trabajo, evaluar si corresponde dictar esta medida, 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(57).

La recuperación cautelar del bien usurpado está sujeta al cumplimiento de una condición general muy exigente, en tanto se trata de un anticipo cautelar de la sentencia condenatoria. Se extiende a: (i) existencia de motivo fundado para suponer que se ha cometido el delito de usurpación; (ii) acreditación fehaciente del derecho del agraviado (el Decreto Legislativo N° 653 exige, en este supuesto, "instrumento fehacientemente probatorio del derecho del denunciante"); y, (iii) que el delito se haya cometido dentro del año anterior al auto de apertura de instrucción. Así lo ha ratificado la Corte Superior de Lima, en ejecutoria de 2 de diciembre de 1997 al exigir la concurrencia de los tres requisitos arriba puntualizados(58).

Vistos los eventuales resultados negativos de esta medida, el juez debe ser particularmente exigente especialmente en que se encuentren *prima facie* acreditados los extremos delictivos y el derecho del agraviado a la posesión del predio; la ley dice "acreditación fehaciente del derecho del agraviado", lo que exige elementos de prueba muy sólidos. Desde esta perspectiva, por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte Superior de Lima, por ejecutoria de 30 de junio de 1997, ha establecido que no tiene mérito probatorio, a los efectos de esta medida cautelar, una inspección técnico-policial realizada sin la presencia del Ministerio Público, y que el juez debe ampararse en prueba fehaciente judicialmente actuada(59).

---

(57) SAN MARTÍN CASTRO, César, Op. cit.; p. 887.

(58) LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel: "Jurisprudencia del Proceso Penal Sumario" 1996-1997, Lima, Grijley, 1999, pp. 315 y 316.

(59) Ibid.; pp. 313 y 314.

Según se ha expuesto, la exigencia cautelar tratándose de medidas cautelares reales está centrada en los riesgos que para la efectividad de la sentencia, en el extremo de recuperación del bien usurpado en favor de la víctima, puedan derivarse del tiempo necesario que debe transcurrir hasta su emanación. Existen obvias razones de orden público, derivadas de la propia comisión de un delito, para evitar que el imputado permanezca en posesión delictiva de un predio y de este modo perjudique aún más el legítimo derecho de la víctima. La eficacia del fallo penal depende, en este caso, de la actuación previa del órgano jurisdiccional, la demora en su actuación probablemente originaría un riesgo muy sensible de hacer nugatoria la tutela reclamada por la víctima; el perjuicio que sufriría sería irreparable, atento al tiempo transcurrido y a lo que significaría para su vida de relación verse despojado por un lapso de tiempo prolongado del bien que detentaba.

Como dato significativo del procedimiento cautelar innovativo se tiene, en primer lugar, que esta medida requiere una expresa petición cautelar del agraviado. Este último, a los efectos de su legitimación procesal, debe haberse constituido en parte civil, pues de otra forma no podría interponer solicitudes al juez, tal como está prescrito en el artículo 58° del Código de Procedimientos Penales de 1940. El Decreto Legislativo N° 653, parte de otra lógica, al estipular que tratándose de predios rústicos la medida se acuerda de oficio. Todo el procedimiento, a tenor de lo dispuesto en el artículo 635° Código Procesal Civil, se lleva a cabo en cuaderno aparte, que es del caso formar con las piezas más importantes del expediente principal.

En segundo lugar, que la resolución cautelar no se acuerda inmediatamente, sino que automáticamente se abre un período probatorio brevísimo en el que, en el plazo máximo de 48 horas, se actúa la diligencia de inspección ocular, en cuyo desarrollo las partes podrán actuar las pruebas que consideren conveniente. La limitación a la inspección ocular y a que en su desarrollo, de ser el caso, se lleven a cabo las diligencias inmediatas compatibles con esa diligencia, guarda armonía con la *summaria cognitio* propia de todo proceso cautelar.

La inspección ocular (artículo 170° Código de Procedimientos Penales de 1940), o mejor dicho, inspección judicial (artículo 272° Código Procesal Civil), enseña MONTÓN REDONDO, es un acto de investigación con el que el instructor comprueba, por sí, el lugar donde se han producido los hechos, así como las circunstancias concurrentes en su comisión y posibles vestigios,

objetos o huellas; y, que va dirigido a apreciar: (i) el lugar en que se sitúa la comisión de los hechos, debiendo indicarse todas sus peculiaridades; según el artículo 170° del Código de Procedimientos Penales de 1940: "(...) descripción del lugar del delito, el sitio y estado en que se hallen los objetos en el que se encuentren los accidentes del terreno o situación de las habitaciones y todos los demás detalles que puedan utilizarse (...) se levantará el plano suficientemente detallado o se hará 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"; (ii) circunstancias concurrentes en la perpetración del presunto delito; y, (iii) observación y conservación de objetos o elementos materiales que pudieran hallarse relacionados con este[60]. Ello significa que sólo se actuarán en dicho acto las diligencias compatibles con la finalidad de esa diligencia: el juez puede decidir que a la inspección judicial concurran peritos y testigos, a fin de que den los aportes que correspondan (el artículo 274° del Código Procesal Civil señala que en el acta que se levante al efecto no sólo se consignarán lo que es motivo de observación directa, sino que también debe contener un resumen pertinente de las observaciones de los peritos, los testigos, las partes y sus abogados). A dicha diligencia deben citarse a las partes para que puedan asistir a su realización, quedando claro que la incomparecencia de quien ha sido debidamente citado no tendrá consecuencias sobre su práctica[61].

En tercer lugar, efectuada la diligencia de inspección ocular, sin necesidad de otro acto de investigación, el juez debe dictar la resolución que corresponda, estimando o desestimando el petitorio cautelar. El Decreto Legislativo N° 653 fija al juez un plazo de dos días para dictar la resolución cautelar o la desestimatoria de la medida. La resolución cautelar ordenará la recuperación cautelar del predio en favor del agraviado, que se producirá en el término de 24 horas, bajo apercibimiento de ordenar la desocupación coactiva inmediata del predio y su entrega a la víctima. El Decreto Legislativo N° 653 señala que la desocupación coactiva debe producirse dentro del término de 48 horas de solicitado el apoyo de la fuerza pública. En toda la ejecución de la misma interviene el Secretario de la causa, de la que se levantará el acta correspondiente (artículo 641° del Código Procesal Civil).

---

[60] MONTÓN REDONDO y otros, "Derecho Jurisdiccional", Tomo III, Op. cit.; p. 185.

[61] Ibid.

En cuarto lugar, la resolución cautelar, por su propia naturaleza, es ejecutable inmediatamente. El recurso de apelación por el afectado con la medida no tiene efecto suspensivo y su concesorio está condicionado a la efectiva ejecución de la misma, tal como lo establece el artículo 537° del Código Procesal Civil. El Decreto Legislativo N° 653 estatuye, en esta misma perspectiva –lo que no obsta a la recuperación cautelar de bienes urbanos del Decreto Legislativo N° 312–, que "el juez, bajo responsabilidad no admitirá acción alguna que entorpezca la orden de desocupación. La apelación no interrumpe su ejecución". La regla, en estos casos, es la ejecución provisional de la resolución cautelar y que la impugnación procede siempre que el desalojo se haya producido, no antes.

Otra medida cautelar innovativa, que podemos rotular de "destrucción de cultivos", es aquella prevista en el artículo 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 compulsiva de coca o amapola, según el artículo 296-C del Código Penal), y la estatuida en el artículo 2° de la Ley N° 26332, vinculada al delito de cultivo de plantaciones de adormidera del artículo 296°-D del Código Penal. En estos casos, la ley prescribe que los cultivos serán destruidos, medida que el Decreto Legislativo N° 824 extiende a los cultivos de marihuana (¡qué no están criminalizados!).

En el primer caso, 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 (artículo 66°, Decreto Ley N° 22095, modificado por Decreto Ley N° 22926). En el segundo caso, la destrucción se realiza bajo el control y responsabilidad del fiscal provincial, levantándose a tal efecto el acta correspondiente (artículo 2°, Ley N° 26332).

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 cautelar 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 (artículo 159° inciso 4 de la Constitución), está sujeta a un posterior control judicial de legalidad.

La comisión de los delitos de publicación ilegal de obra ajena (artículo 216° del Código Penal), modificación, reproducción, distribución o difusión indebidas de obras (artículo 217° del Código Penal) y plagio (artículo 219° del Código Penal), puede dar lugar a un proceso cautelar conservativo específico. El artículo 221° del Código Penal 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".

El efecto conservativo de una medida cautelar, considerado como un campo intermedio entre el efecto meramente aseguratorio y el provisionalmente satisfactivo o innovativo, consiste en mantener, pero también en modificar el *status quo* inicial, como única solución para cautelar la efectividad de la tutela que se presta en el proceso principal. 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 principal, 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.

El propio Código Penal define la medida cautelar que cumplirá la finalidad esbozada. Los bienes vinculados al delito deben ser incautados. Ello significa que se trata, siguiendo a MAURACH, GÓSSEL y ZIPF, no de los *producta scaeleris,* sino de los objetos del hecho (caso de los ejemplares ilícitos)[62] y de los *instrumenta scaeleris* (caso de los aparatos y demás medios utilizados en la comisión delictiva).

En estos casos, la medida cautelar 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),* así como la correspondiente exigencia cautelar, que en estos casos, como reitera ORTELLS RAMOS, el presupuesto del *periculum in mora:* riesgo de indisponibilidad de las cosas delictivas, es la propia *ratio* de la norma que permite adoptarla, sin requerir que el juzgador deba comprobarla[63].

Existen otras normas que prevén incautaciones de bienes delictivos. Así tenemos: (i) el artículo 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); (ii) el artículo 12° de la Ley N° 26461. 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):* y, (iii) el artículo 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 artículo 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.

---

[62] MAURACH y otros: Op. cit.; p. 682.

[63] ORTELLS RAMOS y otros: Op. cit.; p. 442.

5. TUTELA CAUTELAR DE LA CONSECUENCIA ACCESORIA DEL DECOMISO

El Código Penal de 1924, dentro del Título IV del Libro I denominado "Penas, medidas de seguridad y otras medidas", incorporó en el artículo 46° la confiscación, estatuyendo que "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, aún cuando no pertenezcan al acusado".

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(64), mientras que PEÑA CABRERA precisaba que tenía como propósito, además de preventiva de infracciones, eliminar cosas o instrumentos peligrosos, de suerte que el decomiso 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(65).

El nuevo Código Penal (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 consecuencias 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 (artículo 102°), la privación de beneficios de las personas jurídicas (artículo 104°) y las medidas contra personas jurídicas (artículo 105°).

El artículo 102° del Código Penal 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".

---

(64) BRAMONT ARIAS, Luis: Código Penal, Lima, El Ferrocarril, 1996, p. 114.

(65) PEÑA CABRERA, Raúl: Derecho Penal Peruano-Parte General, Lima, Sesator, 1977, p. 370.

Por su parte, el artículo 104° del Código Penal 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(66). BRAMONT ARIAS y BRAMONT-ARIAS TORRES sostienen que el decomiso tiene naturaleza de pena, aunque tenga una clara utilidad para la indemnización del daño, y está dirigido a la prevención de los delitos quitándole al delincuente las cosas relacionadas con el delito cometido o por sí mismas peligrosas(67).

Por nuestra parte, siguiendo a GRACIA MARTÍN, es de puntualizar que podría tratarse de una nueva consecuencia del delito(68), 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(69). En todo caso, su carácter complejo resulta inobjetable(70), así como su naturaleza peculiar, al no responder a la prevención a través de la motivación ni a la retribución –lógica de las penas– ni a la necesidad de tratar la peligrosidad del sujeto –lógica de las medidas de seguridad–(71).

De cara a lo que debe decirse del secuestro o incautación cautelar, es del caso precisar lo siguiente respecto del decomiso:

---

(66) PEÑA CABRERA, Raúl: "Tratado de Derecho penal - Parte General", Lima, Grijley, 1999. p. 695.

(67) Op. cit.; p. 317.

(68) GRACIA MARTÍN y otros. Op. cit.; p. 439.

(69) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros: "Lecciones de Derecho Penal - Parte General", Barcelona, Praxis, 1996, pp. 361 y 362.

(70) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: Op. cit.; p. 786.

(71) MIR PUIG, Santiago: "Derecho Penal", Barcelona, PPU, 1996. p. 788.

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: (i) decomiso de efectos *(producta scaeleris)*, que recae en los objetos que son obtenidos con la conducta típica, tanto inmediatos como mediatos; (ii) decomiso de instrumentos *(instrumenta scaeleris)*, que afecta a los bienes que el autor ha utilizado para cometer el delito, entendiéndose que se trata de un delito doloso, toda vez que, como enseña Fontán Balestra, importa la finalidad de realizar el tipo objetivo[72]; y, (iii) 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 Código Penal vigente, a diferencia del anterior, no se impone como consecuencia directa de una condena. Según Hans Heinrich JESCHECK sólo resulta necesario que exista un hecho antijurídico doloso[73]. 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

---

[72] FONTÁN BALESTRA, Carlos: "Tratado de Derecho Penal", Tomo III, Buenos Aires, Abelado Prelot, 1980. p. 266.

[73] JESCHECK, Hans Heinrich, Op. cit.; Volumen II, p. 1103.

sobre el bien exista un derecho de cuota, en aquellos casos en que es permitido hacerlo.

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 *producto 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 y 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[74]. 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[75].

En cuanto a la incautación o secuestro, los artículos 170° y 171° del Código de Procedimientos Penales de 1940 señalan que el sujeto de esta medida es el juez penal (anteriormente, el artículo 59° Código de Procedimientos Penales de 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 (ver: artículos 641° y 644° del Código Procesal Civil).

La incautación será cautelar cuando tiene como objeto efectos e instrumentos del delito y beneficios obtenidos por las personas jurídicas (artículos 102° y 104° del Código Penal) 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.

---

[74] MAURACH y otros: Op. cit.; p. 682.

[75] Ver: GRACIA MARTÍN y otros: Op. cit.; p. 451.

El secuestro cautelar, en tanto medida limitativa de derechos fundamentales (recuérdese que según el artículo 2°, inciso 16 de la Constitución Nacional el derecho de propiedad tiene carácter fundamental), debe disponerse por el juez mediante resolución debidamente fundamentada (artículo 139° inciso 5 de la Constitución) y acorde con el principio de proporcionalidad. Para estos efectos, conforme a los presupuestos materiales de toda medida cautelar, 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 artículos 59° y 63° del Código de Procedimientos Penales de 1940 y 4° inciso 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, solo 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.

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, etcétera, cuya custodia se entrega a órganos administrativos *ad hoc* o a los Ministerios del Interior o de Justicia.

Cabe acotar que el artículo 643° del Código de Procedimientos Penales 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 artículos

102° y 104° del Código Penal, 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 Código Procesal Civil y las específicas del ordenamiento punitivo ya citadas(76).

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.

El Código de Procedimientos Penales de 1940 no desarrolla las modalidades que puede revestir el secuestro o incautación cautelar. 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 artículo 643° del Código Procesal Civil) o impuesto por la ley de ser el caso; y, concurrente o alternativamente, su inscripción si se trata de bienes registrados (artículo 656° del Código Procesal Civil). Por otro lado, si se está ante inversiones delictivas o frente a ganancias o beneficios delictivos de las personas jurídicas en el supuesto del artículo 104° del Código Penal, la incautación podrá tomar la forma de retención (bienes en posesión de terceros, artículo 657° del Código Procesal Civil) o de intervención en recaudación destinada a ocupar sus ingresos (artículo 661° del Código Procesal Civil). De igual manera, si se establece la constitución de empresas, intrínsecamente delictivas como fachada de actividades criminales o formada con el producto inmediato o mediato del delito para intervenir en el mercado (es muy importante, en el caso del lavado de activos, artículo 296°-A y B del Código Penal) corresponde dictar un secuestro en forma de administración (artículo 669° del Código Penal). 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.

(76) Ver: RIVAS, Adolfo A.: "Las medidas cautelares en el proceso civil peruano", Lima, Rodhas, 2000, pp. 138, 139 y 149.

Cuando se afecte a una persona jurídica, en tanto se trate 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 (ver: artículo 7° de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Sin duda alguna, como se ha expuesto, la incautación o secuestro cautelar es una medida limitativa de derechos fundamentales (ex artículo 2° inciso 16 de la Constitución) y, como 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 restringír 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 (artículos 2°, inciso 24, literal f) y 2° inciso 9 de la Constitución). Aparte de esta autorización expresa 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[77]. 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.

---

[77] SCHLÜCHTER, Ellen: "Derecho Procesal Penal", Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 77.

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 prevencional, 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(78), pueda llevar a cabo actos de coerción directos tratándose de ámbitos no reservados exclusivamente 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.

6. TUTELA CAUTELAR DE LA REPARACIÓN CIVIL.

6.1. La reparación civil

El artículo 92° del Código Penal, que –siguiendo la exposición propuesta por Alonso ROMERO– opta por los modelos austríaco y portugués(79), establece que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena. Rige, pues, según nuestra legislación punitiva, un sistema de interdependencia o de unidad procesal entre las acciones civil (pretensión) y penal, en cuya virtud el hecho punible también origina obligaciones civiles(80)–. Esto último es así porque no hay un ilícito civil ni otro penal: el ilícito es uno(81).

---

(78) La Sentencia N° 5-2001-AI/TC Lima, del 15 de noviembre del 2001, 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, Sábado 17 de noviembre del 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.

(79) ARANGUINA FANEGO, Coral: "Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español", pp. 230-243.

(80) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: "Derecho Penal-Parte General", Bogotá, Temis, 1997, p. 779. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Op. cit.; p. 346.

(81) PEÑA CABRERA, Raúl: Op. cit.; p. 691.

Lo expuesto, desde luego, no significa, como equivocadamente anota ZARZOSA CAMPOS[82], que la reparación civil tiene naturaleza pública. La naturaleza de derecho de realización del Derecho Procesal Penal no puede "sustituir" o "transformar" en público lo que por imperio del derecho material es privado, en tanto se sustenta en el daño causado, producto de un acto ilícito. En esta misma perspectiva tiene razón VASALLO SAMBUCETI cuando anota que: "la obligación de reparación por el daño material o moral causado, supone un deber jurídico que escapa a la esfera integral del Derecho Penal. De hecho, se trata de una obligación de naturaleza básicamente patrimonial y con objetivos expresamente indemnizatorios, consecuentemente, y dado que goza de un esquema idéntico al de la responsabilidad civil, encuentra su sustento jurídico en el Derecho Civil, es decir, en el derecho privado"[83].

Son concluyentes al respecto MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN. En tanto la responsabilidad civil es transmisible a terceros, no proporcionada con el delito y disponible por el perjudicado, su naturaleza es civil. Ello en cambio –y sin negar lo anterior– no significa que el ilícito penal y el ilícito civil sean esencialmente distintos, pues su regulación como uno u otro depende del interés político criminal del Estado y de cómo se aplique el principio de *ultima ratio*[84].

La antijuridicidad es uno de los requisitos fundamentales de la responsabilidad civil en general, en tanto que la obligación legal de indemnizar nace cuando se causa daño a otro u otros mediante un comportamiento que no es amparado por el Derecho, por contravenir una norma imperativa, los principios que conforman el orden público o las reglas de convivencia social que constituyen las buenas costumbres. La responsabilidad civil, en consecuencia, se afirmará en tanto se causa un daño mediante una conducta, existiendo la relación de causalidad adecuada y los factores de atribución

---

[82] ZARZOSA CAMPOS, Carlos: "La reparación civil del ilícito penal", Trujillo, Rodhas, 2001, p. 168.

[83] VASALLO SANBUCETI, Efraín: "La acción civil en el proceso penal", Lima, San Marcos, 2000, p. 37. Dicho autor insiste: "el daño es el elemento constitutivo central de la responsabilidad civil. Comprendemos que el daño es todo menoscabo, detrimento, perjuicio o disminución que sufre el sujeto en su esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial" [Op. cit.; p. 260].

[84] MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes: "Derecho Penal-Parte General", Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 677.

correspondientes. Enseña sobre el particular TABOADA CÓRDOVA que, en cualquier caso, ante una conducta tipificada como delito, cuando se haya causado daño efectivamente, el autor del delito no sólo será responsable penalmente, sino también civilmente, siendo merecedor por ello, no sólo de una pena sino también de una obligación de indemnizar a la víctima, impuesta por la ley(85).

Por consiguiente, en el proceso penal peruano se acumulan obligatoriamente el objeto penal y el objeto civil(86). Señala VILLA STEIN que "criterios de economía procesal y de justicia deben hacer de la justicia penal en este extremo, un instrumento tanto o más efectivo que la privada del Derecho Civil, para evitar a los agraviados de un delito que, en procura de un mejor resarcimiento, acudan a la vía civil duplicando esfuerzos, agudizando conflictos y recargando al sistema de justicia que debiera de una vez por todas zanjar el conflicto originado en la infracción de la norma"(87).

El Ministerio Público, independientemente de la voluntad de la víctima, de instar en sede penal el pago de la reparación civil, debe perseguir su satisfacción (artículo 1° de la Ley Orgánica del Ministerio Público) e incluirla en su acusación (artículo 225° inciso 4 del Código de Procedimientos Penales del 1940)(88). A su vez, el órgano jurisdiccional, en caso expida sentencia condenatoria, debe fijar el monto de la reparación civil, indicar la persona que debe percibirla y precisar los obligados a satisfacerla (artículo 285° del Código de Procedimientos Penales del 1940). Ello, por cierto,

(85) TABOADA CÓRDOVA, Lizardo: "Elementos de la responsabilidad civil", Lima, Grijley, 2001, pp. 35, 36 y 40. Otro autor incorpora como un elemento constitutivo de la responsabilidad civil, la imputabilidad o capacidad de imputación, en rigor es un *prius* frente a todo el sistema de responsabilidad civil, exigir la presencia de todos aquellos elementos que permitan comprobar la presencia de discernimiento en el sujeto [ESPINOZA ESPINOZA, Juan: "Derecho de la responsabilidad civil", Lima, Gaceta Jurídica, 2002, pp. 55, 57 y 60].

(86) La Corte Superior de Lima en una Ejecutoria de 30 de junio de 1986 estimó que en efecto, la exigencia del pago de la reparación civil es de carácter civil [Corte Superior de Lima-Jurisprudencia Penal: SAN MARTÍN Y VILLAVICENCIO (coordinadores generales), Lima, Cuzco, 1988, p. 112].

(87) VILLA STEIN, Javier: Derecho Penal-Parte General, Lima, San Marcos. 1998. p. 502.

(88) La jurisprudencia suprema, concordante con este mandato legal, que tiene su precedente en el artículo 65° del Código Penal de 1924, estableció que es obligación del fiscal, al formular acusación, solicitar la correspondiente reparación civil (Ejecutoria suprema del 15 de mayo de 1935. En: "Revista de los Tribunales", Lima, 1935. p. 154).

no significa que "(...) la institución de la parte civil o bien tiene carácter prescindible (o lo que es más: no tiene razón de ser), o bien su función tiene como objetivo principal el lograr la indemnización de los daños o perjuicios o la restitución de la cosa, 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'"[89]. Sencillamente expresa una óptica procesal de clara legitimación a favor del Ministerio Público para actuar en defensa de la víctima, la cual por cierto tiene la opción de apersonarse en el proceso penal para instar la pretensión civil o de incoar un proceso en sede civil.

Es patente, sin embargo, que no cabe que el juez penal ordene de oficio, en la sentencia condenatoria, la indemnización del daño causado por el delito, que por lo demás es el reflejo de la teoría positivista que equipara la reparación del daño a la pena. Como apunta, VÉLEZ MARICONDE, la reparación es y será siempre un derecho subjetivo del damnificado, de ahí que la intervención del Ministerio Público sólo puede reconocer y no menoscabar de derecho del damnificado, al punto que, en defensa de los intereses de la víctima, debe ejercer la acción civil cuando su titular le delegue su ejercicio o sea incapaz de hacer valer sus derechos (verbigracia: precaria situación económica, temor de afrontar los gastos de un juicio, que se suma a los daños ya sufridos) y no tenga quien lo represente[90].

En el Derecho peruano –es de insistir– la pretensión civil debe ser ejercida conjuntamente con la penal por el Ministerio Público, pero ello no puede interpretarse en el sentido que si la víctima se apersona como actor civil la posición del fiscal debe ceder o auto limitarse. Ello importa, sencillamente, que el juez tendrá en cuenta que la pretensión se ejerce por ambas partes y que, en todo caso, debe primar –por la naturaleza privada de la pretensión– la que inste la víctima, al punto que si se desiste o renuncia a su ejercicio o si su pretensión es de menor entidad que la del fiscal, tal posición debe prevaler a los efectos de la decisión judicial. El Ministerio Público actúa –por imperio de la ley–[91] para defender el interés de la

---

[89] CASTILLO ALVA, José Luis: "Las consecuencias jurídico-económicas del delito", Lima, Idems. p. 85.

[90] VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: "Derecho Procesal Penal", Tomo I, Córdova, Marcos Lerner, pp. 302-310.

[91] Esto es lo que se denomina "legitimación extraordinaria por imperio de la ley" [apunta ASENCIO MELLADO que en estos casos la ley confiere legitimación a determinados

víctima, de suerte que cuando ésta se apersona en el proceso el ámbito de la pretensión, en cuanto al principio de congruencia, debe relacionarse con esta y no con la exigida por el fiscal. Rechazar sin más la opción de la ley, sin atender a las matizaciones que se plantean, significa desconocer aspectos liminares del Derecho procesal y la naturaleza de la función del Ministerio Público en los sistemas eurocontinentales(92); siendo impropio sostener que porque en determinados casos por expresa voluntad de la víctima constituida en actor civil exista en rigor un litisconsorcio activo, se afecta el principio de igualdad de armas; la pluralidad de partes, propia de un litisconsorcio, reconocido y regulado por la ley procesal, no puede considerarse expresión de una lesión a la igualdad procesal(93).

Por todo ello es de acotar, por la naturaleza privada de una pretensión civil, como en su día apuntó el Supremo Tribunal, que no procede aumentar el monto de la reparación civil fuera del *petitum* del fiscal o del actor civil(94). La reparación se rige por el principio del daño causado(95) y debe establecerse de modo individualizado precisando al sujeto obligado y a su titular(96), así

---

sujetos para intervenir en cualquier posición procesal aún cuando no sean titulares de la relación jurídica debatida, que es lo que en Alemania se denomina "facultad de conducción procesal"]. ASENCIO MELLADO, José María: "Derecho Procesal Civil-Parte Primera". Valencia: Tirant lo Blanch. 1997. p. 62.

(92) En contra: CASTILLO ALVA, José Luis. Op. cit.: pp. 86-90.

(93) CASTILLO ALVA, José Luis. Op. cit.; p. 85. Cabe agregar que un objetivo esencial del proceso penal moderno, esto es, como apunta GIMENO SENDRA, un ámbito funcional del Derecho Procesal Penal es que éste se constituya en un instrumento útil para la reparación de la víctima [SAN MARTÍN CASTRO, César: Op. cit., Tomo I, p. 10] por lo que prescribir que en él se persiga obligatoriamente la reparación civil, sin perjuicio de reconocer [aposición preferente de la víctima que al punto de poder hacer valer su derecho indemnizatorio en sede civil o en el mismo proceso penal, en nada afecta o vulnera principio o garantía procesal alguna o, en su caso, el derecho sustantivo. La jurisprudencia regional de la CIDH insiste en este punto de vista y no se pone a cuestionar si esta debe ser parte o no, solo que en el proceso se le debe reparar, lo que constituye una obligación del Estado (sentencia de la CIDH. 29 de julio de 1988, caso Velásquez Rodríguez). Cfr. CAFFERATA NORES, José "I. Proceso penal y derechos humanos": Buenos Aires: Del Puerto, 2000. p. 57.

(94) Ejecutoria suprema del 30 de noviembre de 1949. En: "Revista de Jurisprudencia Peruana", 1950, p. 82.

(95) Ejecutoria suprema del 17 de noviembre de 1997. En: ROJAS VARGAS, Fidel: "Jurisprudencia Penal", Tomo I, Lima, Gaceta Jurídica, 1999. p. 259.

(96) Ejecutoria suprema del 13 de octubre de 1992. En: PRADO SALDARRIAGA, Víctor: "Derecho Penal. Jueces y Jurisprudencia", p. 414.

como fijarse en moneda de circulación oficial[97], nunca en unidades de referencia procesal o en dólares americanos[98].

La Corte Suprema ha declarado nulas las sentencias que omiten pronunciarse sobre ese extremo[99]; empero, cierta jurisprudencia superior, siguiendo el pensamiento doctrinal mayoritario ha establecido, por ejemplo, que en los delitos de peligro (se trata en el caso revisado de un delito de tenencia ilegal de armas) no cabe imposición de reparación civil porque "no ha ocasionado daño patrimonial"[100]. Para que la conducta sea ilícita debe generar un daño, que es lo que se indemniza; daño que, como apunta PALACIOS PIMENTEL, debe ser cierto y actual, ya producido y consecuencia de la conducta ilícita, con la que debe haber una relación de causalidad; y, puede definirse como "todo detrimento o menoscabo físico o moral sufrido por el acreedor (la víctima)" por causa de la conducta delictiva[101].

La jurisprudencia suprema, además, ha considerado que si se declara la prescripción de la acción penal o si se absuelve al imputado no cabe que éste responda civilmente[102]; en el caso de prescripción de la ejecución de la reparación civil, la Corte Suprema precisó, primero, que el término de prescripción empieza a computarse desde el día de la expedición de la sentencia que pone fin al proceso[103]; y, segundo, que es de aplicación el artículo 2001° del Código Civil y, por tanto, el término es de diez años[104].

---

[97] Ejecutoria suprema del 9 de setiembre de 1997. En: Ibid.; p. 412.

[98] Ejecutoria suprema del 7 de octubre de 1997. En: ROJAS VARGAS, Fidel: Op. cit.; p. 259. Ejecutoria suprema del 14 de diciembre de 1994; En: ROJJASI PELLA, Carmen: Op. cit. p. 148.

[99] "Revista de Jurisprudencia Peruana", 1974, p. 865.

[100] Ejecutoria superior del Cono Norte de Lima, expediente N° 200-232, del 9 de agosto del 2000. En: ROJAS VARGAS, Fidel: "Jurisprudencia Penal Patrimonial 1998-2000". Tomo 1, Lima, Grijley, 2000, p. 237-242.

[101] PALACIOS PIMENTEL, Gustavo: "Elementos de derecho civil peruano", Tomo I, Lima, Eddili, pp. 125 y 500.

[102] Ejecutoria suprema del 13 de mayo de 1930. En: Revista Anales Judiciales, Lima, 1930, p. 111. Ejecutoria suprema del 17 de agosto de 1940. En: Revista de los Tribunales. Lima, 1940, p. 382.

[103] Ejecutoria suprema del 13 de mayo de 1930. En: RONCALLA VALDIVIA, Lino. Jurisprudencia en Materia Procesal Penal, Lima, Eddili, 1984. p. 98.

[104] Ejecutoria suprema del 25 de noviembre de 1996. En: ROJAS VARGAS, Fidel. Jurisprudencia Suprema, Tomo 1. p. 271.

Es de tener presente, no obstante ello, como precisa CURY URZÚA, que "no siempre que desaparece el interés social en castigar un hecho cede, al mismo tiempo, el derecho del particular afectado a la reparación del daño que se le ha causado", respecto del que debe tomarse en consideración supuestos de exclusión de la acción u omisión, de ausencia de tipicidad, de exclusión de elementos que integran la faz objetiva del tipo, de la ausencia de un elemento subjetivo anómalo del tipo, de la presencia de causas justificativas, de la inimputabilidad, de la concurrencia de causales de exculpación o de la existencia de un error de prohibición(105). La Corte Suprema ha estipulado que el cumplimiento de la reparación civil se persigue de acuerdo con los numerales 95° y 101° del Código Penal(106).

El objeto de la reparación civil, de naturaleza patrimonial, comprende dos clases de acciones: (i) la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor: acciones restitutoria y, en su defecto o concurrentemente, reparatoria, si el bien recuperado ha sufrido algún desmedro; y, (ii) la indemnización de los daños y perjuicios materiales y morales (acción indemnizatoria). La Corte Superior de Lima en ejecutoria del 30 de junio de 1997, sobre esa base, ha resuelto que para determinar el monto de la reparación civil se deberá tomar en consideración el daño emergente (desmedro patrimonial sufrido por la víctima), el lucro cesante (utilidad que el perjudicado dejó de percibir con el hecho delictivo) y el daño a la persona(107); de igual manera, mediante ejecutoria del 9 de diciembre de 1997 ha establecido que también corresponde imponer el pago de los intereses legales(108).

Aclara al respecto Emilio GÓMEZ ORBANEJA que la acción de restitución no pertenece técnicamente a la institución jurídica de la reparación del daño, dado que sus efectos más que reparar los efectos nocivos del delito, lo que trata es de evitarlos en todo o en parte, la cual además se entiende no necesariamente con el autor del delito sino con quien tenga el bien en su poder(109). Al

(105) CURY URZÚA: "Derecho Penal-Parte General", Tomo II, Santiago, Jurídica de Chile, 1985, pp. 457-459.

(106) Ejecutoria suprema del 13 de diciembre de 1996. En: GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo, "Jurisprudencia Penal", Tomo III, Lima, Idemsa. p. 49.

(107) LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel, Op. cit.; p. 16.

(108) Ibid.; p. 425.

(109) GÓMEZ ORBANEJA, Emilio: "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal", Tomo II, Barcelona, Boscli, 1947, pp. 348-350.

respecto, y en esa misma línea, el artículo 94° del Código Penal estatuye que la restitución se hace con el mismo bien aunque se halle en poder de terceros.

Es de tener presente, como puntualiza José Luis VÁSQUEZ SOTELO, que de un delito no se deriva necesariamente responsabilidad civil, que exige necesariamente de un daño, pues ello es propio de los delitos de lesión, que suponen un ataque consumado a los bienes protegidos, y puede faltar en los delitos puramente formales o de peligro, o cuando la acción delictiva fue meramente intentada, aunque cabe acotar que la ausencia de responsabilidad civil dependerá que los primeros pasos del *iter criminis;* no hayan podido llegar a constituir un ilícito civil que haya generado consecuencias dañosas que deben ser resarcidas, lo que también puede ocurrir con los delitos formales(110).

Cabe señalar, finalmente, que si bien es obvia la naturaleza civil de la reparación civil, el Código Penal al incluirla y regularla en algunos aspectos con características propias (ver: artículos 94°, 97° y 100° del Código Penal), demuestra que también le atribuye el valor de medio de lucha contra el delito, "tanto más que si la pena es un mal, la reparación civil también lo es, a punto tal que, muchas veces, ocasiona al autor o partícipe del injusto un dolor más intenso que la misma pena"(111). No obstante ello, vista su naturaleza civil, para la materialización de su pago deben utilizarse los mecanismos procesales de carácter civil(112).

6.2. El embargo

El embargo, en cuanto medida cautelar real adecuada y expresamente prevista para garantizar la reparación civil por el artículo 94° del Código de Procedimientos Penales de 1940 modificado por el Decreto Ley N° 21895, es 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

(110) VÁSQUEZ SOTELO, José Luis: "El ejercicio de la acción civil en el proceso penal", En: Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1994, p. 107.

(111) BRAMONT ARIAS y BRAMONT-ARIAS TORRES: "Código Penal Anotado", Lima, San Marcos, 1998, p. 311.

(112) Ejecutoria suprema del 15 de diciembre de 1997. En: ROJAS VARGAS, Fidel: Op. cit.; pp. 257 y 258.

litigiosas[113]. Como tal, en palabras de GARBERÍ LLOBREGAT, busca lograr el aseguramiento anticipado de las eventuales responsabilidades civiles en que, en su caso, pueda incurrir el sujeto pasivo de un proceso penal[114].

El sujeto pasivo de la medida es el autor o partícipe del delito. También lo es el tercero civil (ver: artículo 90° del Código Penal y numerales 1975, 1976 y 1985 del Código Civil), quien para tales efectos debe ser emplazado judicialmente[115]. El responsable en este último caso, puede ser –según las circunstancias– tanto personas naturales cuanto jurídicas; como tal, presupone –al decir de José LEÓN BARANDIARÁN– el agente, el autor directo del daño, y otra persona que en virtud de determinadas consideraciones legales, debe responder por tal daño causado por otro[116].

La responsabilidad del tercero, siempre es por riesgo y, además, solidaria (ver: 1975 y 1981 del Código Civil); en el caso del daño criminal causado por el incapaz sin discernimiento, la responsabilidad civil es exclusiva del representante legal (ver: artículo 1976 del Código Civil)[117]. La reparación civil, siendo solidaria, permite exigir el pago de la totalidad de la prestación al autor indirecto o subsidiario[118]. 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 consideraba como tal (ver: ejecutoria suprema del 27 de abril de 1938)

---

[113] CASTÁN TOBEÑAS, José. Voz: "embargo", En: "Nueva Enciclopedia Jurídica", Tomo VIII, Barcelona, Francisco Seix. 1993. pp. 237 y 238.

[114] GIMENO SENDRA, Vicente y otros: "Los procesos penales", Tomo IV, Barcelona, Bosch, 2000, p. 525.

[115] El Tribunal Supremo por ejecutoria del 25 de octubre de 1945 (en: "Revista de Jurisprudencia Peruana", 1946, p. 206) señaló que: "no procede compeler la concurrencia obligatoria del tercero responsable civilmente, al que solo se citará para la audiencia".

[116] LEÓN BARIANDARÁN, José: "Comentarios al Código Civil Peruano", Tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1954. pp. 447 y 448.

[117] 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* (ver: (i) ejecutoria suprema del 9 de mayo de 1930; En: "Revista Anales Judiciales", 1930, p. 104; (ii) ejecutoria suprema del 13 de setiembre de 1952. En: "Revista de Jurisprudencia Peruana", 1953, p. 484; (iii) ejecutoria suprema del 13 de julio de 1938. En: "Revista de los Tribunales", 1938, p. 225).

[118] GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. "La reparación civil en el proceso penal", Lima, Idemsa, 1999, p. 219.

(119). Puede ser directa (verbigracia: daños del incapaz conforme a los artículos 1975° y 1976° del Código Civil) o indirecta o especial (verbigracia: daños del dependiente, artículo 1981 del Código Civil). 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 autor directo del daño sino en persona distinta; es la responsabilidad por hecho ajeno impuesta por razones legales(120).

Señala Juan 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(121). Ello, sin embargo, para nuestra legislación no es de recibo. Es cierto que debe haber un responsable directo (ver: artículo 1975°, 1976° y 1981° del Código Civil), 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 artículo 100° del Código de Procedimientos Penales establece que el embargo sólo procederá en ese caso cuando se descarta 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 responsabilidad 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 artículo 95° del Código Penal– que la indicada norma procesal está abrogada por no responder a los criterios jurídicos en que ésta se sustenta(122).

---

(119) "Revista de los Tribunales", 1938. p. 290. En: CASTAÑEDA, Jorge Eugenio: "Código Civil Anotado", Lima, Mejía Baca, 1955. p. 315. LEÓN BARANDIARÁN, José, Op. cit.; p. 460.

(120) PALACIOS PIMENTEL, Gustavo: Op. cit.; Tomo I. p. 134.

(121) MONTERO AROCA, Juan: "Entre la trasgresión criminal y la responsabilidad por el resarcimiento". En: "Ensayos de derecho procesal", Barcelona, José María Bosch, 1996, p. 642.

(122) En contra: GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: Op. 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.

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 lado, contradictoriamente, que el tercero civil debe ser citado por una posible insolvencia del responsable directo, quien si está en condiciones de pagarla, no le corresponde hacerlo al tercero civil(123). 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.

Las notas específicas que es del caso destacar, son las siguientes:

a) Que la resolución cautelar de embargo, aun cuando el artículo 94° del Código de Procedimientos Penales de 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 suficiente garantizada, entre otros factores(124): *periculum in mora.*

El embargo es obligatorio cuando se haya dictado mandato de detención contra el imputado y facultativo en los demás casos. El embargo requiere que el juez motive acerca de la condición general de la medida y la exigencia cautelar específica. Al respecto, Domingo 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, el mismo que procederá más adelante si las pruebas actuadas ulteriormente acreditan la responsabilidad del mismo(125).

El embargo se traba de oficio o a pedido del fiscal o del actor civil (ver: artículo 95° inciso 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo

(123) GARCÍA RADA, Domingo: "Manual de Derecho Procesal Penal", Lima, Eddili, 1984, p. 107.

(124) RIVAS A., Adolfo: "Las medidas cautelares", Lima, Rodhas, 2000, pp. 41 y 42.

(125) GARCÍA RADA, Domingo: Op. cit.; p. 149.

94° del Código de Procedimientos Penales). El auto que lo acepta, siempre motivado, se dicta bajo el principio *inaudito 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 artículo 87° del Código Procesal Civil.

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. A nuestro juicio, como lo explicamos en el parágrafo anterior, no hace falta establecer, aún mediante sospechas simples, que el autor directo o imputado tenga la condición de insolvente; la solidaridad que impone la ley material, dictada inclusive con posterioridad al Código de Procedimientos Penales, así lo exige. GARCÍA RADA, en otro trabajo, precisó que el ante proyecto del Código de Procedimientos Penales (artículo 118°) no exigía la insolvencia, por lo que la actual norma procesal (artículo 100° del Código de Procedimientos Penales) ha desvirtuado la finalidad del embargo, cambiando la fisonomía de la obligación solidaria[126]. Ello obliga, frente al nuevo texto del Código Civil, dictado con posterioridad al Código de Procedimientos Penales, que expresamente impone la solidaridad, a entender que la norma procesal en ese extremo ha sido abrogada.

b) Que la medida de embargo importa la expedición de dos resoluciones.

– La primera, que dicta la medida sobre la base del *fumus boni iuris o fumus delicti* y el *periculum in mora,* determinando el monto del mismo, que –como ha sido establecido en la ejecutoria suprema del 13 de diciembre de 1994– debe guardar relación y proporcionalidad con la naturaleza y gravedad del daño ocasionado a los intereses de la víctima[127] y que –según la doctrina sentada en la ejecutoria suprema

---

[126] GARCÍA RADA, Domingo: "La instrucción. El Inculpado", Volumen I, Sanmartí y Cía., 1967. p. 170.

[127] En: "Todo sobre el Código Penal", Lima, Idemsa, 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" (ejecutoria suprema del 7 de

del 14 de diciembre de 1994– se fija en nuevos soles[128]. 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[129]; y, previamente, dispone que el obligado señale bienes libres (artículo 95° del Código de Procedimientos Penales de 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"[130].

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 a los presupuestos materiales que justifican toda medida cautelar; salvo la contracautela, debe cumplirse con los requisitos estatuidos en el artículo 619° del Código Procesal Civil.

– 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 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.

---

setiembre de 1967. En: Revista de Jurisprudencia Peruana, 1967, p. 1209); antes había hecho lo propio la ejecutoria suprema del 27 de agosto de 1954 [RONCALLA VALDIVIA, Lino: Op. cit.; pp. 95-97]. Esta doctrina jurisprudencial, lamentablemente, ha sido seguida en alguna ejecutoria superior de Lima, como la del 26 de enero de 1998 [BACA CABRERA, Denyse y otros: Jurisprudencia Penal-Procesos Sumarios, Tomo III, Lima, Gaceta Jurídica, 1999, pp. 114 y 115].

(128) En: ROJJASI PELLA, Carmen: Op. cit.; p. 148.

(129) GARBERÍ LLOBREGAT, José. En: GIMENO SENDRA, Vicente y otros: Op. cit.; p. 525.

(130) Ejecutoria suprema del 25 de abril de 1988. En: SAN MARTÍN y VILLAVICENCIO (Coordinadores generales). "Corte Superior de Lima-Jurisprudencia Penal". Tomo III, Lima, Cuzco, 1990, p. 39.

La Corte Suprema, por ejecutoria del 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(131). Por lo demás, como lo recuerda la ejecutoria superior de Lima del 17 de setiembre de 1997, el procedimiento de embargo debe correr en cuaderno separado(132); y, enfatiza la ejecutoria suprema del 18 de febrero de 1980, si el embargo recae en tercera persona, ésta necesariamente debe tener la condición de tercero civil(133); es imperativo, además que previamente debe exigirse al responsable civil el señalamiento de bienes libres.

c) Que el embargo, según el artículo 96° del Código de Procedimientos Penales de 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 trata 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(134).

d) Que las formas de embargo: depósito, inscripción, retención, etcétera, son las mismas previstas en el Código Procesal Civil, al que es de remitirse en vía de supletoriedad (artículos 97° y 98° del Código de Procedimientos Penales de 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 perjuicios causados por una medida cautelar ilícita es, en definitiva, el Estado"(135).

---

(131) El Peruano, 15 de abril de 1980. Tomado de: CATACORA GONZÁLES, Manuel: "Código de Procedimientos Penales", Lima, Horizonte, 1998, p. 146.

(132) LA ROSA GOMEZ DE LA TORRE, Miguel: Op. cit.; p. 291.

(133) CATACORA GONZALES, Manuel: Op. cit.: p. 146.

(134) RIFA SOLE, José María y VALLS GOMBÁU, José Francisco: "Derecho Procesal Penal", Madrid, Lurgium, 2000, pp. 177 y 178.

(135) ORTELLS RAMOS, Manuel: "Derecho Jurisdiccional", Op. cit.; p. 440.

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.

La resolución cautelar se dicta de oficio a pedido del Ministerio Público (ver: artículo 95°, inciso 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público) [136] o de la parte civil (ver: artículo 58° del Código de Procedimientos Penales), según el primer párrafo del artículo 94° del Código de Procedimientos Penales[137], y que sólo puede ser impugnada una vez que se ejecute (ver: artículo 94° *in fine* del Código de Procedimientos Penales). La apelación es absuelta por la Sala Penal Superior, previa vista fiscal (ver: artículo 91° inciso 6 de la Ley Orgánica del Ministerio Público). Contra el auto de vista no cabe recurso de nulidad[138].

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 artículo 624° del Código Procesal Civil solicite la desafectación de la medida, siempre

---

[136] Al respecto, señala HURTADO POZO, que por mandato del artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y del artículo 65° del Código Penal de 1924 (artículo 92° del Código Penal de 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 [HURTADO POZO, José: "El Ministerio Público", Lima, Eddili, 1981, p. 221].

[137] 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 artículos 54° y 55° del Código de Procedimientos Penales (ejecutoria suprema 17 de agosto de 1964. En: *Revista Anales Judiciales.* 1964, p. 256). La constitución en parte civil solo puede hacerse durante la instrucción y hasta antes de la iniciación del juicio oral (Ejecutoria suprema del 28 de setiembre de 1965. En: RONCALLA VALDIVIA, Lino: Op. cit.; pp. 73-75).

[138] "Revista de los Tribunales", Lima, 1932, pp. 8 y 145.

que exista prueba fehaciente al respecto. Cabe agregar que la Corte Superior de Lima en la ejecutoria del 9 de setiembre 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(139).

El embargo se cancela de pleno derecho, a tenor del artículo 102° del Código de Procedimientos Penales de 1940, declarada la irresponsabilidad del imputado; también, según la doctrina elaborada por el Supremo Tribunal, se cancelará cuando se declara la extinción por prescripción de la acción penal(140). Es importante destacar que el artículo 631° del Código Procesal Civil ha introducido una saludable corrección: las medidas cautelares trabadas –entre ellas, el embargo– quedan canceladas de pleno derecho cuando se dicte sentencia que desestime la demanda, aun cuando hayan sido impugnadas; en el procedimiento penal, ello se producirá no sólo 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 ese momento. Si estas varían, puede disponerse un embargo, aceptando lo que antes se denegó(141).

El artículo 95° de Código de Procedimientos Penales fue modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27652, del 24 de octubre del 2002. Dicha norma, como se sabe, en su texto originario, con clara contradicción al requisito de *inaudita et altera pars*(142), prescribía que la ejecución del auto de embargo quedaba supeditada al previo requerimiento al imputado de señalamiento de bienes libres, y solo en el caso que aquél no señalaba bienes libres –sin especificar un plazo legal para ello– se trababa en los bienes que se sepa son de su propiedad.

---

(139) BACA CABRERA, Denyse y otros, Op. cit.; p. 705.

(140) Ejecutoria suprema de 14 de mayo de 1929; En: "Revista Anales Judiciales", 1920, p. 49.

(141) GARCÍA RADA, Domingo: Op. cit.; p. 149.

(142) Puntualiza, al respecto, Lino ENRIQUE PALACIO, que una de las características de las medidas cautelares es que deben disponerse *inaudita pan,* es decir, sin la participación de la parte a quien afecta, pues de lo contrario podría frustrarse su finalidad [PALACIO, Lino Enrique: "Manual de Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, p. 779].

La nueva norma 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:

a) 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 denominadas medidas cautelares "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, artículo 73°, del 2 de marzo de 1978; Decreto Supremo N° 39-94-JUS, del 23 de julio de 1994); y en la Ley N° 27379, del 21 de diciembre del 2000.

b) 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 a quién inicia el trámite correspondiente: (i) el procedimiento de oficio; y, (ii) el procedimiento rogado.

– El procedimiento de oficio importa que el juez penal, directamente, sin excitación o solicitud cautelar de parte (fiscal o parte civil, ex artículo 94° del Código de Procedimientos Penales) no sólo dicta la medida cautelar 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 aquella.

– El procedimiento rogado o dispositivo presupone una solicitud cautelar de parte (fiscal o parte civil, ex artículo 94° del Código de Procedimientos Penales), mediante la cual se debe señalar expresamente la clase de medida que para el supuesto concreto deba acordarse; y, exige una resolución cautelar o de rechazo *a limine* de la solicitud. Además, en el primer caso, la resolución cautelar 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 en 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 sí la medida ejecutada debe continuar o, en todo caso, si debe reordenarse en función a los bienes especificados por el imputado, haciendo las rectificaciones que fuere menester[143].

c) 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

[143] Esto último guarda relación con una característica esencial de toda medida cautelar: la provisionalidad. Ella significa, en palabras de PEDRAZ PENALVA, que la medida cautelar ha de durar 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 tutela cautelar en la ley de Enjuiciamiento Civil". En: VALLS GOMBÁU, José (director). "Las medidas cautelares y los recursos". Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial X-2000 CGPJ, 2000, p. 72]. La información que proporciona el sujeto pasivo de la medida, en tanto sea contrastable, permitirá modificar la medida respecto a los bienes afectados.

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 y hasta de su existencia, hasta tanto sean cumplida la medida. De todas maneras, insiste el mencionado autor, aunque se enterara el cautelado no puede impedir el efectivo cumplimiento de la providencia(144).

d) El nuevo texto del artículo 95° del Código de Procedimientos Penales, como se ha indicado, también menciona otra medida cautelar 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. Éste 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.

Es obvio, en función al 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(145), pues la propia ley autoriza a la policía a llevarla a cabo (ex

(144) LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo: "Lecciones de Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Depalma, 2001. pp. 933 y 934.

(145) Este principio tiene su base, según José María ASENCIO MELLADO, en la exclusividad jurisdiccional en cuya virtud los jueces han de poseer la primera palabra [ASENCIO MELLADO, José María: "Derecho Procesal Penal", Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 127]. 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.

artículo 59° del Código de Procedimientos Penales), lo que no obsta por cierto a que una vez trabada se exija la orden judicial confirmatoria.

Si es aplicable, por cierto, el último párrafo del artículo 95° del Código de Procedimientos Penales: la resolución cautelar o, en su caso, el acto policial de aprehensión patrimonial se notifica verificada que sea la medida limitativa.

6.3. Anotación preventiva de la denuncia formalizada del fiscal

El embargo, empero, no es la única medida cautelar que puede adoptarse para garantizar la reparación civil que habrá de imponerse en la sentencia penal. 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 de estado de cosas existentes antes del hecho delictivo(146); lo cual es propio en los delitos concursales, en los delitos societarios e, inclusive, en los delitos contra la fe pública y de estafa(147).

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 resultan afectados con la nulidad (la empresa, el adquirente y sucesivos subadquirentes) hayan sido emplazados y tenido la oportunidad de ejercer su defensa(148).

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 (por ejemplo, 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, verbigracia, la nulidad

---

(146) GUTIÉRREZ ZARZA: "Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos", Madrid, Colex, 2000, pp. 186-188.

(147) DEL ROSAL BLASCO, Bernardo: "El delito de falsedad en la información social del artículo 290 del Código Penal de 1995". En: Empresa y Derecho Penal I. Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, 1998, p. 138; GARBERI LLOBREGAT, José. Op. cit.; p. 514.

(148) GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles: Op. cit.; p. 193.

de un documento falso, la reposición de términos removidos o la supresión de escritos injuriosos o de anotaciones falsas en un registro, etc.)[149].

La anotación preventiva, como es obvio, requiere una expresa resolución cautelar y no ser derivada 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[150].

En estos casos, la pregunta estaría dada si, concretamente, cabe aplicar lo dispuesto en el artículo 673° del Código Procesal Civil, 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 Código de Procedimientos Penales no tiene norma de remisión alguna al respecto, pero es del caso tener presente, en primer lugar, el artículo 139° inciso 3 de la Constitución, que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, que según el artículo de la Ley Orgánica del Poder Judicial debe ser plena; en segundo lugar, el artículo III, párrafo segundo, del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que establece que en caso de vacío o defecto de las disposiciones procesales, 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 Código Procesal Civil, 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 Código Procesal Civil prevé tales medidas y lo que se pretende asegurar es una pretensión civil, por lo que la Primera Disposición Final del Código Procesal Civil es desde todo punto de vista aplicable a este caso.

La restitución de un bien o derecho susceptible de reflejo registral absolutamente posible a tenor de lo expuesto líneas arriba, constituye una

---

[149] VELEZ MARICONDE: Op. cit.; Tomo III. p. 45.

[150] CALDERÓN y CHOCLÁN: Op. cit.; pp. 303 y 304.

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 a un derecho registrado, cuya inexistencia la torna innecesaria(151). Esta medida cautelar, si bien no impide la transferencia del bien ni las afectaciones posteriores, otorga prevalencia a quien la ha obtenido (artículo 673°, *in fine,* Código Procesal Civil). En puridad, como afirma MORENO CATENA, lo que se trata es de tener un medio que permita enervar la fe pública registral para el caso de que si un tercero de buena fe adquiere el bien del imputado, no esté amparado por ella(152). 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 deba darse en tales supuestos a los pronunciamientos judiciales sobre la responsabilidad civil enjuiciada en el proceso penal(153).

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.

6.4 Orden de inhibición de bienes inscribibles

El artículo 2°, inciso 4 de la Ley N° 27379 permite otra medida cautelar real, paralela al embargo, que es la orden de inhibición de bienes. Es una medida 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(154).

---

(151) ORTELLS RAMOS, Manuel y otros: "Derecho Jurisdiccional", Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 665.

(152) MORENO CATENA, Víctor y otros: "El proceso penal", Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch. 2000, p. 1811.

(153) GARBERI LLOBREGAT, José: Op. cit.; p. 513.

(154) CAFFERATA NORES, José I. "Medidas de coerción en el proceso penal", Córdova, Marcos Lenner, 1983, p. 134.

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 a bienes futuros, que no se los conoce; 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 resultar pecuniariamente responsable como consecuencia de la sentencia firme"; y, en tercer lugar, se limita a los bienes inscribibles(155).

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 integra una organización criminal; y, de delitos de terrorismo, tráfico de drogas, terrorismo especial, contra la humanidad y contra el Estado y la Defensa Nacional (ver: artículo 1°, Ley N° 27379). Por otro lado, el artículo 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.

(155) CLARIÁ OLMEDO, Jorge: "Tratado de Derecho Procesal Penal", Tomo V, Buenos Aires, Ediar, 1963, pp. 393 y 394.

La conformidad o conclusión anticipada del debate oral

SUMARIO: **I.** Regulación legal: Ley Nº 28122 y NCPP 2004. **II.** Concepto y fundamento. **III.** Ámbito de aplicación. **IV.** Clases de conformidad. **V.** Control jurisdiccional de la conformidad. **VI.** Procedimiento de conformidad. **VII.** La sentencia conformada. **VIII.** Bibliografía básica. **IX.** Jurisprudencia invocada.

I. REGULACIÓN LEGAL: LEY Nº 28122 Y NCPP 2004

El instituto de la "conformidad", de fuente española, fue recepcionado parcialmente por el artículo 5° de la Ley N° 28122, del 16/1/2003, –en adelante, la Ley– bajo el equívoco rótulo de "confesión sincera", que sin duda se debe al error de sistematización que sufrió la Lecrim Española [BARONA VILAR, 1994: 286]. La fuente nacional más inmediata es el artículo 280 del CPP de 1991 que, igualmente, hacía mención a la confesión. La norma vigente, diferenciándose del CPP de 1991 –y afiliándose más al modelo italiano– trae una novedad o, en todo caso, una regla explícita en caso de pluralidad de imputados; a diferencia de la fuente española, el apartado 4 de la norma comentada permite el fraccionamiento del enjuiciamiento en caso de que alguno o algunos de los acusados no se sometan a la confesión o la conformidad.

La denominación de la institución presenta algunos problemas. El título del artículo 5° de la Ley, reza "confesión sincera", pero el Decreto

Legislativo N° 959, del 17.8.2004, al modificar el artículo 244°, apartado 1) ACPP, expresamente, siguiendo la doctrina procesalista española, la denomina "conformidad". El artículo 372° NCPP mantiene la base institucional de la norma en cuestión y si bien no le acuerda un nombre determinado, el apartado 5 menciona expresamente el vocablo "conformidad" refiriéndose a esta institución. Por lo demás, la nueva norma desarrolla con más cuidado los supuestos de "conformidad parcial" –cuando el imputado y su defensa no están de acuerdo con la cuantía de la pena o de la reparación civil– y, a su vez, permite una posibilidad transaccional entre fiscal e imputado respecto de la pena y la reparación civil, que es lo que se denomina "conformidad negociada".

II. CONCEPTO Y FUNDAMENTO

El núcleo del artículo 5° de la Ley es la aceptación del imputado, con la expresa conformidad del defensor, a considerarse "(...) autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil". La norma solo permite "(...) argumentaciones y refutaciones sobre la pena o la reparación civil". En este último punto resulta interesante lo dispuesto por el artículo 372° del NCPP que no solo regula un trámite de traslado cuando no se está de acuerdo con la cuantía de la pena y/o de la reparación civil, y en caso de subsistir la contradicción –lo que implica posibilidad de que el fiscal modifique la cuantía de la pena o de la reparación civil, de suerte que en ese caso se estaña ante una "conformidad negociada"– el debate se concentrará, a modo de cesura del juicio oral, sobre esos puntos contradictorios determinando la prueba que deberá actuarse. Ello significa que las diferencias acerca de la pena y la reparación civil exigen actividad probatoria para ser resueltas por el Tribunal, salvo claro está cuando esta no es solicitada o cuando no sea en lo absoluto necesario.

Conforme postula MORENO CATENA, la "conformidad" se ha configurado en la justicia penal como una institución procesal basada en el principio de adhesión; es decir, como un modo de poner fin al proceso penal [2005: 356], que en el caso peruano supone la aceptación por el acusado de los hechos y de la responsabilidad penal y civil. Bajo ese entendido la Ejecutoria Suprema del 26/5/2005, Exp. N° 884-2005, declaró la validez de una sentencia dictada tras un juicio oral porque si bien el Tribunal Superior ilegalmente se declaró sin efecto la conformidad del imputado y su defensa,

el juicio oral se llevó a cabo con arreglo a sus pasos regulares, lo que por cierto evitó toda posibilidad de indefensión material; en este último punto, sin embargo, la ausencia de lesión constitucional a los derechos del imputado se superó porque la Corte Suprema rechazó la agravante de integración en banda, que el Fiscal no había considerado en la acusación, aunque luego el Tribunal planteó la tesis (lo que no podía hacerse, pues uno de los efectos de la conformidad es evitar un resultado más grave como consecuencia del desarrollo del juicio oral).

Solo se podrá discutir, con exclusión desde luego del núcleo duro de los hechos glosados en la acusación fiscal, la calificación jurídica –en tanto no importe variar el objeto procesal– y el monto de la pena y de la reparación civil, con la limitación en este último caso que no haga falta una actividad probatoria propia, pues solo se permite "(...) oralización de algún medio probatorio". Es obvio entonces, que si ese medio probatorio –de naturaleza anticipada o preconstituida– no existe o si el incorporado en autos resulta notoriamente insuficiente, la conformidad deberá ser rechazada.

En función de lo expuesto, podemos definir la "conformidad" –siguiendo parcialmente a GÓMEZ COLOMER [2004: 265/266]– como una institución de naturaleza compleja, en virtud de la cual la parte pasiva, es decir, tanto el acusado como su defensor técnico, aceptan o admiten los hechos objeto de imputación materia de la acusación fiscal y, con ciertos límites, la responsabilidad penal y civil por su comisión; límites circunscriptos exclusivamente tanto a la calidad y cantidad de pena pedida –está descontada la necesidad y merecimiento de pena–, como a la cuantía de la reparación civil. La conformidad nacional no permite discutir, en consecuencia, la propia imposición de una pena y de la fijación de una reparación civil; se trata, entonces, de un acto de disposición relativa.

La conformidad tiene, por ende, una naturaleza jurídica "relativamente dispositiva" desde la perspectiva del imputado y su defensa, en tanto que –como acota BUTRÓN BALIÑA– es posible al Tribunal, en ciertos casos y con determinadas limitaciones, imponer una pena inferior a la contenida en la acusación, nunca superior, e incluso pronunciar un fallo absolutorio; lo que, en todo caso, permite configurarla por sus rasgos singulares como un acto procesal sui géneris, que presenta notas que lo asemejan a determinadas instituciones procesales, pero que responde a unas señas de identidad propias que le dotan de una peculiar fisonomía [1997: 162, 181].

La conformidad tiene las siguientes notas esenciales, muchas de la cuales, por ejemplo, han sido expuestas por la importante STSE del 1.3.1988:

a) Es un acto procesal que, en cuanto tal, encierra ante todo una declaración de voluntad de poner fin a un proceso penal ya iniciado. Además, es (1) un acto "expreso y personalísimo", que exige una categórica manifestación de la misma por parte del propio imputado –con exclusión de apoderado, mandatario u otra forma de representación, lo que es una consecuencia del carácter inalienable e intransferible de la responsabilidad penal– y de su defensor, lo que a su vez significa (2) que es un acto de "doble garantía", en que se exige la concurrencia de la voluntades concordes del imputado y del defensor –es clarísima al respecto, por ejemplo, la STE 7.11.1990–; y, (3) obviamente de carácter "voluntario", que debe excluirse toda clase de vicios de la voluntad, (4) a la vez que "formal", pues debe reunir todas las solemnidades requeridas por la ley, que son de estricta observancia.

   La declaración de voluntad, ha se consistir en el reconocimiento y voluntad de la defensa de aceptar los cargos y las consecuencias jurídicas que entrañan, lo que significa que encierra una confesión –solo en cuanto "admisión de los hechos", dado que, como refiere Barona Vilar, propiamente la confesión 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 [1994: 292]–, y un allanamiento de la defensa a la pretensión penal entendida como petición de pena y reparación civil, aunque sobre la concreta medida de estas puede ser cuestionada por la parte pasiva y parcialmente modificada por el Tribunal. Esta idea, en orden al carácter pleno de la admisión de hechos, ha sido aceptada por la Corte Suprema, en la Ejecutoria del 7.2.2006, Exp. N° 186-2006/Piura, al anular una sentencia conformada o anticipada porque el imputado no admitió los hechos tal como han sido propuestos por el fiscal, pues adicionó un supuesto de confesión sincera no reconocido por el Fiscal e incorporó un supuesto de error de tipo en orden a la edad de la víctima, variando el relato de los hechos. No existen confesiones parciales, y cuando se trata de confesiones calificadas, el hecho que le otorga relevancia jurídico penal ha debido de ser detallado en la acusación fiscal; de otra forma, debe disponerse la continuación del juicio oral.

La conformidad nacional, entonces, no es absoluta en el sentido que requiera que la manifestación del imputado recaiga sobre el contenido íntegro de la calificación acusatoria, sobre todo sus extremos sin limitación de clase alguna. No comprende la integridad de la configuración jurídica de los hechos ni la pena en su concreta naturaleza y medida, al igual que la reparación civil.

b) Es un acto procesal "puro". No es viable sujetarla a condición, plazo o término. Ello es así porque la causa del acto consiste en provocar la sentencia determinando su contenido; y, si por cualquier razón no se pronunciase la resolución judicial en los términos conformados, es como si el reconocimiento no se hubiera emitido. Cuando la ley dice que "3) Si el defensor expresa su conformidad, pero condicionándola a la oralización de algún medio probatorio (...)", no es que la conformidad no sea pura, sino que es la característica de una de las clases de conformidad, denominada "relativa", mediante la cual se cuestiona la pena concreta o la reparación civil solicitada por el Fiscal, y por tanto deja a manos del Tribunal, a su discrecionalidad, producidas las lectura de piezas, argumentaciones y refutaciones, fijarla en los términos en que corresponda.

c) Es un acto procesal "unilateral", que jurídicamente asiste única y exclusivamente a la defensa. A ella corresponde la titularidad de la misma. No es un "negocio jurídico procesal" –solo lo será en el modelo del NCPP cuando se cuestione y negocie el monto de la pena y la reparación civil–, en tanto contiene una confesión y un allanamiento; el MP no puede transigir sobre la cuantía de la pena y la reparación civil, por lo menos en la legislación vigente. En tanto acto unilateral y, en rigor, "dispositivo" de la defensa, enseña GIMENO SENDRA, no se pueda alegar vulneración del derecho a la presunción de inocencia, pues 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 [2004: 618]. Como aclara MORENO CATENA, ese acto dispositivo supone, dentro de ciertos límites, la disposición del acusado: i) de su derecho de defensa, ii) del propio proceso renunciando a los actos del juicio oral, y iii) del contenido jurídico material de la sentencia al evitar que, eventualmente, pudiera ser agravada la acusación tras los debates [2000, III: 2022].

La Corte Suprema, en la Ejecutoria del 3/2/2006, Exp. Nº 3370-2005/ Lima, aceptando la unilateralidad y la naturaleza dispositiva del acto de conformidad, desestimó los agravios hechos valer por un imputado que luego de conformarse con los cargos objeto de acusación fiscal, posteriormente alegó que solo intervino secundariamente en un delito y que no participó en los restantes.

d) Es una manifestación del "principio de adhesión" o del "consenso", aunque en un nivel muy limitado, habida cuenta de la presencia del procedimiento de terminación anticipada y del procedimiento de colaboración eficaz. Su ejercicio por la parte acusada no precisa de autorización ni de homologación judicial ni jurídicamente queda condicionado al cumplimiento de prestaciones sociales, sino al efectivo cumplimiento de la pena y al pago de la reparación civil que en el acto se imponga al acusado.

e) La "sentencia conformada o anticipada", que es consecuencia de un "allanamiento-confesión", pone fin, con todos los efectos de la cosa juzgada, a un proceso penal ya incoado. Lamentablemente, nuestra legislación no ha incorporado una "conformidad premiada", que permitiría la disminución de la sanción penal por evitar el juicio oral. Esta sentencia expresa el carácter vinculante de la conformidad, absoluta respecto a los hechos conformados, y relativa respecto al título de imputación, a la pena solicitada y a la reparación civil propuesta, que por lo demás nunca podrá modificarse en perjuicio del reo.

El "fundamento" o justificación de la "conformidad", enseña DE LA OLIVA SANTOS, está en que implica una admisible renuncia a medios de defensa y puede tomarse como señal de que la acusación es fundada (fáctica y jurídicamente), todo ello relacionado con el propósito pragmático de aligerar la carga de trabajo que gravita sobre los tribunales penales [2002: 36]; BARONA VILAR, en esa misma tesitura, afirma que la institución se justifica en la introducción del principio de celeridad y economía procesal, consiguiéndose, con ella, el acortamiento procedimental, dado que se procede a la supresión de trámites en el procedimiento al hacerse innecesario el juicio oral [1994: 303]. La finalidad prioritaria es utilitarista, pues, como ratifica BUTRÓN BALIÑA, no es otra que la economía procesal, o sea, conseguir la finalización anticipada de procesos penales [1997: 158].

Es de aclarar que el imputado mediante la conformidad renuncia a la presunción de inocencia y a los derechos instrumentales de su defensa, tales como la celebración o, mejor dicho, continuación de un juicio con práctica de pruebas y debates, lo que importa una abreviación del procedimiento –el surgimiento de un procedimiento acelerado–, en interés de la economía procesal. El imputado no opone resistencia a la acusación y la exonera de la carga de probar su culpabilidad en un juicio contradictorio y público; la condena se produce, por tanto, por su propia manifestación de voluntad y no porque haya sido encontrado culpable tras el juicio oral. Debe entenderse, dice MORENO CATENA, que la disposición del acusado al conformarse recae en realidad no sobre los derechos presupuesto de la defensa: audiencia e información de la acusación, sino solo sobre derechos instrumentales a través de los cuales se articula la defensa en el acto del juicio oral [2000, III: 2022].

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Inicialmente se produjo un debate en la denominada "jurisprudencia menor" acerca del ámbito de aplicación de la "conformidad". Un sector de los tribunales superiores entendía que esta sólo era aplicable en los supuestos de los artículos 1° y 2° de la Ley –no incluidos por cierto en el artículo 5°–, que eran los casos de 'evidencia delictiva': flagrancia, confesión y prueba suficiente en sede preliminar, en procesos simples –no complejos– y sin pluralidad de imputados –más de cuatro o intervención a través de una organización delictiva–. A esa tesitura contribuyó el título de la Ley, que se circunscribía a la conclusión anticipada de la instrucción judicial.

Sin embargo, esas dudas se disiparon con la Ejecutoria vinculante del 21.9.2004, dictada al amparo del artículo 301°-A ACPP, introducido por el Decreto Legislativo N° 959. Dicha sentencia expresamente desestimó ese criterio restrictivo, entendiendo que la conformidad es de alcance general y sin limitaciones, y diferenciando la conclusión de la instrucción de la del juicio oral. Allí se dijo claramente lo siguiente [FJ, 3]:

1°) Que la Ley comprende dos institutos procesales penales: la conclusión anticipada de la instrucción judicial (artículos 1° al 4°) –a la que hace mención el título de la Ley–, y la conclusión anticipada del debate o del juicio oral (artículo 5°), si bien vinculados por el principio de ce-

leridad o aceleramiento de la justicia penal, en el caso de la conclusión anticipada del debate oral tiene primacía el principio del consenso.

2°) Que los límites legales a la conclusión anticipada de la instrucción judicial se explica porque causalmente tiende a limitar los actos de investigación judicial y, por ello, podría afectar la incorporación de fuentes de prueba y elementos de convicción para que, en su día, se funde una acusación o se sostenga una defensa razonable. En cambio, la conclusión anticipada del debate se privilegia la aceptación de cargos, cuyos elementos de convicción han sido valorados tanto por el fiscal como por el imputado y su defensa, por lo que es razonable que no esté sometida a los límites impuestos para la conclusión anticipada de la instrucción judicial.

En consecuencia, esta institución rige para todos los delitos y procedimientos.

IV. CLASES DE CONFORMIDAD

Nuestra Ley permite dos criterios de clasificación. Se puede observar tanto desde un punto de vista subjetivo, como desde la perspectiva de las pretensiones conformadas.

(1) Desde un punto de vista subjetivo la "conformidad" puede ser total o propia, en cuanto 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 se acoja a ella.

No existe discusión alguna cuando, en caso de procesos complejos, todos los imputados la prestan. La polémica se instala cuando existe una conformidad parcial o impropia. El artículo 5° de la Ley, en su apartado 4), autoriza expresamente esa conformidad; si una parte de los acusados se conforma "(...) con respecto de estos, se aplicará el trámite previsto (de conformidad) y se expedirá sentencia, prosiguiéndose la audiencia con los no confesos, salvo que la Sala estime que se afectaría el resultado del debate oral".

La Ley permite al Tribunal decidir, discrecionalmente, aceptar o no la conformidad parcial o impropia; se trata, en suma, en palabras de GIMENO SENDRA, de una facultad del Tribunal [2000, V: 419]. La discrecionalidad, en todo caso, está jurídicamente vinculada en una perspectiva finalista del

previsible resultado del debate oral, de la necesidad de esclarecimiento, que es la meta del proceso penal. No entran en juego los supuestos derechos de los no conformados, en la medida en que la sentencia solo comprende a los conformados, quienes renuncian a su derecho a la presunción de defensa y a determinados derechos instrumentales propios de la defensa procesal, y el resultado final del proceso respecto de ellos va a ser consecuencia de la prueba actuada en el juicio; la presunción de inocencia que estos hacen valer no sufre mella con la conformidad de terceros –los conformados–, y es perfectamente posible que la sentencia pueda incluso cuestionar los pasajes incriminatorios de las versiones de los conformados.

El problema se plantea, como es obvio, no cuando la imputación por los delitos objeto del proceso penal sea la misma, lo que presupone un enjuiciamiento por diversos delitos y, por tanto, permite resolver cada una de las imputaciones con absoluta independencia, más allá de su conexidad. El dilema, a los efectos del fraccionamiento del juicio oral, se presenta cuando se trata de un mismo delito o un mismo título de imputación contra varios encausados. Aquí la regla, al igual que el artículo 18° del CPP italiano, se define en función a la influencia de la conformidad respecto de la averiguación de los hechos (el artículo 20° ACPP, modificado por el Decreto Legislativo N° 959, en esa misma línea, autoriza la ruptura de la unidad de la causa "(...) siempre que la acumulación o separación no afecte la acreditación de los hechos"). Si rige la perspectiva de esclarecimiento, entonces, el estándar que habrá que adoptar será si el fraccionamiento del juicio, respecto a los no conformados, sea de tal entidad o tendrá tales efectos que haga imposible un juzgamiento independiente. En todo caso, es de tener en claro, como precisa PUENTE SEGURA, que los actos dispositivos realizados en el seno del proceso (como sería, desde esta perspectiva, la conformidad de un coimputado) solo perjudica al que lo realiza y no a los demás [1994: 141].

El procedimiento del juicio oral, cuando sea del caso fraccionar la audiencia en supuestos de procesos complejos, sigue, con arreglo al artículo 5°, apartado 3, de la Ley, un trámite de dos vías. La primera está centrada en dilucidar la conformidad y, en su caso, expedir la sentencia conformada. Culminado ese trámite, la segunda vía estriba en proseguir la causa contra los conformados, para dar inicio al procedimiento probatorio.

(2) Desde la perspectiva del ámbito de la conformidad puede distinguirse una "conformidad plena", que se proyecta, amén de los hechos acusados, sobre la responsabilidad penal y civil, sin cuestionamiento alguno;

y, una "conformidad relativa", en que lo que solo se cuestiona el quantum de la pena y/o de la reparación civil.

La conformidad relativa exige un procedimiento específico. En primer lugar, el imputado y su defensor técnico precisarán el ámbito y los motivos de la discrepancia respecto al quantum de la pena o de la reparación civil, a la vez que indicarán qué medios de prueba se oralizarán. En segundo lugar, se correrá traslado al Ministerio Público y, en su caso, a la parte civil, para que expongan lo conveniente. En tercer lugar, oralizadas las pruebas –previa admisión de su lectura, fundadas en razones de pertinencia–, se permitirán las argumentaciones y refutaciones correspondientes. Es de entender que si se exige la actuación de pruebas para dilucidar ese concreto cuestionamiento, en tanto hayan sido solicitadas oportunamente –en la estación pertinente: vide: artículos 225°, 227°, 228° y 238° ACPP y admitidas legalmente–, y en la medida que sea menester que se actúen, la conformidad será desestimada (no es el caso, por ejemplo, de la conformidad del NCPP en el cual se produce una cesura del juicio, que se concentrará a ámbito controvertido).

V. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA CONFORMIDAD

La conformidad, como podrá apreciarse de lo expuesto, es una excepción al principio de indisponibilidad del objeto del objeto procesal, aunque no está exenta del control judicial. Al respecto, es interesante la Sentencia del Tribunal Constitucional de España (STC 60/1995), cuando aclara que el juez no puede operar como un "autómata", sino antes al contrario, ha de examinar la concurrencia de los requisitos, formales y materiales, que condicionan la validez de este medio anormal de finalización del procedimiento penal. La posición del juez no es recepticia o pasiva. El fundamento de esta intervención o control judicial, según entiendo, se encuentra en los intereses públicos insitos en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal, que a su vez están informados por el principio de legalidad, en cuya virtud –como apunta GÓMEZ COLOMER– no es posible una conformidad *contra legem* [2004: 277].

1. Desde esa perspectiva, de estricta legalidad penal, aun cuando le está vedado al juez modificar la esencialidad de los hechos conformados (ello es así, reza por ejemplo la STSE del 19.7.1996, porque la conformidad precisamente implica una renuncia a la producción de pruebas sobre los

hechos conformados, en consecuencia, mal puede el Tribunal formar su libre convicción acerca de la premisa fáctica de la sentencia, de suerte que tendrá que aceptar el relato histórico convenido por las partes) –salvo, de modo excepcionalísimo, cuando sea expresión de un probable fraude de ley o procesal, en cuyo caso se limitará a desestimar la conformidad y ordenar la prosecución del juicio–, entonces, es dable dictar sentencia absolutoria por estrictas razones jurídico penales, derivadas de la manifiesta atipicidad o de la presencia de alguna otra causa de exención de pena. Incluso, el control judicial, siempre a favor del reo, al emitir una sentencia conformada, puede significar la imposición de una pena y/o una reparación civil menores a las solicitadas por el Fiscal –así lo ha determinado la Ejecutoria Vinculante del 21.9.2004, FJ 4–; y, antes, también a modificar el título de condena, pero en este caso, por aplicación analógica del artículo 285°-A ACPP, se requiere el planteamiento de la tesis (no cabe hacerlo cuando se trata de exención o atenuación preceptiva de pena, porque la indicada norma no lo exige). Cabe precisar que la disminución de la reparación civil, vista su naturaleza privada y absolutamente disponible, solo será posible si existe expreso cuestionamiento del imputado y su defensa.

Esta es la línea seguida por el Tribunal Supremo de España. En la STE del 18.9.1991, resumiendo su doctrina legal, ha precisado: 1°) deben ser respetados esencialmente los hechos que reflejan el escrito de acusación, vinculantes para el Tribunal; y, 2°) en relación con la pena, manteniendo la calificación de los hechos, puede moverse el Tribunal, dentro de la solicitada, separándose por vía de excepción únicamente a favor del reo, incluso llegando a la absolución, cuando la situación de hecho no revista caracteres delictivos. Tal doctrina, a su vez, ha sido acogida por la aludida Ejecutoria Vinculante. Asimismo, la Ejecutoria Suprema del 5.10.2004, Exp. N° 2496-2004, sancionó en su FJ 1° que: "(...) la terminación anticipada no importa una aceptación o allanamiento de la pena y de la reparación civil (pedida por el Fiscal), de suerte que corresponde al Tribunal de Instancia decidir la controversia conforme a las garantías jurídicas que informan los principios de legalidad penal, igualdad y proporcionalidad, en cuya virtud está autorizado a absolver cuando corresponda –si el hecho acusado no es penalmente relevante– o, de ser el caso, a fijar la correspondiente consecuencia jurídica, penal y civil, por el delito perpetrado, conforme a las reglas de la individualización de la pena y de fijación de la reparación civil que permite la legislación de la materia".

2. El control judicial también puede ser en contra del reo, pero en ese caso no corresponde emitir una sentencia, sino disponer la continuación del juicio. Así será: a) cuando la calificación del hecho no sea la que legalmente corresponda, que sería una de mayor gravedad; b) cuando la pena solicitada es ilegal y el imputado merece una mayor por no corresponder a la figura legalmente prevista. Es de entender, en este último punto, si la pena conformada está dentro de los parámetros legales, no es del caso desestimar la conformidad; se permite cuestionar la ilegalidad de la determinación judicial de la pena, no el ejercicio de la discrecionalidad dentro de los mínimos y máximos fijados por la ley –salvo, claro está, una patente desproporción de la individualización de la pena–, ello porque la conformidad necesariamente importa una limitación al ejercicio de las facultades de individualización judicial de la pena.

La jurisprudencia española incluye en el último supuesto cuando se omite incorporar en la acusación, objeto de conformidad, una pena conjunta (la incorporación de oficio de esta es posible en la sentencia luego del juicio, tal como ha sido aprobado por el TC y el TS). Sin embargo, como se trata de un asunto de mera legalidad, de estricta conformidad con la norma penal, considero que es posible que el Tribunal pueda corregir esa omisión, pero siempre previa discusión con las partes y con anuencia de esta, pues de otro modo se vulneraria el derecho de defensa y el debido proceso.

3. Otro control que debe ejercer el juzgador es el de la voluntariedad de la conformidad por el imputado. Como ya se anotó, y lo tiene expuesto la jurisprudencia española (STE del 1/3/1988), uno de los caracteres de la conformidad, para ser eficaz, es que la declaración fuera voluntaria, esto es, consciente y libre: lo que dimana de la exigencia de un debido proceso. El tribunal debe asegurarse de que el imputado conoce la naturaleza de la acusación que acepta y las consecuencias punitivas que ello conlleva, que conoce los derechos e instrumentos de defensa a los que está renunciando (silencio, presunción de inocencia y al juicio público y contradictorio), y que no se trate de una declaración inducida mediante el sometimiento a presiones indebidas: la amenaza de prosecución del juicio no es ilegítima: STEDH, Asunto Dewey vs. Bélgica, del 27/2/ 1980. La necesidad de ese control ha sido reconocido por la citada Ejecutoria Suprema del 3/2/2006, que sostiene que la conformidad a que se sometió el imputado fue voluntaria, libre, informada y con el asesoramiento de su abogado defensor; de igual manera, la Ejecutoria Suprema del 21/2/2006, Exp. N° 4308-2005/

Loreto, estipula que la aceptación de cargos no debe ser prestada bajo error, presión, sin conocimiento de sus alcances o mediante un patrocinio inexistente o fraudulento.

Se debate si es posible controlar la suficiencia de pruebas de cargo. La respuesta es negativa, pues, precisamente la conformidad obvia esa exigencia al importar una renuncia a la presunción de inocencia, cuya legitimidad viene dada por la libre y consciente voluntad del acusado de hacerlo. Toda carencia de pruebas queda colmada con el reconocimiento del imputado, advertido su derecho a no declararse culpable. Tal análisis del Tribunal, enfatiza MORENO CATENA, por muy pro reo que pueda ser, deja en entredicho la ulterior imparcialidad del Tribunal; se produciría un prejuzgamiento, sin juicio oral contradictorio, que bien puede hacer temer a la acusación el fracaso de sus pretensiones o al menos, la predisposición del juzgador para desestimarlas [2000, III: 2045].

VI. PROCEDIMIENTO DE CONFORMIDAD

La sentencia conformada es el paso final o culminación del procedimiento de conformidad. El procedimiento consta de un primer paso, destinado a preguntar al imputado, y luego a su defensa, si se somete a la conformidad; de un segundo paso, dado por la respuesta afirmativa del acusado y su defensor; de un tercer paso, en cuya virtud se declara la conclusión anticipada del juicio oral y se suspende la audiencia; y, de un cuarto paso, que da lugar a la emisión de la sentencia conformada o anticipada. Si se está ante una conformidad relativa, se dará un paso previo, que es la oralización de un medio de prueba y, luego, se permitirán argumentaciones y refutaciones, expresión del principio de contradicción y de audiencia bilateral. En caso de procesos complejos, con pluralidad de imputados, si la conformidad es parcial o impropia, como se ha dejado expuesto, el procedimiento se circunscribe a los imputados conformados, y a su finalización con la expedición de la sentencia conformada prosigue el juicio respecto de los no conformados.

El inicio de este procedimiento trae algunas dudas. El artículo 5°.1 de la Ley señaló que instalada la audiencia debe preguntarse al acusado si se conforma con los cargos. Empero, el artículo 244°, apartado 1), ACPP, modificado por el Decreto Legislativo N° 959 –norma que entró en vigencia con posterioridad a la Ley comentada–, precisó que el examen del acusado

procederá si el imputado no acepta el trámite de la conformidad, y este procede luego de instalada la audiencia, decidida la actuación de nuevas pruebas y después –no antes– de la formulación de cargos. Por tanto, como parece más lógico, en un modelo como el del vigente ACPP, el inicio del procedimiento de conformidad está sujeto a que el Fiscal, formalmente, dé a conocer los cargos que formula contra el acusado.

Aparentemente con la decisión del imputado y su defensa, que debe producirse luego de que formalmente se le insta a que se pronuncie acerca de la posible conformidad, se instaura propiamente el contradictorio y se da inició al procedimiento probatorio. ¿Significa esto que precluido ese trámite no es posible que el imputado decida" conformarse con la acusación? ¿Es absoluta esa preclusión? ¿No caben excepciones? La Corte Suprema ha rechazado una respuesta negativa al respecto, aunque ha matizado sus alcances. En efecto, en la Ejecutoria Suprema del 9/1/2006, Exp. N° 3390-2005/Lima, precisó que la preclusión no es absoluta, tanto más si la razón de ser de la conformidad es la culminación anticipada del debate, y que para la aceptación de una conformidad tardía se requiere que esta pueda desnaturalizar el normal cauce del procedimiento del juicio oral o si se persiguen objetivos contrarios a la meta de esclarecimiento del proceso o que vulneren el principio de moralidad o buena fe procesal, lo que no sucede, por ejemplo, cuando como en el caso resuelto recién se había iniciado un primer interrogatorio a uno de los acusados, de suerte que no había posibilidad que este especule con su posición procesal o frustre un acto de prueba de posible trascendencia en el resultado final de la causa.

VII. LA SENTENCIA CONFORMADA

1. "Efectos vinculantes de la conformidad". Como ya se expuso, una de las notas esenciales de la conformidad es su efecto vinculante para las partes intervinientes y para el órgano jurisdiccional. Superados los poderes de control que retiene el juzgador ante una conformidad, una vez aceptada mediante la declaración de conclusión anticipada del debate, este se encuentra vinculado en varios sentidos.

En primer lugar, vinculación respecto a los hechos aceptados *(vinculatio facti)*, que es una vinculación absoluta. En segundo lugar, vinculación respecto a la responsabilidad penal y civil del imputado, es decir, a la antijuricidad penal del hecho y a la responsabilidad del imputado, que igualmente es una

vinculación absoluta. En tercer lugar, vinculación respecto al título de imputación *(vinculatio criminis)*, que tiene un carácter tendencialmente relativo, desde que el Tribunal puede modificar la tipicidad del hecho, manteniendo la identidad del objeto procesal, con tres limitaciones: a) respeto al relato de hechos propuesto por el fiscal y aceptado por el imputado, b) que el tipo penal sea distinto o degradado, según el caso, pero siempre que implique una opción menos grave, y c) que, procedimentalmente, se plantee la tesis para que las partes puedan expresar sus puntos de vista (aplicación analógica del apartado 2 del artículo 285°-A ACPP). En cuarto lugar, vinculación respecto de la pena y de la reparación civil fijada por el fiscal *(vinculatio poena)*, que tiene un carácter intrínsecamente relativo, puesto que existe la posibilidad de que las partes acusadas cuestionen su entidad y, luego, que sobre la premisa fáctica aceptada sea posible advertir alguna circunstancia de atenuación preceptiva, no valorada total o parcialmente por la acusación, y en su caso unos factores de individualización de la pena que el Tribunal considere están presentes en el caso que merecen una respuesta punitiva menos intensa. Se entiende que el Tribunal conserva siempre, por mandato constitucional, la facultad de individualización de la pena con arreglo al artículo 46° del CP y demás conexos; solo a él corresponde, en palabras de BARONA VILAR, la función de encontrar la debida proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la pena (y la entidad de la reparación civil) fijada en la norma por el legislador [1994: 318].

En buena cuenta, como explica ASENCIO MELLADO, es conveniente insistir que si bien la conformidad tiene un carácter de acuerdo, está limitada por el principio de legalidad, que no autoriza a condenar por delito distinto al que corresponda a los hechos enjuiciados ni a imponer pena diferente a la asignada por el Código Penal a tal delito [2004: 259].

2. "Las cuestiones de hecho". Los artículos 5°, 2° y 3° de la Ley se limitan a indicar que declarada la conclusión del debate oral, luego de la conformidad o de los debates limitados a la lectura de piezas respecto a la pena y/o la reparación civil, se suspenderá la sesión para expedir sentencia. Sobre la sentencia no dice nada en particular, por ello una primera línea de interpretación entendió que era de aplicación en toda su amplitud del artículo 286° *in fine* ACPP que exoneraba de votar las cuestiones de hecho cuando se aplica pena condicional –con mayor amplitud, no imponga una pena efectiva, lo que permite incluir analógicamente la reserva del fallo condenatorio– o el órgano sentenciador sea unipersonal.

Sin embargo, la Ejecutoria Vinculante del 12.7.2005, Exp. N° 2206-2005/Ayacucho. consideró que en los casos de sentencia conformada no cabe la expedición de cuestiones de hecho, "(...) no solo porque la norma especial no lo estipula de modo expreso, sino también porque el citado artículo doscientos ochenta y uno del Código de Procedimientos Penales presupone una audiencia precedida de la contradicción de cargos y de una actividad probatoria realizada para verificar –rechazando o aceptando– las afirmaciones de las partes, que es precisamente lo que no existe en esta modalidad especial de finalización del procedimiento penal". En buena cuenta, en tanto que el imputado renuncia al derecho a realizar una actividad probatoria contradiciendo los hechos que integran la pretensión del acusador público, exonerándolo de la carga de probarlos en juicio, que precisamente es un ámbito de la presunción de inocencia, que desde la perspectiva probatoria asume un marcado carácter instrumental del derecho de defensa, al que precisamente renuncia, entonces, no es dable expresar un veredicto sobre los hechos que solo tiene sentido cuando estos han sido materia de contradicción.

3. "La descripción del hecho". En la sentencia debe incorporarse en sus rasgos esenciales, sin desnaturalizarlos, el relato fáctico descrito en la acusación fiscal y aceptado por el imputado y su defensa. La Corte Suprema, respetando esa exigencia del instituto de la conformidad, exige que la aceptación del imputado sea respetuosa de lo expuesto por el Fiscal y, a su vez, que la sentencia conformada no rebase ese ámbito. En la Ejecutoria del 14.6.2005, Exp. N° 1302-2005/Arequipa, anuló la sentencia de instancia porque el Tribunal Superior resolvió desestimando las objeciones del imputado a los hechos fijados por la acusación, el mismo que había propuesto dos hechos adicionales que jurídicamente eran supuestos de error de tipo y de prohibición. De igual manera, en la Ejecutoria del 10/2/2006, Exp. N° 4380-2005/Cusco, anuló la sentencia de instancia, esta vez porque el Colegiado Superior varió el hecho conformado al introducir como dato nuevo una fecha distinta de ocurrencia de las relaciones sexuales y que estas se produjeron de mutuo acuerdo. Las alteraciones esenciales, no las accidentales que no entrañan una modificación que pueda repercutir en la calificación del hecho ni en sus consecuencias, desde luego no son permitidas (así resolvió, por ejemplo, la STSE del 4.12.1969).

4. "La motivación de la sentencia". La motivación debe incidir en los ámbitos propios del control judicial de la conformidad: voluntariedad

y legalidad de la conformidad –subsunción normativa–, así como debe contener un juicio sobre la medición de la pena y la reparación civil, esto es, debe razonar los motivos del quantum de la pena y de la reparación civil, siempre que en este último caso la conformidad la cuestiona, pues de lo contrario se está ante un típico supuesto de allanamiento civil; desde luego deberá precisar, en caso de discrepancia con la calificación fiscal, las razones que lo llevan a una subsunción distinta, que incluso puede llevar al órgano jurisdiccional a la absolución. No es pertinente que el Tribunal desarrolle un juicio histórico, acompañándolo con las pruebas o actos de investigación que justifican los hechos imputados, precisamente porque la conformidad importe una renuncia a la presunción de inocencia.

VIII. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

ASENCIO MELLADO, José María: "Derecho Procesal Penal", Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.

BARONA VILAR, Silvia: "La conformidad en el proceso Penal español", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

BUTRÓN BALIÑA, Pedro M.: "La conformidad del acusado en el proceso penal", Ed. Me Graw Hill, Madrid, 1997.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros: "Derecho Procesal Penal", Ed. Ceura. Madrid, 2002.

GIMENO SENDRA, Vicente y otros: "Los procesos penales", Tomo V, Ed. Bosch, Barcelona, 2000.

GIMENO SENDRA, Vicente: "Derecho Procesal Penal", Ed Colex, Madrid, 2004.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y otros: "Derecho jurisdiccional", Tomo III, El proceso penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

MORENO CATENA, Víctor y otros: "El proceso penal", Volumen III, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

MORENO CATENA, Víctor y otros: "Derecho Procesal Penal", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

PUENTE SEGURA, Leopoldo: "La conformidad en el proceso penal español", Ed. Colex, Madrid, 1994.

IX. JURISPRUDENCIA INVOCADA

Ejecutoria vinculante	:	21 de septiembre de 2004
Recurso de nulidad	:	1766-2004
Procedencia	:	Callao Sala Suprema Penal Permanente
Ponente	:	San Martín Castro
Vocales integrantes de Sala	:	San Martín Castro, Palacios Villar, Barrientos Peña, Lecaros Cornejo, Molina Ordóñez
Derecho Procesal Penal	:	Artículo 301-A num. 1, del Código de Procedimientos Penales, introducido por D. Leg. Nº 959
Derecho Penal	:	Delito de tráfico ilícito de droga
Disposiciones estudiadas	:	Artículo 5º de la Ley Nº 28122.

Sumilla

a. "Que la Ley N° 28122, más allá de lo limitado y parcial de su denominación oficial, en puridad de verdad comprende dos institutos procesales penales: la conclusión anticipada de la instrucción judicial (artículo 1° al 4°) –a la que hace mención el título de la ley– y la conclusión anticipada del debate o del juicio oral (artículo 5°) (...)"

b. "Que aun cuando vinculadas (la conclusión anticipada de la instrucción judicial y la conclusión anticipada del debate o del juicio oral) al principio de celeridad o aceleramiento de la justicia penal se diferencian en que en este último supuesto (conclusión anticipada del debate o del juicio oral) rige básicamente el principio del consenso, dado que la decisión del imputado y su defensa es determinante para dar inicio al procedimiento de conclusión anticipada del debate o juicio oral, lo que no es de recibo cuando se trata de concluir anticipadamente la instrucción judicial, que requiere cumplir –sin que la voluntad del imputado pueda impedirlo– determinados requisitos legalmente previstos (...)".

c. "La conclusión anticipada de la instrucción judicial se circunscribe a determinados tipos penales y a procesos simples, siempre que se presenten puntuales supuestos procesales, tales como flagrancia delictiva, investigación preliminar con la intervención del Fiscal con suficiencia probatoria y confesión sincera, lo que se explica porque causalmente se tiende a limitar los actos de investigación judicial y, por ello, podría afectar la incorporación de fuentes de prueba y elementos de convicción para que, en su día, se funde una acusación o se sostenga una defensa razonable (...)".

d. "La conclusión anticipada del debate oral privilegia la captación de los cargos por parte del imputado y su defensa –ella es la titular de esta institución–, cuya seguridad –de cara al principio de presunción de inocencia– parte de una instrucción cumplidamente actuada con sólidos elementos de convicción, y valorada, a efectos de la pretensión acusadora, por el Fiscal Superior y luego, por la defensa, de suerte que el artículo 5° –precisamente por, tratarse de una institución procesal autónoma y distinta de la anterior– no impone límite alguno en orden al delito objeto de acusación o a la complejidad del proceso ni remite su aplicación a las exigencias de los artículos uno y dos; que, asimismo, es de aclarar que cuando el artículo cinco hace mención a la "confesión sincera", en rigor nos remite al numeral uno de dicha norma que por tal expresión, a estos solos efectos –aunque dogmáticamente cuestionable–, entiende únicamente aceptar en ese trámite ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil, de modo que en este caso tampoco cabe concordarlo necesariamente con el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales o con el artículo uno, numeral tres, de la citada Ley (...)".

TEXTO DE LA EJECUTORIA PENAL:

VISTOS; Oído el informe oral; el recurso de nulidad interpuesto por la Procuradora Pública del Estado contra la sentencia de fojas ciento sesenta y ocho, su fecha veintiséis de marzo de dos mil cuatro; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que la Procuradora Pública del Estado cuestiona la sentencia condenatoria por considerar que la reparación civil es exigua y diminuta, a la vez que extiende los agravios del recurso a lo que considera una ilegal aplicación del artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós en vista de que el delito materia de juzgamiento impide hacer uso de esa norma. **Segundo:** Que la sentencia recurrida fijó en dos mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil, que por lo demás fue el solicitado por la Fiscal Superior Adjunta en la acusación de fojas ciento cuarenta y siete; que, sin embargo, la pretensión del Estado, según el escrito de fojas sesenta y siete, ascendía a una suma no inferior a los treinta mil nuevos soles; que tratándose de un delito de peligro abstracto, de riesgo o de pura actividad como es el trafico ilícito de drogas, cuya punibilidad por demás tiene origen en la situación de peligro eventual que nace de las conductas típicas, la reparación civil debe fijarse en función de la cantidad y dañosidad de la droga incautada, así como a la magnitud o entidad del hecho delictivo y el número de individuos que han participado en su comisión, sobre la base de los principios de suficiencia y razonabilidad o proporcionalidad; que, en el presente caso, se trató de una tenencia con fines de tráfico al exterior de cuatrocientos sesentiocho gramos de clorhidrato de cocaína ingeridas mediante cápsulas, a cuyo efecto el im-

putado debió ser evacuado a un Hospital del Estado, delito en el que han intervenido, por lo menos, otros dos individuos en Brasil y Perú; que, siendo así, el monto de la reparación civil debe incrementarse prudencialmente. **Tercero:** Que si bien la parte civil solo tiene injerencia en el objeto civil del proceso, el Fiscal Supremo en lo Penal ha cuestionado la legalidad del procedimiento seguido por el Tribunal de Instancia para dictar la sentencia recurrida estimando la no aplicación de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós, por lo que es del caso referirse a esa opinión anulatoria; que la citada Ley número veintiocho mil ciento veintidós, más allá de lo limitado y parcial de su denominación oficial, en puridad de verdad comprende dos institutos procesales penales: la conclusión anticipada de la instrucción judicial (artículos uno al cuatro) –a la que hace mención el título de la ley– y la conclusión anticipada del debate o del juicio oral (artículo cinco), que aun cuando vinculadas al principio de celeridad o aceleramiento de la justicia penal se diferencian en que en este último supuesto rige básicamente el principio del consenso, dado que la decisión del imputado y su defensa es determinante para dar inicio al procedimiento de conclusión anticipada del debate o juicio oral, lo que no es de recibo cuando se trata de concluir anticipadamente la instrucción judicial, que requiere cumplir –sin que la voluntad del imputado pueda impedirlo– determinados requisitos legalmente previstos; que la conclusión anticipada de la instrucción judicial se circunscribe a determinados tipos penales y a procesos simples, siempre que se presenten puntuales supuestos procesales, tales como flagrancia delictiva, investigación preliminar con la intervención del Fiscal con suficiencia probatoria y confesión sincera, lo que se explica porque causalmente se tiende a limitar los actos de investigación judicial y, por ello, podría afectar la incorporación de fuentes de prueba y elementos de convicción para que, en su día, se funde una acusación o se sostenga una defensa razonable; que, empero, en el caso de la conclusión anticipada del debate oral se privilegia la captación de los cargos por parte del imputado y su defensa –ella es la titular de esta institución–, cuya seguridad –de cara al principio de presunción de inocencia– parte de una instrucción cumplidamente actuada con sólidos elementos de convicción, y valorada, a los efectos de la pretensión acusadora, por el Fiscal Superior y luego, por la defensa, de suerte que el artículo cinco –precisamente por, tratarse de una institución procesal autónoma y distinta de la anterior– no impone límite alguno en orden al delito objeto de acusación o a la complejidad del proceso ni remite su aplicación a las exigencias de los artículos uno y dos; que, asimismo, es de aclarar que cuando el artículo cinco hace mención a la "confesión sincera", en rigor nos remite al numeral uno de dicha norma que por tal expresión, a estos solos efectos –aunque dogmáticamente cuestionable–, entiende únicamente aceptar en ese trámite ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil, de modo que en este caso tampoco cabe concordarlo necesariamente con el artículo ciento treinta y seis del Código de Procedimientos Penales o con el artículo uno, numeral tres, de la citada Ley. **Cuarto:** Que, en el presente caso, luego de instalarse el juicio oral y fijar los términos del debate se preguntó al imputado y su defensa si el primero se consi-

deraba ser autor del delito materia de la acusación fiscal, y responsable del pago de la reparación civil, quien al responder en sentido positivo con aceptación de su defensa y sin exigencia de actuación probatoria alguna, dio lugar a la sentencia recurrida; que es de acotar que el acto de disposición del imputado y su defensa se circunscribe al reconocimiento de la responsabilidad penal y civil atribuida, no es un allanamiento a la pena pedida y a la reparación civil solicitada, por lo que –como postula la doctrina procesalista– el Tribunal está autorizado, al reconocerse los hechos acusados, a recorrer la pena en toda su extensión, desde la más alta prevista en el tipo penal hasta la mínima inferida, llegando incluso hasta la absolución si fuere el caso, esto es si se toma en cuenta la fuente española, parcialmente acogida, cuando se advierta que el hecho es atípico o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia determinante de la exención de responsabilidad penal o de su preceptiva atenuación; que, como es de advertirse, se trata de una modalidad especial de sentencia, que puede denominarse "sentencia anticipada", producto de una confesión del acusado en los términos antes descritos; que esta confesión tiene como efecto procesal concluir el juicio oral, y no está circunscripta exclusivamente al pedido de pena y reparación civil del fiscal y, en su caso, de la parte civil, consecuentemente, el Tribunal retiene su potestad de fijarlas conforme a lo que corresponda y con arreglo a los principios de legalidad y proporcionalidad. **Quinto:** Que la sentencia recurrida, invocando adicionalmente el artículo ciento treinta y seis del Código de Procedimientos Penales, impuso una pena de siete años de privación de libertad, sin perjuicio de las penas de multa e inhabilitación, que el Fiscal no recurrió pese a que solicitó diez años de pena privativa de libertad en la acusación de fojas ciento cuarenta y siete, por lo que no corresponde revisar tal extremo de la sentencia de instancia por no ser materia de la impugnación. **Sexto:** Que, dado el carácter general de la interpretación de los alcances del artículo cinco de la Ley veintiocho mil ciento veintidós como institución procesal penal aplicable a toda clase de delitos sujetos al proceso penal ordinario, corresponde disponer su carácter de precedente vinculante en sus fundamentos jurídicos tercero y cuarto, en aplicación a lo dispuesto en el numeral uno del artículo trescientos uno – A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas ciento sesenta y ocho, su fecha veintiséis de marzo de dos mil cuatro, en cuanto condena a José Givaldo da Silva como autor del delito de tráfico ilícito de drogas –tipo base– en agravio del Estado, a siete años de pena privativa de libertad, ciento ochenta días multa e inhabilitación; con lo demás que al respecto contiene; declararon **HABER NULIDAD** en la propia sentencia en cuanto fija en dos mil nuevos soles el monto por reparación civil a favor del Estado; reformándolo: **FIJARON** en diez mil nuevos soles; **DISPUSIERON** que los fundamentos jurídicos tercero y cuarto de la presente Ejecutoria constituyen precedente vinculante; **ORDENARON** que este fallo se publique en el diario oficial El Peruano; y los devolvieron.

Ejecutoria vinculante	:	12 de julio de 2005
Recurso de nulidad	:	2206-2005
Procedencia	:	Ayacucho
Sala Suprema Penal Permanente		
Ponente	:	Lecaros Cornejo
Vocales integrantes de Sala	:	Sivina Hurtado, San Martín Castro, Palacios Villar, Lecaros Cornejo, Molina Ordóñez
Derecho Procesal Penal	:	Artículo 301-A num. 1, del Código de Procedimientos Penales, introducido por D. Leg. Nº 959
Derecho Penal	:	Delito de tráfico ilícito de droga
Disposiciones estudiadas	:	Artículo 5º de la Ley Nº 28122

Resumen

"(...) que la regla segunda del citado artículo de la ley en referencia [artículo 5° de la Ley 28122] prescribe que en ese caso, una vez declarada la conclusión anticipada del debate oral, se dictará sentencia en esa misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de 48 horas, bajo sanción de nulidad; que estos casos, tal como ha procedido el Tribunal de Instancia, no cabe plantear y votar las cuestiones de hecho a que se refiere el artículo 281° del Código de Procedimientos Penales, no solo porque la norma especial no lo estipula de modo expreso, sino también porque el citado artículo 281° de la Ley Procesal Penal presupone una audiencia precedida de la contradicción de cargos y de una actividad probatoria realizada para verificar –rechazando o aceptando– las afirmaciones de las partes, que es precisamente lo que no existe en esta modalidad especial de finalización del procedimiento penal".

TEXTO DE LA EJECUTORIA PENAL:

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el acusado Flavio Argumedo Gamboa contra la sentencia de fojas cuatrocientos cuarenta y cuatro, de fecha veintisiete de abril de dos mil cinco; de conformidad con lo dictaminado por la señora Fiscal Suprema en lo Penal; por sus fundamentos; y CONSIDERANDO: **Primero:** Que en la formalización del recurso de nulidad de fojas cuatrocientos sesenta y cuatro la defensa del acusado Argumedo Gamboa cuestiona la pena impuesta, pues a su juicio no se apreció la confesión sincera de su patrocinado por lo que debe imponérsele una pena por debajo del mínimo legal. **Segundo:** Que, por el contrario, el Tribunal de Instancia ha valorado adecuadamente las exigencias que plantea la determinación de la pena, en orden a las condiciones personales del acusado, a la naturaleza del delito y a la forma y circunstancias de la comisión del evento delictivo –cabe señalar que

conjuntamente con el acusado Serafín Luque Anyaco estaban transportando doce kilos quinientos sesenta gramos de pasta básica de cocaína para su posterior comercialización–, así como a las reglas o factores previstos por los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal; que si bien el acusado Argumedo Gamboa desde la etapa preliminar hasta el juicio oral admitió los hechos materia de acusación, la imposición de una pena por debajo del mínimo legal a tenor del artículo ciento treinta y seis del Código de Procedimientos Penales, modificado por el artículo uno de la Ley veinticuatro mil trescientos ochenta y ocho, es facultativa; que, en tal virtud, la pena impuesta se encuentra arreglada a ley. **Tercero:** Que la sentencia cinco de la ley número veintiocho mil ciento veintidós, que autoriza recurrida se ha emitido al amparo de lo dispuesto por el artículo la conclusión anticipada del debate oral si el acusado, con la conformidad de su abogado defensor, acepta ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil; que la regla segunda del citado artículo de la ley en referencia prescribe que en ese caso, una vez declarada la conclusión anticipada del debate oral, se dictará sentencia en esa misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho horas, bajo sanción de nulidad; que estos casos, tal como ha procedido el Tribunal de Instancia, no cabe plantear y votar las cuestiones de hecho a que se refiere el artículo doscientos ochenta y uno del Código de Procedimientos Penales, no solo porque la norma especial no lo estipula de modo expreso, sino también porque el citado artículo doscientos ochenta y uno de la Ley Procesal Penal presupone una audiencia precedida de la contradicción de cargos y de una actividad probatoria realizada para verificar –rechazando o aceptando– las afirmaciones de las partes, que es precisamente lo que no existe en esta modalidad especial de finalización del procedimiento penal. **Cuarto:** Que tratándose de una interpretación que sienta un principio acerca del alcance de la regla segunda del artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós, y visto su carácter general, corresponde invocar el apartado uno del artículo trescientos uno – A del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve, y disponer el carácter vinculante del fundamento jurídico anterior. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas cuatrocientos cuarenta y cuatro, de fecha veintisiete de abril de dos mil cinco, en la parte recurrida que condena a Flavio Argumedo Gamboa por delito contra la salud pública –tráfico ilícito de drogas– en agravio del Estado a ocho años de pena privativa de libertad, al pago de trescientos días multa e inhabilitación conforme a los incisos uno, dos y cuatro del artículo treinta y seis del Código Penal por el término de cinco años; con lo demás que contiene; **ESTABLECIERON** que el fundamento jurídico tercero de la presente Ejecutoria tiene carácter vinculante; en consecuencia, **ORDENARON** su publicación en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Pórtalo Página Web del Poder Judicial; y los devolvieron.

Ejecutoria	:	26 de mayo de 2005
Recurso de nulidad	:	884-2005
Procedencia	:	Arequipa Sala Suprema Penal Permanente
Ponente	:	San Martín Castro
Vocales integrantes de Sala	:	Sivina Hurtado, San Martín Castro, Palacios Villar, Lecaros Cornejo, Molina Ordonez
Derecho Procesal Penal	:	Artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por D. Leg. Nº 959
Derecho Penal	:	Delito de robo agravado
Disposiciones estudiadas	:	Artículo 5º de la Ley Nº 28122

Sumilla:

"(...) aun cuando la Sala por auto (...), anuló indebidamente el auto que disponía la conclusión anticipada de la audiencia –en tanto que, como este Supremo Tribunal ya lo estableció mediante sentencia vinculante, el artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós no está sujeto a los límites de los artículos anteriores de dicho dispositivo legal–, ello no genera la nulidad del juicio y de la sentencia en tanto que el efecto de la referida resolución fue llevar a cabo el juicio con arreglo a sus pasos regulares, sin que se haya producido indefensión material".

TEXTO DE LA EJECUTORIA PENAL:

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por los acusados Senobio Huacho Alejandro y Mercedes Vargas Cama contra la sentencia condenatoria de fojas cuatrocientos treinta y siete, su fecha veintiuno de diciembre de dos mil cuatro; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que el acusado Senobio Huacho en su recurso formalizado de fojas cuatrocientos cincuenta y siete cuestiona la aplicación del último párrafo del artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal al no haberse demostrado que pertenecía a una organización delictiva ni los demás supuestos fijados en dicha norma; agrega que es confeso y que la anulación del auto que disponía la conclusión anticipada del juicio oral es ilegal; que, por su parte, la abogada del acusado Vargas Cama cuestiona la pena de cadena perpetua por ser inconstitucional, que su defendido es confeso y, como tal, debe merecer una pena por debajo del mínimo legal. **Segundo.** Que si bien el señor Fiscal Superior no formuló acusación por el último párrafo del artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal, la Sala sentenciadora cumplió con plantear la tesis sugiriendo la aplicación de esa circunstancia agravante específica, según se aprecia del acta de fojas cuatrocientos veintisiete, por lo que en principio el fallo emitido en ese extremo no vulnera el principio de contradicción al cumplirse con la exigencia estipulada en el artículo doscientos ochenta y cinco – A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve; que, por otro lado, aún cuando la Sala por auto de fojas cuatrocientos doce, del nueve de

diciembre de dos mil cuatro, anuló indebidamente el auto que disponía la conclusión anticipada de la audiencia –en tanto que, como este Supremo Tribunal ya lo estableció mediante sentencia vinculante, el artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós no está sujeto a los límites de los artículos anteriores de dicho dispositivo legal–, ello no genera la nulidad del juicio y de la sentencia en tanto que el efecto de la referida resolución fue llevar a cabo el juicio con arreglo a sus pasos regulares, sin que se haya producido indefensión material. Tercero: Que la Sala Superior consideró la presencia de la circunstancia agravante de organización delictiva porque en los dos delitos objeto de proceso participaron cuatro personas se pusieron de acuerdo para delinquir; que, sin embargo, aun cuando está probada la existencia de los dos delitos y el concierto delictivo de los participantes en los robos, no está acreditada la presencia de una organización delictiva, en tanto que dicha circunstancia agravante requiere que dos o más personas de manera organizada y cierta vocación de permanencia se agrupen [sobre la base de] una estructura jerárquica y una división funcionales de roles con la finalidad de perpetrar delitos; que no se ha probado la comisión de numerosos delitos, ni que antes de los hechos submateria los acusados ya estaban organizados y los perpetraban sobre la base de una división funcional de roles. **Cuarto:** Que, por consiguiente, excluida la aplicación del último párrafo del artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal, resultan aplicables los incisos dos, tres, cuatro y siete del Código acotado; que para la medición de la pena se tiene en cuenta la naturaleza o entidad de los delitos perpetrados, el número de infracciones cometidas, la pluralidad de personas que intervinieron, sus calidades personales, y la forma y circunstancias de su comisión. Por estos fundamentos: declararon **NULA** la sentencia de fojas cuatrocientos treinta y siete, su fecha veintiuno de diciembre de dos mil cuatro, en el extremo que condena a Senobio Huacho Alejandro y Mercedes Vargas Cama como autores del delito contra el patrimonio - robo agravado previsto y sancionado por el artículo ciento ochenta y nueve último párrafo en agravio de Rubén Sánchez Yáñez, Edvvin Tello Valverde, Jubi Teresa Molina Cano, Julia Bertha Yáñez Bailón, Daniel Yacolca Flores, Gustavo López Mantari y Alberto Canal Aguirre; declararon **NO HABER NULIDAD** en la citada sentencia en cuanto los condena por los incisos dos, tres, cuatro y siete del artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal; declararon **HABER NULIDAD** en la propia sentencia en el extremo que les impone la pena de cadena perpetua; reformándola: les **IMPUSIERON** veinte años de pena privativa de libertad, que computados desde el catorce de octubre de dos mil tres vencerá el trece de octubre de dos mil veintitrés; declararon **NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene y es materia del recurso; y apareciendo de los antecedentes carcelarios de fojas trescientos sesenta y uno que el encausado Senobio Huacho Alejandro se encontraba gozando de beneficio penitenciario de semilibertad: **DISPUSIERON** que por quien corresponda se proceda, de ser el caso, conforme a lo dispuesto por el artículo cincuenta y dos del Código de Ejecución Penal y por los artículos ciento noventa y dos y siguientes del Reglamento del Código de Ejecución Penal; y los devolvieron.

Ejecutoria	:	7 de febrero de 2006
Recurso de nulidad	:	186-2006
Procedencia	:	Piura Sala Suprema Penal Permanente
Ponente	:	San Martín Castro
Vocales integrantes de Sala	:	Sivina Hurtado, San Martín Castro, Valdez Roca, Lecaros Cornejo, Calderón Castillo
Derecho Procesal Penal	:	Artículo 298 inc. 1, del Código de Procedimientos Penales
Derecho Penal	:	Delito contra la libertad sexual - violación sexual de menor de edad en agravio de la menor
Disposiciones estudiadas	:	Artículo 5° de la Ley N° 28122

Sumilla

"Que la institución de la 'conformidad' o conclusión anticipada del debate oral tiene como presupuesto que el imputado acepte los hechos, tal como han sido propuestos por la Fiscalía, sin perjuicio que aquel –aceptando los mismos– pueda cuestionar la magnitud de la pena y la cuantía de reparación civil solicitada, lo que en todo caso, dentro de ese marco procesal de aceleramiento y simplificación de la justicia, puede merecer un debate más restringido sustentado en los elementos de convicción aportados durante el sumario judicial; que, sin embargo, en el caso de autos el imputado no aceptó el cuadro de hechos incorporado por el Fiscal Superior en la acusación escrita, base del contradictorio, por lo que sus argumentos basados en cómo ocurrieron los hechos penalmente relevantes y en la presencia de un error de tipo necesariamente requerían que el plenario se lleve a cabo en toda dimensión procesal, por lo que al haberse aceptado la conclusión anticipada se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el inciso uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales".

TEXTO DE LA EJECUTORIA PENAL:

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la señora Fiscal Superior contra la sentencia condenatoria de fojas ciento setenta y seis, del siete de noviembre de dos mil cinco; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que la señora Fiscal Superior en su recurso formalizado de fojas ciento ochenta y cuatro sostiene que el imputado abusó de la escasa edad de la agraviada pese a que incluso existía una diferencia de edad de treinta y cinco años y tenía un hogar constituido, por lo que la pena impuesta debe ser aumentada; asimismo, estima que la reparación civil debe aumentarse porque embarazó a la menor agraviada. **Segunda:** Que de autos aparece que el encausado Yanayaco Morocho, de cuarenta y ocho años de edad, aprovechando que la menor

agraviada N. del C.C.A. concurría a su domicilio a jugar con su menor hijo, le hizo sufrir el acto sexual en varias oportunidades, al punto de embarazarla, situación que permitió a los familiares de la víctima tomar conocimiento de los hechos y denunciarlos ante la Policía. **Tercero:** Que el señor Fiscal Superior en su acusación de fojas ciento cuarenta y nueve precisó que el imputado Yanayaco Morocho, desde que la agraviada contaba con trece de edad, la sometió constantemente a abusos sexuales –la agraviada, empero, expresó que la agresión sexual se inició cuando contaba con diez años de edad–, quien pretende sustraerse a su responsabilidad "(...) alegando haber sido seducido por la menor agraviada y equivocado de la edad real con la que contaba, razón por la que deberá ser durante los debates orales, donde con mayor criterio se determine el grado de responsabilidad que le corresponde (...)"; que el imputado si bien en el acto oral –acta de fojas ciento setenta y uno– aceptó concluir anticipadamente el juicio, alegó que está incurso en el supuesto de confesión sincera –que no aceptó la Fiscalía al formular acusaciones–, a la vez que solicitó una pena menor y una reparación civil de acuerdo a su condición económica. **Cuarto:** Que la institución de la "conformidad" o conclusión anticipada del debate oral tiene como presupuesto que el imputado acepte los hechos, tal como han sido propuestos por la Fiscalía, sin perjuicio que aquel –aceptando los mismos– pueda cuestionar la magnitud de la pena y la cuantía de reparación civil solicitada, lo que en todo caso, dentro de ese marco procesal de aceleramiento y simplificación de la justicia, puede merecer un debate más restringido sustentado en los elementos de convicción aportados durante el sumario judicial; que, sin embargo, en el caso de autos el imputado no aceptó el cuadro de hechos incorporado por el Fiscal Superior en la acusación escrita, base del contradictorio, por lo que sus argumentos basados en cómo ocurrieron los hechos penalmente relevantes y en la presencia de un error de tipo necesariamente requerían que el plenario se lleve a cabo en toda dimensión procesal, por lo que al haberse aceptado la conclusión anticipada se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el inciso uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales. Por estos fundamentos: declararon **NULA** la sentencia de fojas ciento setenta y seis, del siete de noviembre de dos mil cinco; **MANDARON** se realice el juicio oral por otro colegiado conforme a sus propios términos; en el proceso seguido contra Luis Yanayaco Morocho por delito contra la libertad sexual –violación sexual de menor de edad en agravio de la menor N. del C.C.A.; y los devolvieron.

Ejecutoria	:	3 de febrero de 2006
Recurso de nulidad	:	3370-2005
Procedencia	:	Lima Sala Suprema Penal Permanente
Ponente	:	San Martín Castro
Vocales integrantes de Sala	:	Sivina Hurtado, San Martín Castro, Valdez Roca, Lecaros Cornejo, Calderón Castillo
Derecho Procesal Penal	:	Artículo 136 del Código de Procedimientos Penales
Derecho Penal	:	Delito contra la libertad - violación de la libertad personal - secuestro
Disposiciones estudiadas	:	Artículo 5º de la Ley Nº 28122

Resumen

"(...) se declaró culpable de los cargos que se le imputan y se acogió a la conclusión anticipada del debate oral, lo que fue aceptado por su defensora (...); que, por tanto, habiéndose expresado una firme voluntad, libre, informada y con el asesoramiento correspondiente, de aceptar los cargos objeto de acusación fiscal, no es posible sostener tardíamente que de los cuatro atentados, que incluyen el conjunto de delitos y agraviados anteriormente indicados, solo se intervino secundariamente en el primero de ellos y sobre esa base, y de su confesión, instar una rebaja de pena aún más beneficiosa que la impuesta por el Tribunal de Instancia; que, por consiguiente, la aceptación de los cargos es jurídicamente irreprochable –a la que se agregan las sindicaciones de varios de sus coimputados y el reconocimiento de, por lo menos, uno de los afectados– y el procedimiento seguido por la Sala sentenciadora está arreglado a lo estipulado en el artículo 5 de la Ley Nº 28122".

TEXTO DE LA EJECUTORIA PENAL:

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Jorge Manolo Villena Oyóla contra la sentencia condenatoria de fojas dos mil trescientos setenta, del seis de junio de dos mil cinco; por sus fundamentos; de conformidad con el dictamen de la señora Fiscal Suprema en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que la defensa del encausado Villena Oyola en su recurso formalizado de fojas dos mil trescientos ochenta alega que no se ha tomado en cuenta el arrepentimiento de su patrocinado y la colaboración que ello significó para la Administración de Justicia, por lo que la pena impuesta es excesivamente grave; que por otro lado, el propio imputado en un escrito adicional corriente a fojas dos mil trescientos ochenta y dos, puntualiza

que solo intervino como cómplice en el secuestro de la agraviada Lourdes Berenice Muñoz Rodríguez –no así en los demás delitos–, y que es de aplicación el artículo ciento treinta y seis del Código de Procedimientos Penales. **Segundo:** Que en la acusación fiscal de fojas mil setecientos sesenta y cinco se atribuyó al encausado Villena Oyóla –quien actuó delictivamente con varios individuos mediante una organización criminal– la comisión del delito de secuestro en agravio de Lourdes Berenice Muñoz Rodríguez y Carlos Navarro Abanto, del delito de tentativa de extorsión en agravio de Luis Alberto Venero Garrido, y de los delitos de robo agravado en perjuicio de Empresa Molitalia Planta "Costa", Edmen Damián Canchano, Empresa de Seguridad y Resguardo de Caudales "Hermes". Banco de Crédito del Perú y Hernio Tello Anco, cometidos todos ellos entre mayo y octubre de dos mil uno; que el citado acusado, expresamente, en la segunda sesión del juicio oral, asistido por la defensora de oficio, se declaró culpable de los cargos que se le imputan y se acogió a la conclusión anticipada del debate oral, lo que fue aceptado por su defensora –véase acta de fojas dos mil trescientos sesenta–; que, por tanto, habiéndose expresado una firme voluntad, libre, informada y con el asesoramiento correspondiente, de aceptar los cargos objeto de acusación fiscal, no es posible sostener tardíamente que de los cuatro atentados, que incluyen el conjunto de delitos y agraviados anteriormente indicados, solo se intervino secundariamente en el primero de ellos y sobre esa base, y de su confesión, instar una rebaja de pena aún más beneficiosa que la impuesta por el Tribunal de Instancia; que, por consiguiente, la aceptación de los cargos es jurídicamente irreprochable –a la que se agregan las sindicaciones de varios de sus coimputados y el reconocimiento de, por lo menos, uno de los afectados– y el procedimiento seguido por la Sala sentenciadora está arreglado a lo estipulado en el artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós. **Tercero:** Que en tal virtud, como aparece de la normalización del recurso impugnatorio planteado por la defensora de oficio –la misma que asesoró al imputado en el acto oral– su objeto se circunscribe al quantum de la pena impuesta; que es claro que el imputado cometió los delitos materia de condena como integrante de una organización delictiva, lo que es evidente en función del número de personas involucradas en su comisión, a la forma y circunstancias en que se perpetraron, y al hecho evidente de que en su ejecución se requirió una meticulosa planificación y la indispensable utilización de recursos logísticos, armamento y recursos humanos, todo lo que exigía la cobertura y la intervención de una organización delictiva y el concurso de individuos orgánica y funcionalmente vinculados a los fines de la misma, por lo que la aplicación de la circunstancia especialmente agravada de "actuación delictiva en calidad de integrante de una organización delictiva o banda", prevista en el párrafo final del artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal esa agravante y la pena de cadena perpetua están vigentes en nuestro ordenamiento punitivo para el delito de robo agravado desde la Ley número veintiséis mil trescientos diecinueve, del uno de junio de mil novecientos noventa y cuatro, continuó con la Ley número

veintiséis mil seiscientos treinta, del veintiuno de junio de mil novecientos noventa y seis y con el Decreto Legislativo número ochocientos noventa y seis, y se consolidó con la Ley número veintisiete mil cuatrocientos setenta y dos, del cinco de junio dos mil uno–, se encuentra arreglada a derecho; que, por otro lado, si se asume, como en efecto sucedió, que el imputado admitió los cargos, la aplicación del artículo ciento treinta y seis del Código de Procedimientos Penales está justificada: que la pena de veinticinco años de privación de libertad impuesta, en virtud de las circunstancias del hecho, de las calidades personales del imputado –registra numerosos antecedentes conforme se aprecia de fojas dos mil trescientos sesenta y cinco y no aparece que se dedique a una actividad laboral determinada–, y de la gravedad de los delitos perpetrados, no permite –por estrictas razones de proporcionalidad disminuirla aún más, en tanto que en este caso la base o pauta inicial para la individualización judicial de la sanción es la pena de cadena perpetua. Por estos fundamentos: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas dos mil trescientos setenta, del seis de junio de dos mil cinco. que condena a Jorge Manolo Villena Oyóla como autor de los delitos contra la libertad –violación de la libertad personal– secuestro en agravio de Lourdes Berenice Muñoz Rodríguez y Carlos Navarro Abanto, contra el patrimonio –extorsión en grado de tentativa en agravio de Luis Alberto Venero Garrido, y contra el patrimonio– robo agravado en perjuicio de la Empresa Molitalia "Planta Costa", Edmen Damián Canchano. Empresa de Seguridad y Resguardo de Caudales "Hermes", Banco de Crédito del Perú y Hernio Tello Anco, a veinticinco años de pena privativa de libertad y fija en diez mil nuevos soles el monto de la reparación civil a favor de los agraviados de cada hecho; con lo demás que contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.

Ejecutoria	:	9 de enero de 2006
Recurso de nulidad	:	3390-2005
Procedencia	:	Lima Sala Suprema Penal Permanente
Ponente	:	San Martín Castro
Vocales integrantes de Sala	:	Sivina Hurtado, San Martín Castro, Valdez Roca, Lecaros Cornejo, Calderón Castillo
Derecho Penal	:	Delito contra la Salud Pública - tráfico ilícito de drogas
Disposiciones estudiadas	:	Artículo 5º de la Ley Nº 28122

Sumilla

"(...) en primer lugar, la oportunidad de la conclusión anticipada; y, en segundo lugar, la corrección jurídica de la misma; que, respecto al primer punto, se tiene que si bien en la oportunidad legalmente prevista el encausado rechazó la conclusión anticipada del debate oral, ello en modo alguno significa que en otros momentos procesales sea posible intentarla puesto que, en principio, debe entenderse que las preclusiones no son necesariamente absolutas, tanto más si la razón de ser de la institución analizada estriba en poner fin aceleradamente a un juicio; que para estos efectos debe tenerse en cuenta si el momento del sometimiento a la "conformidad" –terminación anticipada del debate oral– no desnaturaliza el normal cauce del procedimiento del juicio oral o si se persiguen objetivos contrarios a la meta de esclarecimiento del proceso o que vulneren el principio de moralidad o buena fe procesal; que, en el presente caso, el periodo probatorio, en orden al interrogatorio de los acusados estaba en su fase final, y fallaba continuar con la actuación de los restantes medios probatorios, luego, no había posibilidad de que el encausado Curay Culquicondor pudiera especular con su posición procesal, alterar la línea acusadora del representante del Ministerio Público, perjudicar a algún coimputado o frustrar algún acto procesal de carácter probatorio de posible trascendencia en el resultado final de la causa –por lo demás, como se sabe, la sentencia respecto del acusado que se somete a la conclusión anticipada en modo alguno evita que concurra al juicio para ser examinado y contribuir al esclarecimiento de los hechos acusados y debatidos en la audiencia–; que, por consiguiente, la viabilidad del procedimiento de conclusión anticipada del debate oral respecto del acusado Curay Culquicondor no tiene reparo jurídico alguno; que, en relación a la aceptación de la conformidad y a la consiguiente emisión de la sentencia respetando esos términos, es de puntualizar que del acta de la audiencia se tiene que a instancia del propio imputado y su defensa se planteó la posibilidad de concluir anticipadamente el debate oral y que el Tribunal expresamente insistió al imputado si se consideraba

inocente o culpable de los cargos que se le atribuían, responsabilidad que fue aceptada tanto por dicho encausado cuanto por su abogado defensor, por lo que no es de recibo sostener, a raíz de la pena impuesta, que su participación delictiva fue distinta a la expresada por el representante del Ministerio Público, en la medida en que la voluntariedad y pleno conocimiento del trámite al que se sometió no presenta duda alguna".

TEXTO DE LA EJECUTORIA PENAL:

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el acusado Fortunato Curay Culquicondor contra la sentencia condenatoria de fojas trescientos setenta y tres, del nueve de agosto de dos mil cinco; por sus fundamentos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal: y **CONSIDERANDO: Primero:** Que el encausado en su recurso formalizado de fojas cuatrocientos uno alegó que no se tuvo en cuenta los hechos en que realmente participó que dieron lugar al proceso incoado en su contra, que al acogerse a la terminación anticipada del juicio oral solo aceptó haber guardado las maletas con droga ulteriormente incautadas por la policía y que, por tanto, debió ser condenado por el artículo doscientos noventa y seis del Código Penal; agrega, y que se omitió el pronunciamiento acerca de la solicitud de acumulación de procesos que planteó su coencausada Zenobia Cárdenas Poma, a la que se adhirió. **Segundo:** Que el señor Fiscal Superior en la acusación escrita de fojas doscientos noventa precisó que el encausado Curay Culquicondor dirigía una organización internacional dedicada al tráfico ilícito de drogas y que, bajo diversas modalidades, enviaba droga con destino a Europa: que como datos de hecho señaló que a raíz de la intervención a Jhonny Roca del Águila y a la ciudadana ecuatoriana Martha Leonor Gómez Romero, realizada en horas de la tarde del siete de julio de dos mil dos en el terminal terrestre de la empresa Civa, se le incautó un maletín en el que se había acondicionado un kilo cuatrocientos ochenta y dos gramos de clorhidrato de cocaína, el mismo que fue proporcionado por el citado imputado Curay Culquicondor; que, igualmente, ante la versión de aquellos, ese mismo día se intervino el domicilio del referido imputado, que compartía con la encausada Zenobia Cárdenas Poma, donde se incautaron diversos equipos para el pesaje y acondicionamiento de droga; que, además, en el domicilio de la encausada Maribel Morales Torrejón, vinculada sentimentalmente al recurrente, se hizo lo propio con ocho bolsitas de polictileno con adherencias de alcaloide de cocaína, y en un último domicilio, alquilado por el referido encausado Curay Culquicondor, se incautaron tres maletas de viaje grandes, en cuyo interior se había acondicionado cincuenta y siete bolsitas plásticas pequeñas y cinco planchitas de papel conteniendo nueve kilos setecientos gramos de clorhidrato de cocaína; que el señor Fiscal Superior subsumió los hechos objeto de imputación en el artículo doscientos noventa y siete inciso seis del Código Penal, modificado por la Ley número veintiocho mil dos, y solicitó veinticinco años de pena privativa de libertad, ciento ochenta días multa e inhabilitación. **Tercero:** Que

en la sesión de la audiencia del dieciocho de julio de dos mil cinco, comente a fojas trescientos doce, se preguntó al acusado si se declaraba culpable o inocente de los cargos formulados en su contra, quien respondió que se consideraba inocente por lo que se dispuso la continuación de la audiencia –que solo concluyó anticipadamente respecto del acusado Roca del Águila–; que, sin embargo, en una sesión posterior, del ocho de agosto de dos mil cinco, y luego de haber culminado el interrogatorio a las acusadas Martha Leonor Gómez Romero, Zenobia Cárdenas Poma y Maribel Morales Torrejón expresamente se acogió a la terminación anticipada de la audiencia y acotó que se consideraba responsable de los cargos objeto de imputación lo que fue puntualmente aceptado por su abogado defensor, tal como aparece del acta de fojas trescientos sesenta y siete, situación procesal que dio lugar a que el Tribunal, con la conformidad del representante del Ministerio Público, declare la conclusión anticipada del debate oral y dicte sentencia inmediata, a mérito de lo cual se condenó al citado imputado por la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, previsto y sancionado por el artículo doscientos noventa y siete inciso seis del Código Penal, a quince años de pena privativa de libertad, ciento cincuenta días multa e inhabilitación. **Cuarto:** Que dos son los temas fundamentales que presenta el recurso: en primer lugar, la oportunidad de la conclusión anticipada; y, en segundo lugar, la corrección jurídica de la misma; que respecto al primer punto, se tiene que si bien en la oportunidad legalmente prevista el encausado rechazó la conclusión anticipada del debate oral, ello en modo alguno significa que en otros momentos procesales sea posible intentarla puesto que, en principio, debe entenderse que las preclusiones no son necesariamente absolutas, tanto más si la razón de ser de la institución analizada estriba en poner fin aceleradamente a un juicio; que para estos efectos debe tenerse en cuenta si el momento del sometimiento a la "conformidad" terminación anticipada del debate oral– no desnaturaliza el normal cauce del procedimiento del juicio oral o si se persiguen objetivos contrarios a la meta de esclarecimiento del proceso o que vulneren el principio de moralidad o buena fe procesal; que, en el presente caso, el periodo probatorio, en orden al interrogatorio de los acusados estaba en su fase final, y faltaba continuar con la actuación de los restantes medios probatorios, luego, no había posibilidad de que el encausado Curay Culquicondor pudiera especular con su posición procesal, alterar la línea acusadora del representante del Ministerio Público, perjudicar a algún coimputado o frustrar algún inciso del artículo 5° de la citada Ley, no debió concluirse anticipadamente el juicio oral, por lo que al haberse procedido en el modo descrito se ha incurrido en la causal de nulidad".

TEXTO DE LA EJECUTORIA PENAL:

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Miguel Eduardo Castro Quispe contra la sentencia de fojas doscientos cincuenta y tres, de dos de junio de dos mil cuatro; y CONSIDERANDO: Primero: Que el acusado Castro Quispe en su recurso formalizado de fojas doscientos setenta y seis cuestiona la sentencia

condenatoria denunciando que se aplicó indebidamente el artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós al no invocar en el fallo el artículo ciento treinta y seis del Código de Procedimientos Penales que regula la institución de la confesión sincera; agrega que no concurrieron los requisitos establecidos para la conclusión anticipada del juicio oral pues se alegó la presencia de sendos errores de tipo y de prohibición. **Segundo:** Que en la sesión de instalación del juicio oral, materia del acta de fojas doscientos cuarenta y siete, se consultó al acusado si se considera responsable de los cargos que se le imputaron y del pago de la reparación civil, el mismo que respondió que "(...) si acepta los cargos que se le imputan, pero que las relaciones sexuales que tuvo con la agraviada fueron de manera voluntaria y porque le dijo que tenía dieciséis años (...)"; asimismo, se hizo lo propio con su abogado de confianza, doctor Carlos Gutiérrez Alvarez, quien si bien expresó que aceptaba lo expuesto por su patrocinado, también señaló que: "(...) de la declaración del proceso aparece que no sabía que mantener relaciones sexuales con menor de catorce años era un ilícito, que la agraviada le dijo que tenía dieciséis años.(...) (por lo que padeció) de un error vencible". **Tercero:** Que la conclusión anticipada del juicio oral, regulada por el artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós, presupone que el imputado acepta íntegramente los hechos objeto de acusación fiscal o, en todo caso, aceptándolos, solo cuestiona la calidad y cantidad de pena o el monto de la reparación civil solicitada por el señor Fiscal Superior, sin introducir circunstancias no contempladas en la acusación que requieran actividad probatoria concreta; que, en el presente caso, el imputado y su defensa si bien admitieron las relaciones sexuales con la menor agraviada, introdujeron dos hechos adicionales –no incorporados en la acusación fiscal de fojas doscientos quince– referentes al conocimiento de la edad de la víctima y concurrentemente, al conocimiento de la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, que a su vez importan la alegación tanto de un error de tipo cuanto de un error de prohibición. **Cuarto:** Que, siendo así, al no satisfacerse las exigencias del artículo cinco de la citada Ley, no debió concluirse anticipadamente el juicio oral, por lo que al haberse procedido en el modo descrito se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el inciso uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales. Por estos fundamentos: declararon **NULA** la sentencia de fojas doscientos cincuenta y tres, de dos de junio de dos mil cuatro –según auto aclaratorio de fojas doscientos ochenta, del veintitrés de junio de dos mil cuatro–; **MANDARON** se realice nuevo juicio oral por otro Colegiado; en el proceso seguido contra Miguel Eduardo Castro Quispe por delito contra la libertad - violación de la libertad sexual en agravio de la menor de iniciales F. de M.C.A.; y los devolvieron.

Ejecutoria	:	10 de febrero de 2006
Recurso de nulidad	:	4380-2005
Procedencia	:	Cusco Sala Suprema Penal Permanente
Ponente	:	San Martín Castro
Vocales integrantes de Sala :		Sivina Hurtado, San Martín Castro. Valdez Roca, Lecaros Cornejo, Calderón Castillo
Derecho Procesal Penal	:	Artículo 298 inc. 1, del Código de Procedimientos Penales
Derecho Penal	:	Delito contra la libertad sexual
Disposiciones estudiadas	:	Artículo 5º de la Ley Nº 28122.

Sumilla

"Que si bien el imputado y su defensora en el acto oral (...) se acogieron a la conclusión anticipada del debate oral, en esa misma sesión esta última señaló que se trataba de un delito de seducción por lo que solicitó se aplique la determinación alternativa; que, asimismo, en la sentencia recurrida se varió el hecho al introducir como dato nuevo que las relaciones sexuales se iniciaron tiempo después y fueron de mutuo acuerdo, lo que no es coincidente con los cargos formulados por el señor Fiscal Superior (...) en el presente caso no solo se trata de un cambio de tipificación por razones técnico jurídicas –una desvinculación entre título acusatorio y título condenatorio sin modificación fáctica–, sino de una desvinculación radicada en la incorporación como hecho probado de un dato fáctico distinto: el consentimiento de la víctima y el inicio del acto sexual (...); que tal modificación no puede hacerse sorpresivamente y, menos, sin que se produzca el contradictorio: que la conclusión anticipada del juicio oral que da lugar a la sentencia respectiva tiene como presupuesto la identidad del hecho incorporado por la acusación con la sentencia, de suerte que si el cuestionamiento alternativo del imputado y su defensora –como implícitamente fue planteada por aquella al hacer mención al delito de seducción importa una afirmación de un curso fáctico distinto que, además, significa la aplicación de otro tipo penal, tal institución no resulta procesalmente viable y eficaz; que al procederse en la forma descrita se ha desnaturalizado la institución de la conclusión anticipada del debate oral e incurrido en la causal de nulidad".

TEXTO DE LA EJECUTORIA PENAL:

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el señor Fiscal Adjunto Superior contra la sentencia condenatoria de fojas doscientos diecinueve, del cuatro de octubre de dos mil cinco; y CONSIDERANDO: Primero: Que el señor Fiscal Adjunto

Superior en su recurso formalizado de fojas doscientos veinticinco sostiene que se ha demostrado la comisión del delito y la culpabilidad del encausado, que la pena y la reparación civil impuestas no son razonables, y que aun cuando se ha sometido a la conclusión anticipada del debate oral no es posible que se varíe la tipificación del hecho punible. **Segundo:** Que el señor Fiscal Superior en su acusación de fojas ciento tres afirmó que en el mes de junio de mil novecientos noventa y ocho el imputado Amanqui Huanca interceptó a la menor agraviada, de doce años de edad, y por la violencia le hizo sufrir el acto sexual, atentado que reiteró en numerosas oportunidades hasta abril de dos mil dos, a consecuencia de lo cual resultó embarazada y dio a luz un niño, por lo que calificó el delito en el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal y solicitó se le imponga veinticinco años de pena privativa de libertad. **Tercero:** Que si bien el imputado y su defensora en el acto oral –véase acta de fojas doscientos once– se acogieron a la conclusión anticipada del debate oral, en esa misma sesión esta última señaló que se trataba de un delito de seducción por lo que solicitó se aplique la determinación alternativa; que, asimismo, en la sentencia recurrida se varió el hecho al introducir como dato nuevo que las relaciones sexuales se iniciaron tiempo después y fueron de mutuo acuerdo, lo que no es coincidente con los cargos formulados por el señor Fiscal Superior. **Cuarto:** Que en el presente caso no solo se trata de un cambio de tipificación por razones técnico jurídicas –una desvincularon entre título acusatorio y título condenatorio sin modificación fáctica–, sino de una desvinculación radicada en la incorporación como hecho probado de un dato fáctico distinto: el consentimiento de la víctima y el inicio del acto sexual en febrero de dos mil dos; que tal modificación no puede hacerse sorpresivamente y, menos, sin que se produzca el contradictorio; que la conclusión anticipada del juicio oral que da lugar a la sentencia respectiva tiene como presupuesto la identidad del hecho incorporado por la acusación con la sentencia, de suerte que si el cuestionamiento alternativo del imputado y su defensora –como implícitamente fue planteada por aquella al hacer mención al delito de seducción– importa una afirmación de un curso fáctico distinto que, además, significa la aplicación de otro tipo penal, tal institución no resulta procesalmente viable y eficaz; que al procederse en la forma descrita se ha desnaturalizado la institución de la conclusión anticipada del debate oral e incurrido en la causal de nulidad prevista en el inciso uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales. Por estos fundamentos: declararon NULA la sentencia de fojas doscientos diecinueve, del cuatro de octubre de dos mil cinco; MANDARON se realice el juicio oral conforme a sus propios términos por otro Colegiado; en el proceso seguido contra Wálter Amanqui Huanca –y no como erróneamente se consignó en la sentencia– por delito contra la libertad sexual en agravio de N.C.V.; y los devolvieron.

Correlación y desvinculación en el proceso penal

A propósito del nuevo artículo 285°-A CPP

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La correlación entre acusación y sentencia. 3. Desvinculación y planteamiento de la tesis.

1. INTRODUCCIÓN

Es una afirmación pacífica en la doctrina procesalista penal que el tema de la congruencia o, con mayor precisión, correlación entre la acusación y la sentencia está intimamente vinculado a tres nociones básicas, de profundo contenido valorativo: el objeto del proceso penal, el principio acusatorio y el derecho de defensa, en sus ámbitos más concretos del principio de contradicción y del derecho del imputado de conocer los cargos que se le incriminan(1).

Sin embargo, si se analiza con cierto detalle cada institución comprendida en nuestro ámbito de estudio, se concluirá, por el contrario, que la falta de uniformidad toma cuerpo al identificar y delimitar, en lo esencial,

(1) RIFA SOLER, José María y VALLS GOMBÁU, José Francisco: *Derecho procesal penal*. Madrid, Lurgium. 2000, pp. 53, 260 y 261.

la noción "objeto del proceso penal"[2], que según afirmó en su día RAMOS MÉNDEZ[3] es por antonomasia un tema controvertido. Para intentar una definición más o menos clara, es de partir de las propias exigencias del Derecho Penal material, que mas allá de toda polémica que también me lugar con marcado énfasis en esa disciplina, cumple junto con otros ordenamientos normativos, en palabras de BACIGALUPO ZAPATER:

> "... una función reparadora del equilibrio de un sistema social perturbado por el delito... [entendido como] una forma de comportamiento desviado que se considera grave dentro de un sistema social y que es calificado como tal por órganos legislativos con competencia para ello".

La pena, en este caso, como apunta JAKOBS, tiene la finalidad de estabilizar la vigencia de la norma vulnerada por el autor[4]. Ello exige, por un lado, la necesidad de esclarecer objetivamente el hecho punible que se imputa a una persona, vista la naturaleza de la sanción que utiliza el derecho penal –se atiende a los bienes jurídicos que priva o restringe, se trate de penas o de medidas de seguridad, y que son las sanciones más graves del sistema social–[5]; y de otro lado, conforme al artículo 139°.10 de la Constitución, la obligatoriedad de un proceso judicial para imponerla, necesariamente marcado por un conjunto de garantías mínimas que lo

---

[2] La noción "objeto del proceso penal", como apunta LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, tiene gran importancia práctica e incide sobre múltiples cuestiones del proceso penal Tal incidencia se presenta en relación con la *litis pendencia* –problema de la aplicación del principio ***non bis in ídem***–, los límites de la cosa juzgada –nuevamente el ***non bis in ídem***–, la modificación de la acusación, el ámbito de la sentencia, las limitaciones del recurso, etc. Tratado de derecho procesal penal: Navarra, Aranzadi, 2004, p. 314.

[3] RAMOS MÉNDEZ, Francisco: El proceso penal – Sexta lectura constitucional, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 2000. p. 34. Decía BETTIOL que este concepto domina en largura y profundidad toda la teoría general del proceso penal [Tomado de GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo: Estudios de Derecho Procesal, Pamplona, Eunsa, 1974, p. 520].

[4] BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: Derecho penal – Parte general. Lima ARA Editores, 2004, pp. 39-41.

[5] Existe, de este modo, un fuerte interés público en la realización del derecho penal material, lo que exige un procedimiento sustraído a la disposición de las partes en que se ha de examinar exactamente si la pretensión penal estatal ha surgido [vid.: BAUMAMM. Jüergen. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires Depalma, 1986, p. 4].

convierten en "debido", con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139°.3 de la citada Ley Fundamental(6).

Más allá de cualquier polémica acerca de si el objeto del proceso penal se identifica o no con la pretensión penal –aunque, desde luego, me afilio a esta última concepción–, interesa determinar sus elementos, en tanto que una nota característica del mismo es su singularidad; esto es, conforme enfatiza ASENCIO MELLADO, el objeto del proceso es ante todo un hecho singular, plenamente identificado y distinto de los demás, imputado a una persona(7). En la doctrina procesalista penal, existe coincidencia, por lo anteriormente expuesto, en que el objeto procesal contiene un elemento subjetivo y otro objetivo. El primero se circunscribe a la persona del imputado, mientras que el segundo está constituido por el "hecho punible". Este último elemento es el problemático y es central para dilucidar el ámbito de la congruencia o correlación penal.

Anotado lo expuesto, es de precisar, siguiendo a GÓMEZ ORBANEJA, que el objeto del proceso penal es *un factum* y no un *ius* o *crimen,* ya que el sistema acusatorio gravita no en la calificación jurídica, ni menos aún en la pena propuesta, sino en el hecho delictivo, en el "hecho calificado"(8).

La noción de "hecho punible", en principio, como aclara Baumann, se debe determinar sobre la base del "concepto procesal del hecho" *[prozessuale Tat],* que importa un conocimiento o idea mucho más amplia que el concepto jurídico-material y no depende de él –sus elementos no son los mismos–. Es de definir la noción de "hecho punible" como una situación o suceso unitario de hecho concreto, como un complejo fáctico, vale decir, –siguiendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo Federal

(6) Esto último ha permitido decir, por ejemplo, a QUINTERO OLIVARES que el proceso penal es parte del sistema penal, en tanto está constituido por normas que regulan el cómo y el modo de excitarse la actividad represora del Estado, las cuales a su vez poseen una carga ideológica y política en igual o superior grado que la norma sustantiva o material que define el delito y la pena aplicable (Manual de derecho penal – Parte general 2da. edición. Navarra, Aranzadi, 2000, pp. 47-48).

(7) ASENCIO MELLADO, José María: Derecho procesal penal, Valencia (España), Tirant lo Blanch, 1998, p. 96.

(8) Tomado de VERGER GRAU, Joan: La defensa del imputado y el principio acusatorio, Barcelona Bosch, 1994, p. 112.

Alemán 23, 141 y 145– se asume el comportamiento total del acusado, en cuanto conforma un suceso unitario, según la concepción de la vida –un acontecimiento histórico único–, con el hecho histórico descrito en el auto de enjuiciamiento, sin tener en cuenta si en la apreciación jurídico material se infieren una o varias acciones punibles en lugar o al lado del hecho punible indicado en el auto de enjuiciamiento[9].

El hecho punible es, pues, el "suceso referido en la acusación y en el auto enjuiciamiento, incluyendo todos los sucesos y las circunstancias de hecho conexas y relativas a ellos, que son idóneas para tomar factible la obra del acusado como punible, desde algún punto de vista jurídico en ese ámbito".

Las mayores dificultades, desde luego, se presentan cuando se trata de identificar en el caso concreto si un fallo determinado ha producido una variación sustancial o no del hecho punible descrito en la acusación y auto de enjuiciamiento; es decir, su objeto normativo. Inicialmente se construyó la denominada "teoría naturalista" y, luego, la "teoría normativista" relevancia del hecho desde una perspectiva jurídico penal– con un factor ulterior de corrección centrada en la unidad u homogeneidad del bien o el interés jurídico lesionado[10]. Desde esta perspectiva, según explica GÓMEZ COLOMER, se tiene:

- Que, como primer factor a considerar, es de atender, en un juicio de comparación entre el hecho materia del auto de enjuiciamiento –marcado definitivamente por la acusación fiscal– y el hecho asumido en la sentencia, el hecho como acontecimiento histórico natural, sin valoración jurídica alguna.

---

[9] BAUMANN, Jürgen: Derecho procesal penal, Op. cit., p. 272.

[10] Ha sido KOETSIN LIU, discípulo de BELING, quien señaló que el objeto normativo es un elemento común a varios tipos penales que viene a constituir la esencia de todos ellos. Agrega que en el hecho punible, el elemento principal es ese elemento normativo que hace que aunque los elementos accidentales cambien, el hecho procesalmente sea el mismo, se trata de aquel núcleo básico que define el hecho. El juez, por deber de oficio, provocado por la legalidad y oficialidad del proceso penal, tiene la obligación de buscar y mantenerse dentro de este objeto normativo, pero no se encuentra ligado por los elementos accidentales del conjunto. Por lo demás, el factor de complementario de corrección es propuesto por GUTIÉRREZ DE CABIEDES, y no puede ser otro que el del bien jurídico protegido, lo común, por ejemplo en los tipos de autoría y de participación es precisamente, el bien jurídico lesionado [GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo. Estudios de Derecho Procesal, Op. cit., pp. 527 y 528].

- Que, sobre esta primera base de consideración estrictamente naturalista, es de incorporar necesariamente criterios jurídicos –lo que es compatible con la finalidad perseguida–, a cuyo efecto corresponde tener en consideración el modo cómo el legislador penal configura las unidades de la conducta humana a las que llama delitos o faltas, en rigor los tipos penales o tipos de injusto. En tal virtud, el hecho será el mismo –pese a los cambios que pueden ocurrir en sede procesal cuando exista identidad parcial en los elementos de ejecución concretos, cuando coinciden "elementos esenciales" en cualquiera de las unidades jurídicas en las que un acaecer humano puede ser reducido.
- Que a ello se añade la determinación del contenido material del injusto radicado en la unidad u homogeneidad del bien o interés jurídico protegido(11).

En consecuencia, "se estará en presencia del mismo hecho procesal –entre los hechos acusados y los hechos objeto de condena– aún cuando modificados la actividad típica o acción realizada por el agente, pero afectado el mismo bien o interés jurídico protegido por el tipo penal, permanezca en ese tránsito su esencialidad o, en otros términos, al menos una identidad parcial entre ellos"(12).

Por otro lado, el principio acusatorio es consustancial a la idea de proceso, esta circunscrito al objeto del proceso e indica a qué sujetos procesales, si a las partes o al juez, les corresponde la titularidad de la pretensión y cual sea el grado de vinculación a la que con respecto a ella, deba someterse al órgano jurisdiccional(13).

---

(11) Por todos GÓMEZ COLOMER, Juan Luis: Derecho jurisdiccional, Tomo III, Proceso penal (con MONTERO AROCA, Juan y otros) Valencia (España), Tirant lo Blanch, 2004. pp. 105-107.

(12) Cfr. ASENCIO MELLADO, José María: Op. cit., p. 100. Como apunta MORENO CATENA, Victor: "Por tanto serán homogéneos aquellos delitos cuyo presupuesto de hecho difieren en elementos no sustanciales y lesionen, aun en distinto grado de proyección, un mismo bien jurídico protegido, ambas infracciones –*título de imputación y título de condena*– han de ser de la misma especie, esto es, –*a tono con cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo Español del 20.7.1994*– una cercana modalidad dentro de la tipicidad que se traduce en su agrupación dentro de la Parte Especial en Títulos El proceso penal, Tomo III, Valencia (España) Tirant lo Blanch, 2000, p. 2405.

(13) GIMENO SENDRA, Vicente: Introducción al derecho procesal, 2ª edición, Madrid, Colex, 2004, p. 257.

El principio acusatorio se concibe, desde una primera perspectiva, acota DE LA OLIVA SANTOS, como un criterio configurador del proceso penal, según el cual se necesita de una acusación –la imputación a una o varias personas concretas de unos determinados hechos– para el inicio del juicio oral y para una sentencia de condena[14]. De tal suerte, el principio acusatorio, como ya se anotó, informa el objeto del proceso penal (es de acotar, en primer lugar, que solo lo hace con el objeto penal, pues el objeto civil –reparación civil– está informado por el principio dispositivo; y, en segundo lugar, que nuestro proceso penal como es tradicional se acumula obligatoriamente ambas pretensiones e, incluso, otorga al Fiscal legitimación sobre la misma). Pero este no solo alcanza el ámbito de la exigencia previa de acusación, pues comprende en esencia todo aquello que permite identificar la distribución de roles o funciones que llevan a cabo los sujetos procesales, así como las condiciones en que se desarrolla el enjuiciamiento penal.

Por consiguiente, tres consecuencias positivizadas entraña este principio, al decir de GIMENO SENDRA[15]. Son:

– "Desdoblamiento de la función instructora y decisora", que es una garantía de independencia y de imparcialidad judicial. En nuestro ordenamiento constitucional está consagrado que el Fiscal instruye además, funcionalmente es el director jurídico funcional de la Policía Nacional en funciones de Policía Judicial (vid.: artículo 159°.4 Const.) –y el juez decide, concentrado en lo propiamente jurisdiccional. Aquí funciona la idea– fuerza que el Juez exclusivamente debe controlar la etapa de instrucción o de investigación preparatoria [En el Nuevo Código Procesal Penal (NCPP), por ejemplo, tres son los ámbitos específicos del control jurisdiccional, circunscritos entre otros–: a) al derecho de defensa: vid. artículo 71°.4 NCPP; b) a las solicitudes de diligencias de investigación desestimadas: vid. artículo 375°.5 NCPP; y, c) al control del plazo de la Investigación Preparatoria: vid. artículo 343° NCPP]. En el nuevo proceso penal (NCPP 2004) el Juez de la Investigación Preparatoria no interviene en el enjuiciamiento, y el Juez Penal –del juicio– no participa en la recopilación de evidencias ni

[14] DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros: Derecho procesal penal, 5ª edición, Madrid, Ceura, 2002, pp. 62-63.

[15] GIMENO SENDRA, Vicente: Derecho procesal penal, Madrid, Colex, 2004, pp. 80-90.

en su calificación de suficiencia en la fase intermedia (vid. artículos 28° y 29° NCPP). En suma, este elemento esencial, conforme ha sido postulado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH del 28.10.1998, recaída en el Asunto Algarus vs. España)(16), estriba en que "...Todo octo que evidencia una convicción anticipada sobre la participación del imputado en el hecho punible" impide la intervención del Juez.

- "Distribución de las funciones de acusación y de decisión (*nemo iudex sine acusatore*)". No existe procesamiento sin imputación fiscal (no hay procesamiento judicial de oficio), no existe juicio sin acusación fiscal. Las funciones de acusación y de decisión deben desdoblarse, y otorgadas a dos sujetos procesales distintos; no es admisible que el juzgador sancione infracciones penales sin pretensión acusadora.

Un ámbito que también comprende este desdoblamiento de funciones es el vinculado a la introducción de prueba de oficio. Esto último se admite limitadamente (solo es de aceptarse la denominada "prueba complementaria", destinada a contrastar o verificar otras pruebas ya aportadas por las partes, distinguiendo entre la prueba de la existencia de los hechos y la comprobación de si la prueba sobre ellos es o no fiable), al igual que se reconoce al Tribunal una disminuida intervención en el interrogatorio de los órganos de pruebas en el acto oral (estrictos fines de aclaración de lo expuesto por aquellos, no de lograr nuevos datos). Tales poderes, en buena cuenta, están vinculados a otro principio, reflejo de la naturaleza y características del Derecho Penal, y cuya discusión se centra en el par dialéctico: "aportación de parte vs. investigación oficial". La búsqueda de la verdad justifica, en todo caso, la iniciativa probatoria de oficio, lo que se expresa, por ejemplo, en los artículos 244°.2 OPP alemana. 81ª CPP francés y 340.°1 CPP portugués. Al respecto, es claro que las partes inician y delimitan el objeto del proceso en el juicio oral –el papel del Fiscal es absoluta-

(16) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en otros fallos, entre ellos la STEDH del 8.2.2000, Asunto Mc Gonnell vs Reino Unido, hizo mención a la exigencia de que el Tribunal debe ser "subjetivamente" imparcial: ausencia de prejuicio o predisposición personal, y también serlo "objetivamente" debe ofrecer suficientes garantías como para excluir cualquier duda legítima al respecto, de tal suerte que, si de las apariencias del Juez o de sus actos puede la sociedad alcanzar serias dudas sobre su imparcialidad debe apartarse del conocimiento de la causa.

mente preponderante en la investigación preparatoria con la nula intervención judicial, y fundamentalmente introducen los medios probatorios, pero esto último se matiza con el poder de "prueba complementaria" (vid. artículos I55°.3, y 385°.I y 2 NCPP), a tono con lo decidido por el TEDH (vid. STEDH del 6.12.1988, recaída en el Asunto Barbera, Messegue y Gabardo vs. España), así como con los poderes oficiales de ordenación del material probatorio y de revisión libre de la prueba instrumental.

- "Congruencia". Se reconoce una determinada correlación, subjetiva y objetiva, entre la acusación y la parte penal dispositiva de la sentencia, cuya finalidad esencial consiste en posibilitar el ejercicio de derecho de defensa. Desde esta perspectiva, conforme ya se anotó, se exige una absoluta vinculación táctica del fallo a la pretensión penal en cuanto al "hecho penal"; y, en lo atinente a la calificación jurídica –el hecho visto desde el Derecho Penal material–, es posible cierta desvinculación, pero sujeta a la homogeneidad de bien jurídico vulnerado entre delito acusado y delito condenado. Algo de eso se ha avanzado, finalmente, con la STC 1330-2002-HC/TC, del 9.7.2002, recaída en el Asunto Mori Dávila, luego de unos lineamientos jurisprudenciales restrictivos[17]. Con tal propósito, a fin de resolver las exigencias formuladas por el Tribunal Constitucional, siguiendo el modelo germano, en respeto al contradictorio, se incorporó el artículo 285°–ACPP 1940, mediante Decreto legislativo N° 959, el planteamiento de la tesis para variar la calificación jurídica de los hechos –que lógicamente incluye tipicidad y las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal– (en esa misma perspectiva ha sido regulado por el NCPP: artículos 374° y 409°). Esta regla de la congruencia también opera en la impugnación con la incorporación de la institución de la *reformatio in peius* (vid. artículos 300° CPP 1940, modificado por el D. Leg. 959 y 397° NCPP).

En el proceso penal, según lo expuesto en el párrafo anterior, rige 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. Pero esta potestad, reitera GIMENO SENDRA, al no ser absoluta e

(17) Véase las SSTC recaídas en los Asuntos Rutaldo Elmer Alejo Saavedra, César Humberto Tineo Cabrera y Martha Guerra Carrasco [SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho procesal penal, Tomo I, 2ª edición, Lima, Grijley, 2003, pp. 753-754].

incondicionada debe respetar –sin perjuicio de los cambios no esenciales que puedan surgir como consecuencia de la actividad del juicio– la identidad u homogeneidad del bien jurídico y, además, cuando la modificación obedezca a un simple error de la acusación fácilmente constatable por la defensa (STEDH, del 10.2.1995, Asunto Gea Catalán)[18].

El artículo 139°.14 de la Constitución consagra el derecho de defensa, reconociéndolo como derecho fundamental, de carácter irrenunciable. El reconocimiento del derecho de defensa se expresa, desde una perspectiva negativa, como proscripción de la indefensión, al señalar genéricamente que: "El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso": y, desde una perspectiva positiva al establecer dos ámbitos específicos de su funcionamiento efectivo: a) la exigencia que "...Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causas o las razones de su detención"; y, b) la absoluta necesidad de que el imputado cuente con una asistencia letrada –'defensa formal', lo que, invocando el primer extremo del indicado ordinal, no desconoce la 'autodefensa o defensa material'–. El artículo 8°.2.b) de la Convención Americana de Derechos Humanos, mucho más explícito en la materia que nos ocupa, consagra como una garantía judicial mínima de toda persona, en el ámbito del proceso, la "... comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada". Esto último significa que la información de cargos no sólo se limita al imputado preso, sino que se extiende a toda persona sujeta a una acusación, entendida en su sentido genérico de atribución de la comisión de una infracción penal.

El derecho de defensa, en su perspectiva general, como señala Picó I Junoy, asegura a las partes la posibilidad de sostener argumentalmente sus respectivas pretensiones y rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular en apoyo de las suyas, a cuyo efecto se debe garantizar la correcta ejecución de los actos de comunicación establecidos por la ley, y entenderse que este derecho comprende no solo la asistencia de letrado libremente elegido o nombrado de oficio, sino también de defenderse personalmente o por si mismo[19].

El derecho a ser informado de la acusación, como parte del derecho mayor en rigor, garantía genérica del proceso penal que es el derecho

---

[18] GIMENO SENDRA, Vicente: Derecho procesal penal. Madrid: Colex, 2004. pp. 228.229.

[19] PICO I JUNOY, Joan: Las garantías constitucionales del proceso. Barcelona Bosch, 1997. pp 102-103.

de defensa, tiene como contenido esencial que el imputado conozca los hechos considerados punibles por la denuncia o la acusación, y que esta información se produzca lo antes posible o en el momento procesal oportuno de tal manera que pueda estructurar razonablemente su defensa con arreglo a esa inculpación. Este derecho, a su vez, posibilita el correcto ejercicio de su derecho de defensa, en tanto que no es posible defenderse de lo que se desconoce.

Este derecho comprende tanto la descripción de los hechos objeto de inculpación –ámbito fáctico– cuanto la mención al delito objeto de subsunción. En tal virtud, toda modificación que incluya la del título condenatorio debe ser puesta en conocimiento del imputado y su defensa para que puedan formar parte del debate y justificar una sentencia bajo esa perspectiva jurídica. Desde este entendido, como aclara JAÉN VALLEJO, que este derecho comprende no sólo el de alegar y contradecir los hechos objeto de acusación, sino también la posibilidad de alegar y contradecir sobre todos los elementos esenciales de la calificación jurídica(20).

Una perspectiva más amplia, pero esencialmente exacta y pertinente, es la proporcionada por CAROCCA PÉREZ. Dicho autor precisa que son cuatro los ámbitos de este derecho: a) el derecho a ser informado sobre los hechos en que se fundamenta la acusación, a sus fundamentos fácticos, que requiere de una descripción lo suficientemente detallada del hecho imputado; b) el derecho a conocer los fundamentos jurídicos de la acusación, de la calificación jurídica de los hechos; c) el derecho a conocer el material probatorio en que se fundamenta la acusación; y, d) el derecho a ser informado de cualquier mutación que sufra el contenido de la acusación, esto es, la garantía de la notificación de mutación de la acusación, que puede referirse a sus elementos de hecho y a la calificación jurídica(21).

2. LA CORRELACIÓN ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA

La correlación –'congruencia' en el ámbito del proceso civil– dice de la identidad del objeto procesal. Su vulneración está expresamente sancio-

(20) JAÉN VALLEJO, Manuel: Derechos fundamentales del proceso penal, Bogotá, Gustavo Ibänez, 2004, p. 74.

(21) CAROCCA PÉREZ, Alex: Garantía constitucional de la defensa procesal, Barcelona, Bosch, 1997, pp. 261-264.

nada con la nulidad del fallo, según lo estatuye el artículo 298°.3 CPP. Sin embargo, su contenido y la propia denominación de la institución merecen algunas referencias.

Señala ORTELLS RAMOS que la congruencia es un requisito de toda sentencia inherente a su objeto, y puede definirse como la correlación que debe existir entre pretensión procesal, otras peticiones y alegaciones de las partes y la actividad decisoria o resolutoria que el juez plasma en la sentencia(22). Es, pues, un requisito de fondo centrado en las operaciones relacionadas con la subsunción, esto es, la fijación de los hechos, la calificación jurídico-penal de los mismos y la conclusión, con todos los matices propios de la posible existencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad(23). Empero, como el propio ORTELLS RAMOS explica, la opción asumida en el proceso penal por denominar "correlación" a esta institución y no "congruencia" estriba en que con lo primero se resalta una mayor laxitud en el debido ajuste entre los términos de comparación;(24) ello, por lo demás, es evidente en tanto en el proceso penal imperan intereses públicos y se afirma la no disponibilidad de los derechos vinculados a la aplicación del derecho penal.

La correlación, en cuanto garantía procesal, presenta dos vertientes: la primera, vinculada al principio acusatorio; y, la segunda, referida al principio de contradicción, en su expresión de previo conocimiento de la acusación, y consiguientemente del derecho de defensa. Por tanto, ambas requieren de un tratamiento diferenciado.(25)

---

(22) ORTELLS RAMOS, Manuel: Derecho procesal civil, Navarra, Aranzadi, 2001. pp. 462, 464.

(23) PRIETO-CASTRO y Ferrandiz, Leonardo y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo: Derecho procesal penal, 2ª edición, Tecnos, 1982, p. 341.

(24) ORTELLS RAMOS, Manuel y otros: Derecho jurisdiccional, III, Proceso penal. 3ª edición, Tirant lo Blanch, p. 401.

(25) GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia: Acusación y defensa en el proceso penal. Barcelona: Bosch. 2004. pp. 117, 133. En igual sentido ARMENTA DEU, explica esas dos perspectivas desde las que es contemplada la exigencia de correlación: "Como efecto derivado de la vinculación judicial al objeto del proceso, y en tal sentido, cohonestada primordialmente con el principio acusatorio. Y en relación con las modificaciones que se van produciendo en el proceso –que sin afectar a los hechos y al sujeto– inciden en el principio de audiencia y la interdicción de indefensión" [Principio acusatorio y derecho penal, Barcelona, Bosch, 1995, p. 92].

El artículo 285°-A CPP, introducido por el Decreto Leg. N° 959, consagra una primera exigencia de la garantía de correlación en relación con el principio acusatorio. Dice el primer apartado: La sentencia condenatoria no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento o, en su caso, en la acusación complementaria a que hace referencia el artículo 283° (sic) (artículo 263° CPP).

Esta fórmula, inspirada en el § 264.1 de la OPP alemana, exige que el órgano jurisdiccional se limite a pronunciarse acerca del hecho punible descrito en la acusación, aceptado en el auto de enjuiciamiento, y de ser el caso en la acusación complementaria. El hecho punible en nuestro vigente sistema procesal penal a su vez está relacionado con el auto de apertura de instrucción –auto de procesamiento y, cuando existan, en sus ampliatorios–.(26)

Ya se ha precisado la noción de hecho punible bajo una perspectiva procesal al hecho 'nuclear', glosado en la acusación y en el auto de enjuiciamiento, se le ha incorporado una noción propia del Derecho penal material: las denominadas "circunstancias" del hecho. Estas pueden definirse como aquellas situaciones que rodean (*'circum-stare'*: estar alrededor) a la realización del hecho o que suponen especiales condiciones del autor, y que determinan la modulación de la pena aplicable. Su toma en consideración exige, obviamente, la previa comprobación de la existencia del objeto normativo del proceso: el delito con todos sus elementos.(27) Las 'circunstancias', es de insistir, se producen en el ámbito de la teoría de la pena, en cuanto afectan a su medición, pero dejan absolutamente intacta la esencia del delito: son, postula Mir Puig, elementos accidentales del delito, en el sentido de que de ellos no depende el ser del delito, sino solo su gravedad.(28)

El objeto del proceso penal, a partir de la citada norma, es inmutable e indivisible, no puede ser alterado por el órgano jurisdiccional. Empero,

(26) Menciona, al respecto. GARCÍA RADA, Domingo: "La sentencia que pone fin al proceso penal sólo puede referirse al delito por el cual se abrió instrucción, que fue materia de la investigación y sobre el cual el Fiscal emitió su acusación" [Manual de derecho procesal penal, 5° edición Lima Eddih, 1984. p. 338].

(27) MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes: Derecho penal – Parte general, 4ª edición, Valencia (España), Tirant lo Blanch, 2000, p. 544.

(28) MIR PUIG, Santiago: Derecho penal – Parte general, 6ª edición, Barcelona, Reppertor, p. 596.

es de recordar, en primer lugar, que el hecho procesal se equipara solo parcialmente con el hecho en sentido jurídico material y, como aclara SCHLÜCHTER, jurídicamente el órgano jurisdiccional tiene que agotar el disvalor delictivo del hecho, es decir, juzgar el hecho desde cualquier punto de vista jurídico-penal; y, en segundo lugar, por lo anterior, como insiste la citada autora, el órgano jurisdiccional debe incluir los cambios fácticos del objeto de la acusación que eventualmente aparezcan en el curso del juicio oral.(29)

Esta coincidencia parcial y la exigencia de incluir determinados cambios fácticos tienen un límite, propio de la noción de objeto procesal penal. Como ya se anotó, lo que vulneraría el objeto del proceso y consiguientemente el principio acusatorio sería que se altere sustancialmente el hecho procesal.(30) Al respecto, como propone GONZÁLEZ NAVARRO,(31) un criterio sólido que permitirá distinguir entre alteración esencial o sustancial y alteración accidental u objetiva, es si los hechos por si solos pueden o no conformar el objeto de un proceso independiente, si el nuevo sustrato fáctico está dotado o no de autonomía. La incorporación de nuevos datos fácticos, no esenciales, sólo persigue resolver con carácter exhaustivo sobre el objeto del proceso que las partes han presentado, de suerte que con arreglo al principio de legalidad hacerlo constituye un deber para el juez. Estos hechos, por lo demás, no son introducidos por el juez, pues son el resultado bien de la alegación de hechos formulados por las partes, o bien de la actividad probatoria que haya tenido lugar durante el juicio.

La modificación, no esencial, del objeto procesal que el órgano jurisdiccional puede llevar a cabo de oficio, entonces, sólo puede ser aquella de carácter accidental, que no afecta el núcleo de los hechos objeto del proceso. Ello puede significar una nueva calificación jurídica, tanto porque no se

---

(29) SCHLÜCHTER, Ellen: Derecho procesal penal, Valencia (España), Tirant lo Blanch, 1999, pp. 79-80.

(30) No se vulnera el hecho procesal cuando se degrada la acusación, de tipificar el hecho de robo agravado a encubrimiento. Así lo decidió la Ejecutoria dictada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema del 3.5.2005, Exp. N° 588-2005/La Libertad. De igual manera, en la Ejecutoria del 26.4.2005. Exp. N° 258-2005/Lima, se entendió que no se vulnera el principio acusatorio si se modifica la tipificación del hecho de lesiones seguidas de muerte por homicidio simple.

(31) GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia: Acusación y defensa en el proceso penal, Op. cit., pp. 171-172.

produce una modificación fáctica –cuestión de mera valoración jurídica o del juicio de subsunción– tanto porque ello entrañe la incorporación de nuevos datos fácticos. Las variaciones no esenciales de los hechos, por tanto, no tienen trascendencia desde el principio acusatorio, la tendrán desde el principio de contradicción en tanto puedan alterar algún aspecto de la calificación jurídico penal.

Dentro de la casuística, inevitable en estos casos, se tienen los supuestos de: a) "homogeneidad descendente": la calificación del delito disminuye por no haberse configurado o no existir una agravante específica o presentarse una atenuante específica no considerada[32]; y, b) "homogeneidad ascendente": la calificación del delito se agrava por la concurrencia de una agravante específica (recuérdese que de lo que se trata es de homogeneidad de hechos y no de delitos). Cabe puntualizar que nuestro Código Penal no tiene en su Parte General un articulado referente a las agravantes o a las atenuantes genéricas con entidad para redefinir la penalidad. La apreciación de oficio de estas circunstancias no infringe el principio acusatorio en tanto con ello no se incurre en parcialidad y el juez se limita a cumplir con el deber de sumisión a la ley que le es propia a tono con la nota característica de indivisibilidad del objeto procesal. Por lo demás, las circunstancias carecen de autonomía, pues van indisolublemente unidas al hecho principal por el que se acusó.

Es de discutir, si es posible, incorporar de oficio circunstancias eximentes de responsabilidad penal. Se trata de hechos que, desde luego, carecen de autonomía, pese a no constituir una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, y como tal son elementos fácticos de carácter accidental. Aun cuando están en relación con el hecho punible imputado, su concurrencia niega la consideración de injusto culpable al hecho en cuestión. Por tal motivo, su alegación tampoco vulnera el principio acusatorio.

En igual sentido deben resolverse los supuestos de variación de las formas de intervención en el hecho, de grados de desarrollo del delito y

(32) La Corte Suprema, recientemente, mediante Ejecutoria del 21.1. 2005, Exp. N° 3904–2004/La Libertad –Sala Penal Permanente inédita–, precisó que era posible desvincularse del delito de homicidio agravado por el de homicidio simple, aunque estipuló que ello era factible por tratarse de una figura que vulnera el mismo bien jurídico –respeto al principio acusatorio–, sino porque el imputado había objetado la calificación agravada y postulado el tipo básico.

de tipicidad dolosa e imprudente. En el caso de las distintas formas de intervención en el hecho –más allá de la diferencia en los actos típicos de ejecución que cada forma de intervención en el hecho supone– existe una homogeneidad entre todas ellas si se atiende al elemento relativo al bien jurídico protegido. Del mismo modo, los diferentes grados en la comisión de un delito, en el *iter criminis,* no entrañan la introducción de hechos esenciales, se tratan de datos fácticos de carácter meramente adjetivo o accidental. Por último, las modalidades dolosas y culposas sólo se diferencian en el tipo subjetivo, la conducta objetiva es idéntica; no hay alteración del objeto normativo del proceso.

También está vinculado al principio acusatorio lo relativo al *petitum* penalógico de la acusación. Desde luego, la sanción pedida por el Ministerio Público integra la pretensión procesal, pero la discusión en sede penal consiste en determinar si la pena pedida es un elemento esencial o, simplemente, accesorio, no determinante del contenido del objeto procesal.

El artículo 225°.3 CPP exige que la acusación fiscal señale la pena o la medida de seguridad que corresponda, con indicación expresa de su duración. Pero este requisito formal de la acusación desde luego no integra el núcleo del objeto del proceso penal, que como ya se ha expuesto está centrado en el hecho punible. La pena, conforme explica PÉREZ MORALES, no es un elemento delimitador del objeto procesal, al ser una mera consecuencia establecida por la ley, sin que la petición de una mayor o menor suponga la introducción de hechos o elementos de juicio adicionales al hecho mismo(33).

En virtud a lo ya expuesto, el apartado cuatro del nuevo artículo 285°-A CPP, introducido por el Decreto Legislativo N° 959 resolvió expresamente el problema. Estatuyó que: En la condena, la Sala podrá aplicar al hecho objeto de acusación una sanción más grave que la solicitada por el Fiscal. Esta posibilidad debe motivarse especialmente haciendo mención expresa de los fundamentos en que se sustenta.

La determinación de la pena a cargo del órgano jurisdiccional no es sino la plasmación del principio de legalidad en materia de sanciones penales que rige nuestro ordenamiento punitivo. El juez, por ello, ha de respetar

(33) PÉREZ MORALES, Mónica Galdana: Correlación entre acusación y sentencia en el proceso ordinario. Granada, Comares, 2002, p. 159.

cumplidamente los límites de las penas y el sistema de individualización de las mismas, y sobre la base del respeto a los hechos acusados podrá recorrer el quantum de la sanción dentro de los parámetros que el Código Penal reconoce. La razón constantemente aducida para rechazar la denominada *vinculatio poenae,* a la que nos afiliamos, sigue siendo, expone MORENO CATENA, la de que establecidas las premisas legales que indican la pena a imponer, su individualización es algo que afecta ya al principio de legalidad, operando automáticamente y no al principio acusatorio(34).

Un límite adicional, de carácter formal, a la posibilidad judicial de imponer una pena mayor que la pedida por el Fiscal, es la especial motivación del fallo en este extremo(35). Para ello, el Tribunal no solo deberá mencionar la pena pedida por el Fiscal y las razones que se invocaron para hacerlo, sino que incorporará una fundamentación adicional y expresa destinada a mencionar las razones por las que la pena debe ser mayor a la pedida por el Fiscal con una específica mención de los motivos jurídicos que la amparen. Esta exigencia es compatible con la garantía de motivación de los fallos (artículo 139°.5 Const.), y su ausencia infringiría además el derecho a la tutela jurisdiccional(36).

La existencia de un techo en la individualización judicial de la pena radicado en la pena pedida en la acusación como reacción a una supuesta actuación sorpresiva del Tribunal –tesis defendida por MARTÍNEZ ARRIETA–(37), implica entender, como postula DÍAZ CABIALE, que en el proceso penal resulta esencial el *petitum,* identificado este 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

(34) MORENO CATENA, Víctor y otros: El proceso penal, Volumen III. Op. cit., p. 2418.

(35) La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la Ejecutoria del 15.4.2005. Exp. N° 214-2005/Sullana, declaró enfáticamente que el Tribunal no está vinculado al *petitum,* es decir, a la solicitud de pena y reparación civil formulada por el Ministerio Público, y que en caso corresponda imponer una pena mayor, tal posibilidad debe motivarse específicamente haciendo mención expresa de los fundamentos en que se sustenta.

(36) Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César: Derecho procesal penal, Tomo I, Op. cit., p. 762.

(37) MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio, Granada (España), Comares, 1994, pp. 88-89.

sobre el *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(38).

Cabe puntualizar que el artículo 397°.3 NCPP prescribe, siguiendo la fórmula española de su procedimiento abreviado que el juez no puede aplicar pena más grave que la requerida por el Fiscal, salvo si se solicita una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación. Esta norma, sin duda, altera la configuración dogmática del principio acusatorio, pero puede defenderse, como dice GIMENO SENDRA, en los siguientes términos: ... el Ministerio Fiscal, como representante de la sociedad, y el ofendido (que) valoran respectivamente la lesión producida por el delito en la esfera social y en la personal o patrimonial, son partes cualificadas para señalar al tribunal el tope máximo de la individualización de la pena ... la petición de pena por parte del acusador refleja la reacción social frente al delito y el castigo que la sociedad espera. Otorgar más de lo que está demandado es ser 'ultra retribucionista' lo que tampoco es deseable(39).

3. DESVINCULACIÓN Y PLANTEAMIENTO DE LA TESIS

El artículo 285°-A CPP no sólo reconoce la vigencia del principio acusatorio; fundamentalmente regula el estricto respeto al derecho de defensa del imputado, en lo estricto, el derecho a conocer previamente los cargos materia de acusación, de modo que como corolario del principio acusatorio –y dando relevancia a otro principio– establece lo siguiente:

(38) DÍAZ CABIALE, José Antonio: Principio de aportación de parte y acusatorio. La imparcialidad del juez, Granada (España) Comares, 1994. p. 386.

(39) Tomado de MORENO CATENA, Víctor y otros El proceso penal. Op. cit., p. 2419. Muy crítico se presenta ASENCIO MELLADO, pues dice que "El establecimiento de este tipo de correlación lo ha sido por la traslación al procedimiento penal de una fórmula eminentemente dispositiva Las partes no sólo han de instaurarse ya en dueñas de la pena en los supuestos de conformidad sino que, del mismo modo, la ley les reconoce una facultad específica de delimitar el marco superior punitivo dentro del cual han de conformar el asunto los órganos jurisdiccionales" [El principio acusatorio y el derecho de defensa. Op. cit., p. 123].

2. En la condena, no se podrá modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación, salvo que la Sala previamente haya indicado al acusado esta posibilidad y concedido la oportunidad para defenderse, y siempre que la nueva calificación no exceda su propia competencia. El acusado tiene derecho a solicitar la suspensión de la audiencia para preparar su defensa e incluso –si resultara pertinente y necesario– a ofrecer nuevos medios de prueba. El término de suspensión de la audiencia en ambos casos no excederá el fijado por el artículo 267°.

3. Se procederá de la misma forma si en el debate se advierten circunstancias modificativas de la responsabilidad penal no incluidas en la acusación, que aumentan la punibilidad o justifiquen la imposición de una medida de seguridad.

La calificación jurídica del hecho objeto de acusación tiene una relevancia fundamental de cara al principio de contradicción. Esa expresión se refiere, sin duda, a la tipificación, al tipo o figura penal invocado, o, en términos procesales: al "título condenatorio". Entre delito acusado y delito condenado, en principio, debe haber absoluta coincidencia, sólo así se cumplirá cabalmente el respeto del derecho de defensa, en tanto que el imputado no sólo se defiende de un hecho concreto sino también de una específica calificación jurídica, a partir de la cual se asienta el pedido de pena.

Esto último, sin embargo, no significa que la inmutabilidad del hecho se deba extender a la calificación jurídica, pues el juez por imperio del principio de legalidad debe tipificarlo con arreglo a las disposiciones jurídicas que lo rigen –*iura novit curia*–[40]. El cambio de tipificación –la "desvinculación"– es factible con los límites derivados del principio acusatorio antes analizado –que incluyen la modificación o inclusión de hechos no esenciales–, pero a estos efectos debe cumplir determinados requisitos, que precisamente condicionan su legalidad y el respeto a la posición jurídica del imputado, verdadero destinatario de esta norma–garantía. La calificación jurídica de los hechos corresponde, en principio, al órgano jurisdiccional, pero ello

[40] Apunta certeramente PÉREZ MORALES: "La calificación del hecho no condiciona para determinar la pretensión punitiva en cuanto que la sentencia se rige por el principio *iura novit cuna*", aunque es necesaria para delimitar jurídicamente el hecho y ha de ser objeto de contradicción [Correlación entre acusación y sentencia en el proceso ordinario, Op. cit., pp. 151-152].

no debe olvidar que esta no es ajena al debate contradictorio y el principio *iura novit curia* tiene importantes limitaciones.

Dos límites implícitos tiene la desvinculación, que sin duda pretende evitar la incongruencia por exceso. El Tribunal no debe alterar los hechos, el objeto del proceso. O sea: 1) No debe introducir un delito distinto cuando conlleve diversidad de bien jurídico tutelado; y, 2) No debe realizar una mutación esencial del hecho enunciado, lo que tiene lugar cuando hay diferencia sustancial en la actividad y el resultado de esta actividad, en cuyo caso se está ante un objeto ajeno al enjuiciado; se requiere identidad, al menos parcial, en los actos típicos de ejecución. Ello explica por qué la desvinculación es excepcional: inmutabilidad de hechos esenciales y mero cambio del punto de vista jurídico; esto último es lo que en buena cuenta permite al tribunal sentenciador desvincularse de la calificación del Ministerio Público, quedando únicamente sujeto a los hechos.(41)

La desvinculación está sujeta a presupuestos materiales y a presupuestos formales. Los primeros tienen que ver con su ámbito objetivo de operatividad y con los límites de su ejercicio; los segundos, con las exigencias de la decisión que provoca la desvinculación y del procedimiento que debe seguirse al respecto.

El nuevo planteamiento tiene un marco objetivo de operatividad –presupuestos materiales–, que se expresa en dos supuestos: (1) Ante el silencio del Fiscal, si el órgano jurisdiccional conceptúa, a partir de lo actuado en el debate oral, que el hecho enjuiciado está subsumido en un tipo penal distinto del que fue calificado por el Fiscal en la acusación y aceptado en el auto de enjuiciamiento, sea por error en su tipificación o por la concurrencia de "circunstancias específicas o especiales"(42) tales que dan lugar

(41) El principio acusatorio, en buena cuenta, alcanza únicamente a los hechos y la persona acusada, mientras que la calificación jurídica y el *petitum* son extremos que afectan solamente al principio de contradicción [cfr.: MORENO CATENA, Víctor: El proceso penal, Volumen III, Op. cit., p. 2397].

(42) Son todas aquellas situaciones, como postula QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, que la ley ha incorporado al describir y sancionar un delito. Otro supuesto, distinto, es el de las denominadas "circunstancias inherentes" que son aquellas sin cuya concurrencia no hubiera podido cometerse el delito, pero se diferencian de los supuestos de delitos específicos, pues no se trata de circunstancias expresadas formalmente por la ley en la descripción de la figura de delito [Manual de derecho penal – Parte general, 2ª edición, Navarra Aranzadi, 2000, p. 725].

a un tipo penal específico distinto del acusado[43], debe plantear la tesis; esto es, poner en conocimiento tales supuestos al acusado, a fin de darle oportunidad para defenderse[44]. Con ello, sencillamente, la ley respeta escrupulosamente el principio de contradicción, puesto que se somete a debate y estudio una cuestión que puede tener influencia decisiva en el fallo[45]. En buena cuenta, como explica GIMENO SENDRA, la tesis constituye una "llamada de atención" hacia una correcta calificación jurídica, una invitación a la reflexión y al debate, una posibilidad de que las partes puedan argumentar, libre y públicamente, sobre una posible subsunción que el Tribunal estima más correcta que las propuestas por las acusaciones[46].

La tesis del Tribunal, como apunta VERGER GRAU, puede importar un cambio de calificación sin modificación fáctica calificación errónea con respeto íntegro del relato fáctico– o con modificación fáctica –cambio de calificación que comporta, explícita o implícitamente, un cambio en la descripción del hecho–, que solo será en este caso –como ya se señaló en

---

[43] Constituyen, al decir de COBO DEL ROSAL, Vives Antón, auténticos elementos de la figura penal [Derecho penal – Parte general. Valencia (España) Tirant lo Blanch, 1999, p. 875].

[44] La Sala Penal de la Corte Suprema en la Ejecutoria del 21. 4.2005, Exp. N° 224-2005/Sullana, decidió, en armonía con el nuevo texto del artículo 285°-A CPP, que el Tribunal sentenciador no puede modificar la tipificación del hecho, cambiar el título de imputación, sin antes haber planteado la tesis como lo exige el citado dispositivo legal. En dicha decisión puntualizó, además, que si bien por imperio del principio acusatorio no puede sobrepasar el hecho y las circunstancias del mismo empero sobre esa base táctica puede modificar la calificación jurídica del hecho siempre que –en armonía con el principio de contradicción– plantee la tesis.

[45] Un correcto entendimiento del principio de contradicción, apunta GÓMEZ COLOMER, significa la necesidad de poner a debate todo dato jurídico o fáctico, susceptible de influir en la sentencia [Derecho jurisdiccional, III Op. cit., p. 282]. Este mecanismo, acota Armenta Deu, tiende a la salvaguarda del derecho de defensa y de la necesaria contradicción a la consecuencia de un 'proceso justo' donde proteja al acusado de sorpresas, contribuyendo a la búsqueda de la verdad material [Principio acusatorio y derecho penal, Op. cit., pp. 1902-103]. El planteamiento de la tesis es un procedimiento, como aclara MORENO CATENA, que en nada afecta el contenido y alcance del principio acusatorio sino que tiene como finalidad provocar la contradicción y garantizar el contenido del derecho de defensa del acusado o acusados [El proceso penal, Volumen III. Op. cit., p. 2394].

[46] GIMENO SENDRA, Vicente y otros. Los procesos penales. Tomo V. Barcelona: Bosch, 2000, p. 671.

el acápite anterior– la inclusión de una circunstancia accidental no esencial[47], pues ello implicaría introducir hechos que no se desprendan de la acusación, consecuentemente, está prohibido añadir nuevos elementos incriminatorios[48].

Tratándose de error en la tipificación (ap. 2), en principio, es indiferente que el delito sea de mayor o menor gravedad, *in peius* o *in melius*, basta que se altere simplemente el título de acusación (v. gr.: peculado por malversación, colaboración por pertenencia a organización terrorista). Ello es indispensable para no conculcar el principio de contradicción[49].

El otro supuesto (2) es el de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Como ya se dejó expuesto, son situaciones que rodean a la realización del hecho o que suponen especiales condiciones del autor, determinando la modulación de la pena aplicable. Se producen en el ámbito de la teoría de la pena, en tanto en cuanto afectan a su medición, pero dejan absolutamente intacta la esencia del delito. Existen circunstancias genéricas, que pueden operar sobre todos los delitos; y circunstancias específicas, establecidas concretamente en algunos tipos penales, y que incluso pasan a convertirse en auténticos elementos de la figura penal. Desde el punto de sus efectos, las circunstancias se clasifican en atenuantes, agravantes y mixtas: son en rigor, causas modificativas de la pena.

En estos casos, de las circunstancias modificativas (ap. 3), no basta su presencia. Solo serán relevantes, y se exigirá el planteamiento de la tesis cuando su efecto necesariamente ha de ser agravatorio o cualificante (v. gr.: robo agravado por robo agravado seguido de muerte, acto terrorista por terrorismo agravado). Estas deben implicar exasperación penológica.

---

(47) VERGER GRAU, Joan: La defensa del imputado y el principio acusatorio. Barcelona: Bosch, 1994. pp. 143-147.

(48) PÉREZ MORALES, Mónica Galdana: Correlación entre acusación y sentencia en el proceso penal ordinario, Granada (España), Comares, 2002. p. 175.

(49) El TEDH en la STEDH del 5.12.1988, recaída en el Asunto Colak vs. Alemania precisó dos ideas claves en la materia. En primer lugar, que era necesario que toda posible variación de la tipificación del hecho delictivo objeto de acusación debe ser previamente comunicada a la defensa. En segundo lugar, que el Tribunal no necesariamente en la sentencia puede fallar de acuerdo a la tesis propuesta *ex officio* por él mismo. El límite a su decisión estriba en que debe fallar fundándose sólo en los resultados de las sesiones del juicio.

En el Perú, a diferencia del modelo español, y en forma similar a los modelos francés y alemán, estas circunstancias no tienen efectos legalmente tasados. El artículo 46° CP sólo ha construido un listado amplio de factores de medición de la pena, no un sistema de catálogo. Empero, sólo existe un caso de incorporación de una circunstancia modificativa agravante vinculada al prevalimiento de la función pública por el agente del delito. Se trata del artículo 46°-A CP, introducido por la Ley N° 26758, del 14.3.1997[50], que autoriza al juez a aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido –en tanto no esté prevista al sancionar el tipo penal o cuando esta sea elemento constitutivo del hecho punible– no pudiendo exceder del máximo de pena privativa de libertad temporal establecida en el artículo 29° del Código Penal.

Las circunstancias modificativas, como ya se anotó, no sólo son las agravantes, también están las circunstancias atenuantes[51], en las que de modo amplio se incluyen las eximencias incompletas a que hacen referencia los artículos 21° y 22° CP. De igual manera, podemos ubicar los tipos de autoría y participación, y los de imperfecta realización, en tanto que su inclusión en uno u otro ámbito puede determinar una variación del *quantum* de la pena, sea para agravar o para atenuar. La respuesta, en este caso, descansa en el Derecho Procesal, y está vinculada centralmente con el derecho de defensa el principio de contradicción. Si bien se exige que las penas tengan conocimiento y puedan debatir toda circunstancia relevante para la sentencia, la exigencia, cuyo olvido en todo caso se sancionaría con la nulidad del fallo, está vinculada a las circunstancias agravatorias, no a las atenuantes, pues siendo estas últimas más favorables al reo, el Tribunal no

---

[50] El supuesto de hecho de la norma señala "Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por su condición de funcionario público".

[51] Las circunstancias atenuantes tienen como efecto disminuir la pena, siempre dentro del marco legal del tipo de delito correspondiente. Las eximencias incompletas, por el contrario, a diferencia de las "ordinarias", son "privilegiadas" porque atenúan la pena en mayor medida que las ordinarias [MIR PUIG. Santiago Derecho penal - Parte general 6ª edición Barcelona Reppertor, 2002. p. 606]. Según el artículo 21° CP su presencia permite al juez disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal.

incurría en indefensión material[52]. Se entiende que la degradación de la acusación, es decir, cuando el título condenatorio importe la exclusión de algún elemento del hecho que figuraba en el título acusatorio y del que ya pudo defenderse el imputado, no es preciso una nueva acusación ni debate al respecto, en tanto que todos los elementos típicos están comprendidos en el anterior[53].

El nuevo artículo 285°-A CPP no dice nada acerca de los tipos consumados y de imperfecta ejecución y de los tipos de autoría y de participación. El asunto se resuelve siguiendo un punto central: No hay duda de que el "hecho" que realiza el autor es distinto del que corresponde al partícipe, como tampoco es igual la consumación y la tentativa. Puede existir, es cierto, una mera diferencia de matiz, en esos casos, pero esa mutación está en condiciones de generar indefensión y, por ende, autoriza al Tribunal a preservar el principio de contradicción y especialmente el derecho de defensa[54], siempre, claro está, que su consecuencia sea agravar la penalidad[55].

La decisión de plantear la tesis está sujeta a presupuestos formales. Exige decidir, primero, si debe tratarse de una decisión motivada; segundo, el momento procesal oportuno para hacerlo; tercero, el trámite y límites para su consecución; y, cuarto, si es necesario que el fiscal asuma la tesis para que el Tribunal pueda incorporarla en la sentencia.

---

(52) El principio de contradicción en el apartado 3), para las circunstancias modificativas no asume el carácter bidireccional del aforismo *audiatur et altera* pars. no está previsto en la ley el derecho de la acusación a ser informada de las posibilidades de atenuación de la pena.

(53) VERGER GRAU, Joan: La defensa del imputado y el principio acusatono, Op. cit. p. 147.

(54) ASENCIO MELLADO, José María: Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal, Madrid, Trivium, 1991. p. 109.

(55) La STEDH del 25 3 1999 recaída en el Asunto Pélissier y Sassi v. Francia, por el contrario señaló que se vulnera el derecho a ser informado de la acusación cuando la sentencia condena como cómplice a una persona que había sido acusada en calidad de autora. Se estima que aquí los actos típicos de ejecución serán materialmente distintos [GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia: Acusación y defensa en el proceso penal, Op. cit., p. 195]. Así también el artículo 265° OPP alemana, que según la doctrina germana exige que los cambios de grados de ejecución del delito sean objeto de debate, debe plantearse la tesis o la *Hinweispflicht*.

La decisión del Tribunal, plasmada en forma de una resolución, debe tener una motivación escueta o concisa, sin mayores precisiones aunque cabal a los efectos de que las partes puedan pronunciarse con fundamento de causa sobre su mérito. Debe identificar exactamente el ámbito de la tesis que plantea y hacer mención a las normas jurídico-materiales que la fundamentan, esto es, qué circunstancia modificativa puede concurrir en el caso, cuál tipo penal seria el correctamente substituible a los hechos juzgados, y en base a qué datos fácticos se considera razonable invocar esa facultad(56).

El nuevo artículo no menciona la oportunidad procesal para que el Tribunal haga uso de la facultad de plantear la tesis. Sin embargo, es claro que como el planteamiento de la tesis tiene como base el debate oral, es decir, la actuación probatoria, se entiende que el momento más oportuno es cuando esta precluyó, y antes que el fiscal se pronuncie definitivamente, o sea antes que se inicie el momento de alegato de las partes. Culminada la actuación de las pruebas, se tendrá, como es lógico, una perspectiva integral del caso juzgado y el Tribunal podrá reflexionar acerca de la calificación penal y de las circunstancias del hecho, al punto de que podrá resolver, si fuera menester, la procedencia de la reapertura de la estación de pruebas.

Planteada la tesis, y a tenor del principio de contradicción y de igualdad de armas, ambas partes, acusadora y acusada, deben tener la oportunidad de pronunciarse sobre ella y, en su caso, para afirmarla o negarla, solicitar la actuación de nueva prueba –que será especialmente pertinente cuando la tesis importe la asunción de hechos no esenciales–. El que el apartado dos de la norma solo haga mención al acusado, ello en modo alguno puede interpretarse que el fiscal es ajeno a ese trámite. Tal vez, la explicación de esa mención unilateral se deba a que la consecuencia de esa facultad del Tribunal implique una agravación de la situación o entorno jurídico del imputado. El planteamiento de la tesis, en sí misma, puede importar una causal de suspensión de la audiencia por razones de trámite, de suerte que la defensa y la fiscalía deben analizarla para pronunciarse con conocimiento de causa.

(56) La Lecrim española por ejemplo, en su artículo 733° estatuye " ... podrá el Presidente del Tribunal emplear la siguiente fórmula: "Sin que sea visto prejuzgar el fallo definitivo sobre las conclusiones de la acusación y defensa, el Tribunal desea que el Fiscal y los defensores del procesado ... le ilustren acerca de si el hecho justiciable constituye el delito

¿Es necesario, para que el Tribunal sustente su condena en la tesis planteada, que el fiscal decida acogerla? La norma, sin duda, no supone que el fiscal acepte o disienta de la tesis del Tribunal, por lo que desde una perspectiva literal la posición del fiscal no limita las potestades del Tribunal, y desde el principio acusatorio lo más importante es que no se alteren los hechos esenciales(57). Ahora bien, cumplido el contradictorio, una respuesta más sólida, desde una perspectiva dogmática, está condicionada al entendimiento que se tiene del principio acusatorio. Sin duda, el Derecho Penal no está a disposición de las partes, y no puede dejarse al acusador la decisión sobre la efectiva aplicación de las penas contempladas en el Código Penal.

La Ley introduce, sin embargo, un límite expreso. El delito cuya posible aplicación reclama el Tribunal no debe exceder de su competencia. Si la ley expresamente ha hecho referencia al "exceso" de la competencia, entonces, circunscribe su vigencia a la competencia objetiva: material y personal. La primera tiene que ver con la clasificación procesal de los delitos en faltas, delitos menos graves y delitos graves, si bien de nula aplicación práctica en los casos del procedimiento común ordinario pero absolutamente razonable en aquellos casos en que el Tribunal Superior invoque la aplicación de un delito menos grave, que originariamente es de competencia del juez penal. La segunda, la competencia personal, tiene que ver con aquellos supuestos en que el delito se cometió por una persona que goza de un privilegio procesal en cuya virtud la competencia originaria corresponde a un órgano jurisdiccional situado en otro nivel de la organización judicial.

Un problema hermenéutico se presenta con los órganos judiciales que integran subespecialidades penales (v. gr.: terrorismo y corrupción). Esos tribunales se han constituido para la investigación y enjuiciamiento de determinados delitos o grupos de delitos, por estrictas razones de conveniencia o utilidad públicas, no se trata de órganos judiciales de excepción constitucionalmente prohibidos– ni integran un orden jurisdiccional autónomo. Frente a un error en la tipificación o ante la apreciación de una determinada circunstancia que obligue a cambiar el tipo penal que se invocó en la acusación fiscal, ¿debe absolverse al acusado? ¿Está

---

de ... o si existe la circunstancia ... a que se refiere el artículo ... del Código Penal".– Esta facultad excepcional, de que el Tribunal usará con moderación, no se extiende...".

(57) La STEDH del 17.12.2002 precisó, siguiendo esta posición, que la no aceptación del pedido de pena del Fiscal no vulnera el principio acusatorio porque el Tribunal "... es soberano para admitir o no las alegaciones del Ministerio Fiscal".

prohibida la desvinculación? La respuesta, a nuestro juicio, debe ser negativa en ambos casos. La configuración de esa competencia, de segundo orden y lógicamente derivada, no puede impedir que el Tribunal pueda aplicar el tipo penal que corresponda con arreglo al principio de legalidad penal. Esa competencia si bien otorga al Tribunal Especializado un ámbito específico de conocimiento originario, empero no niega –no puede hacerlo– la posibilidad de aplicar otros tipos penales, ya sea en vía de concurso o cuando el hecho sometido a su conocimiento constituya un delito distinto.

El recurso de apelación penal: los casos peruano y chileno

SUMARIO: I. Planteamiento del problema. **II.** Exigencias de Derecho Internacional Público respecto a la necesidad del Recurso. **III.** Breve análisis de los casos peruano y chileno.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

§1. El recurso de apelación penal contra las sentencias definitivas, como se sabe, es un recurso polémico[1]. Muchos lo asocian con los sistemas inquisitivos o inquisitivos reformados. En el Perú, luego de la vigencia del antiguo Código de Procedimientos en Materia Criminal de siglo XIX, prototipo del sistema inquisitivo que lo admitió ampliamente –en especial contra las sentencias definitivas dictadas por el denominado "Juez del Crimen"–, desapareció con la entrada en vigor de los Códigos "mixtos" de 1920 y 1940, en que únicamente los Tribunales Correccionales, hoy denominados "Salas Penales Superiores", tenían facultad de fallo, el mismo que sólo podía ser objeto de recurso de nulidad ante la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, el recurso de apelación reapareció cuando se instauró el procedimiento sumario o abreviado en el año 1968 (Decreto Ley N° 17110), que otorgó potestad de fallo al Juez Instructor, hoy denominado Juez Penal, en los delitos menos graves.

---

(1) CALDERÓN CUADRADO, María Pía: La prueba en el recurso de apelación penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 16.

§ 2. El tema de fondo acerca de su viabilidad o, en todo caso, de su ilegitimidad, está referido, por un lado, a lo que disponen los Tratados sobre Derechos Humanos respecto al derecho al recurso y, asimismo, la correspondiente Ley Fundamental de cada país; y, por otro lado, a su inserción en el sistema general de recursos del proceso penal, específicamente a su relación con el recurso de casación en orden a sus más modernas evoluciones, y el posible conflicto con determinados principios básicos del enjuiciamiento, tales como la oralidad y, esencialmente, la inmediación. De afirmarse la necesidad del recurso de apelación penal, el problema subsiguiente será definir su ámbito, características y el procedimiento recursal.

§ 3. El art. 14°, numeral 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), estipula 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". Asimismo, el art. 8º, numeral 2, literal h), de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), prescribe que "(...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior".

Ambos Tratados han sido aprobados y ratificados por el Perú, de modo que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico.

La Constitución Peruana de 1993, por su parte, incorpora como garantía genérica el derecho a la tutela jurisdiccional (art. 139°.3) y, como garantía específica, la pluralidad de la instancia (art. 139°.6). Sobre esa base, el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (aprobado por el Decreto Supremo N° 017-93-JUS, de 2 de junio de 1993), en su art. 11°, estatuyó que "Las resoluciones judiciales son susceptibles de revisión, con arreglo a ley, en una instancia superior.- La interposición de un medio de impugnación constituye un acto voluntario del justiciable.– Lo resuelto en segunda instancia constituye cosa juzgada.– Su impugnación sólo procede en los casos previstos en la ley"; y, el art. X del Título Preliminar del Código Procesal Civil (aprobado por Decreto Legislativo N° 768, de 4 de marzo de 1992) de aplicación supletoria a todos los demás procedimientos, prescribió que "El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta". Por otro lado, el art. 141° de la Constitución sanciona que corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley.

§4. Según entiendo, con lo difícil que significa abordar el derecho extranjero, la Constitución de Chile no incorpora expresamente el derecho al recurso. El art. 19°, numeral 3, reconoce, entre otros, el derecho a la jurisdicción, al juez ordinario predeterminado por la ley y a que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, el mismo que debe ser "racional y justo". Este dispositivo constitucional, al reconocer el derecho a la jurisdicción y al debido proceso legal, implícitamente reconoce el derecho al recurso como un elemento que integra el contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional, que como se sabe, es un derecho complejo o derecho de derechos(2). Además, en tanto Chile –al igual que el Perú– ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, que reconocen taxativamente el derecho al recurso, asume la obligación de incorporarlo en el ámbito interno. Debe haber, por tanto, un recurso que permita a un Tribunal Superior conocer de la sentencia y poder discutir la conclusión acerca de la culpabilidad del acusado y en su caso, de la pena impuesta [medición de la pena].

El Nuevo Código Procesal Penal de Chile sólo permite el recurso de apelación contra las resoluciones expedidas por el juez de garantía que pongan término al procedimiento, hicieren imposible su prosecución o la suspensión por más de treinta días y en los casos expresamente señalados por la ley (art. 370°); y, en forma expresa, declara inapelables las resoluciones dictadas por un tribunal de juicio oral en lo penal (art. 364°). Empero, la novísima Ley Procesal Penal regula el recurso de nulidad, bajo la regla o principio de bilateralidad, destinado a invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, o solamente ésta, por las causales expresamente señaladas en la ley (art. 372°). Los motivos de nulidad se circunscriben al error *in procedendo,* sea por vicios de procedimiento y por defectos de la sentencia; y al error *in iudicando* (arts. 373° y 374°), este último permite al Tribunal de Revisión dictar una sentencia de reemplazo (art. 385°).

Este recurso tiene la particularidad de que según los motivos alegados por el recurrente, los órganos jurisdiccionales pueden ser las Cortes de Apelaciones o la Corte Suprema. La competencia recursal del Supremo Tribunal está radicada sustancialmente en dos supuestos: a) denuncia de

(2) GÓMEZ DE LIAÑO GONZALES, Fernando: El proceso penal, Forum, Oviedo, 1997, pp. 261/262.

infracción de derechos y garantías constitucionales o asegurados por los Tratados Internacionales; y, b) denuncia de *error iuris* en los casos en que existan interpretaciones distintas sostenidas por las Cortes de Apelaciones.

II. EXIGENCIAS DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO RESPECTO A LA NECESIDAD DEL RECURSO

A. Recurso del fiscal / acusador

§1. Una lectura literal de la CADH (art. 8º.2. h) y, de modo más claro, del PIDCP (art. 14º.5) nos induciría a pensar que el recurso sólo está previsto contra las sentencias condenatorias y en favor del imputado, nunca para el acusador, de suerte que las sentencias absolutorias serían irrecurribles; y, que el recurso –cuya denominación y amplitud corresponden determinar a la ley interna de cada Estado– debe ser de conocimiento de un Tribunal Superior al que dictó el fallo condenatorio, quien tendría –como mínimo necesario– las facultades de revisar el juicio de culpabilidad, la condena, y, en su caso, la pena impuesta(3). A mi juicio, es claro que los países pueden estructurar un sistema de recursos según sus propias necesidades y valoraciones, aunque el mínimo exigible sería la incorporación de un recurso impugnatorio contra sentencias definitivas condenatorias y que se reconozca al imputado la debida legitimación para interponerlo y que el Tribunal lo admita si se cumple tal exigencia, vista la propia naturaleza de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos.

§2. La opción primeramente expuesta es defendida con gran convicción y fuerza argumental por el profesor Julio MAIER. Sostiene, en síntesis, el ilustre procesalista argentino: (1) que la CADH reconoce una garantía a quien sufre la coacción estatal y no se propone defender al Estado, por lo que es una verdadera hipocresía interpretar una garantía en perjuicio del garantizado; (2) que, por ende, para ejecutar una pena contra una persona, se necesita una doble conformidad judicial, si el condenado la requiere; (3) que si se permitiera el recurso al acusador, en caso de que obtenga un

(3) Es de tener presente, según enseña José María SILVA SÁNCHEZ, que la medición de la pena no es una facultad discrecional no susceptible de ser revisada, pues el juez se halla vinculado a principios escritos y no escritos (utilidad, exclusiva protección de bienes jurídicos, humanidad, resocialización e igualdad), por lo que se trata de una auténtica aplicación pura (reglada) del derecho, cuya vulneración importa la infracción de Judicial, Nº 6, Madrid, 1987, pp. 139/141.

fallo condenatorio del Tribunal *ad quem*, ésta sería una condena "de primera instancia", contra la cual el imputado tiene derecho al recurso para reclamar el doble conforme, lo que implicaría una tercera instancia y, en buena cuenta, *regressus in infinitum*; y, (4) Que el recurso del condenado representa fundamentalmente el derecho a intentar que se le conceda un nuevo juicio, el cual no puede ser provocado por el acusador, porque representaría someterlo a un nuevo riesgo de condena, a una nueva persecución penal(4).

§3. Por el contrario, argumenta MONTERO AROCA, que el PIDCP debe interpretarse no sólo 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 referidas a un proceso penal de corte anglosajón; sino 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 del 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 *ad quo* fuera condenado por el Tribunal Superior se necesite otro fallo condenatorio, pues éste no ha pretendido imponer la existencia de dos enjuiciamientos por dos órganos judiciales diferentes(5).

Otra perspectiva crítica es aportada por CORDÓN MORENO. Es de destacar dos datos precisos que enuncia en orden con 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 sólo tiene por contenido la revisión de si se ha respetado el 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

(4) MAIER, Julio: Derecho Procesal Penal - I. Fundamentos, Del Puerto, Buenos Aires, 1996, pp. 708/717.

(5) MONTERO AROCA, Juan: Principios del proceso penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 166/172.

de recursos en el ámbito penal para todos los países firmantes del mismo, "sino establecer una garantía mínima asumible por ellos"(6).

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 dictadas por un órgano jurisdiccional parcializado o radicalmente arbitrarias, 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 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(7).

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(8).

Finalmente, como anotáramos en un trabajo anterior, 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, pues –a nuestro juicio– lo que en puridad se exige es la necesaria

(6) CORDÓN MORENO, Faustino: Las garantías constitucionales del proceso penal, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 187.

(7) CAFFERATA NORES, José: Proceso Penal y Derechos Humanos, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 161/164.

(8) CALDERÓN CUADRADO, María Pía: Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado, Comares, Granada, 1996, p. 22.

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(9).

§4. Establecido que el recurso impugnatorio, en orden a la legitimación para su interposición, puede ser deducido por el imputado o por el acusador –exigencia que obedece al principio de bilateralidad y que en este caso es reflejo de la igualdad de armas–, está asimismo fuera de toda duda condicionar su admisibilidad a que la sentencia cause un agravio o gravamen al recurrente. Se trata, en ambos casos, de un requisito subjetivo común a toda clase de recursos, el cual –como expresa Lino Enrique PALACIO– comprende tanto a las personas facultadas para recurrir: las partes procesales, cuanto a la existencia de interés de quien impugna, esto es, cuando el recurso se presenta como el remedio capaz de excluir el perjuicio invocado que se alega(10).

Asimismo, la CADH y el PIDCP exigen que el conocimiento del recurso corresponde a un Tribunal Superior. Ello significa que el recurso interpuesto tendrá un efecto devolutivo; esto es, explica ORTELLS RAMOS, que la nueva posibilidad de conocer sobre lo ya resuelto corresponde a un órgano de grado superior al que dictó la sentencia(11). Se trata, pues, de un recurso jerárquico y vertical.

B. Objeto procesal del recurso

§5. El tema trascendental está referido, sin duda, al objeto procesal del recurso. Y si entendemos, conjuntamente con ASENCIO MELLADO, que las normas internacionales establecen un derecho incondicionado al recurso frente a las sentencias condenatorias, este derecho procesal 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 lado, a que esta revisión lo sea de la

(9) SAN MARTÍN CASTRO, César: Derecho Procesal Penal, Tomo II, Grijley, Lima, 1999, p. 678.

(10) PALACIO, Lino Enrique: Los recursos en el proceso penal, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 15/17.

(11) ORTELLS RAMOS, Manuel y otros: Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 335.

declaración misma de culpabilidad y de la condena. Agrega este autor que es obligada, pues, la existencia de un recurso que reúna estas características, que posibilite en todo caso una revisión profunda del fallo, ya que no de otro modo se garantiza el análisis de una decisión condenatoria que mediante el control de la valoración de la prueba[12]. Es un supuesto de "defecto de razonamiento".

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[13].

§6. El PIDCP, al exigir 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 han valorado verdaderas pruebas, si éstas 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 pueda haber incurrido el órgano judicial *ad quo*[14].

---

[12] ASENCIO MELLADO, José María: Derecho Procesal Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 280.

[13] GIMENO SENDRA, Vicente: Constitución y Proceso, Tecnos, Madrid, 1988, p. 152.

[14] Esta misma perspectiva es la que asume la CIDH en el caso Castillo Petruzzi (Sentencia de 30.5.99, párrafo 161) al señalar que el recurso exigido por la Convención es aquél 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° periodo de sesiones, 20 de julio de 2000, ante una denuncia de Cesáreo Gómez Vásquez alegando que su condena y sentencia solamente han

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 austríaco]–, siendo el legislador quien 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(15).

§7. 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. 1º del Código de Procedimientos Penales del Perú 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

---

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.: Párrafo 11.1. y 12 del dictamen).

(15) GARBERI LLOBREGAT, José y otros: Los Procesos Penales - Tomo VI, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 408/409.

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 figurarán, en primer término, las de la publicidad y oralidad"(16).

§8. 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, 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", que siguiendo a VARELA GOMEZ, 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(17), 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; empero, la vigencia del principio de inmediación obliga a matizar las potestades revisoras del Tribunal Superior, al punto de 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.

---

(16) Exposición de Motivos. Revista del Foro, Lima, 1939, p. 271.

(17) VARELA GÓMEZ, Bernardino: El recurso de apelación penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 303/304

§9. 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 y, 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(18).

III. BREVE ANÁLISIS DE LOS CASOS PERUANO Y CHILENO

§1. El modelo peruano

A. Como ya se dejó expuesto, la Constitución Peruana establece, de un lado, la pluralidad de la instancia como un principio básico de todo proceso judicial (garantía específica); y, de otro lado, que la Corte Suprema, con exclusividad frente a otros órganos jurisdiccionales, conoce del recurso de casación.

B. Según lo anotado en los apartados precedentes, y dentro del sistema jurídico eurocontinental que hemos heredado, el recurso de apelación contra sentencias definitivas debe ser previsto obligatoriamente en los ordenamientos procesales y, como tal, su ejercicio constituye un derecho fundamental de los justiciables. Desde esa perspectiva, en tanto se pretende garantizar el valor del reexamen, a pedido de parte, del primer juicio, mediante un juicio sobre el hecho(19), todo proceso penal inevitablemente debe ser visto, en caso de alzada, por una Sala de Apelaciones, que inclusive puede ser la propia Corte Suprema en los supuestos de aforamiento y de jurisdicción originaria.

C. El recurso de apelación en nuestro ordenamiento jurídico (recuérdese que el art. 1° del CPP hace mención a la instancia única) sólo está

(18) FERRAJOLI, Luigi: Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia, En: Nueva Doctrina Penal, 1996/B, Buenos Aires, pp. 446/448.

(19) FERRAJOLI, Luigi. Ob. Cit., p. 446.

contemplado para los denominados procedimientos sumarios, previstos para delitos menos graves, sin perjuicio de los procedimientos por faltas. Como en los procedimientos sumarios o abreviados el Juez Penal expide sentencia de primera instancia, el recurso de apelación es de conocimiento de la Sala Penal Superior, órgano jurisdiccional que integra la Corte Superior del Distrito Judicial correspondiente.

D. Lo remarcable del recurso de apelación penal contra sentencias definitivas en delitos menos graves es su total falta de regulación. El procedimiento recursal es muy escueto y cabe puntualizar que no existe una fase de pruebas en segunda instancia ni existe una audiencia de pruebas. Salvo la prueba instrumental que las partes pueden presentar hasta antes que se absuelva el grado, no se admiten nuevas pruebas y, menos, nuevas pretensiones. Esta ausencia de una audiencia de pruebas en segunda instancia, aún bajo el modelo de apelación restringida, que como hemos expuesto en la sección anterior no viola el Pacto ni la propia Constitución, sí es grave y puede ilegitimar el procedimiento recursal. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Ekbatani* (Sentencia de 26.5.88) declaró que si el objeto del recurso de apelación está en función a la cuestión de hecho, a la "declaración de hechos probados", éste debe ser conocido en forma oral y pública y, además, debe suponer una nueva y total audiencia[20].

E. Pese al mandato constitucional (1993) que atribuye a la Corte Suprema el conocimiento del recurso de casación, en tanto y en cuanto la acción no se haya ejercitado ante Suprema, hasta ahora no se cumple al haberse suspendido indefinidamente la vigencia del Código Procesal Penal de 1991. El Código de Procedimientos Penales, todavía en vigor y que nos rige desde 1940, contempla para el caso de los delitos graves (v.gr.: asesinato, robo agravado, terrorismo, desaparición forzada, enriquecimiento ilícito, etc.), el "recurso de nulidad". Se trata de un recurso peculiar, que no acepta presentación de pruebas nuevas, ni siquiera instrumental, y cuyo ámbito de conocimiento comprende –sin limitación alguna– las denuncias de vicios *in procedendo* y de vicios *in iudicando,* al punto que puede absolver a quien considera injustamente condenado, modificar la pena al reo y anular absoluciones indebidas.

Un sector de la doctrina señala que este recurso es un medio de impugnación suspensivo, parcialmente devolutivo y extensivo; que tiene un

[20] LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Instituciones de Derecho Procesal Penal, Akal, Madrid, 1999. p. 552.

doble carácter: de casación e instancia, asemejándose en el primer caso a la casación española y, en el segundo, a lo que en derecho hispano, se llama Casación en el fondo; que este recurso 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(21).

§ 2. El modelo chileno

A. La Constitución de Chile no desarrolla un sistema recursal determinado en materia penal. Solo reconoce desde el punto de vista orgánico a la Corte Suprema, a las Cortes de Apelaciones y a los jueces letrados en lo civil y en lo criminal (vid.: Capítulo VI).

B. El Código Procesal Penal, como ya se consignó, no prevé el recurso de apelación contra las sentencias definitivas. Para controlar las sentencias se ha instituido el "recurso de nulidad" (art. 372°). Los motivos del recurso de nulidad son tasados; y, a mi juicio, tienen un definido contenido casacional, pues se refieren a los supuestos de infracción de ley y de quebrantamiento de forma.

C. Es interesante el motivo absoluto de nulidad, que precisa la infracción por quebrantamiento de forma, estatuido en el art. 342°, literal c), (vid.: art. 374°, e). Es sancionada con la nulidad la omisión del requisito referido a "La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297°". Empero, esa norma no se refiere al juicio sobre el hecho, propio de la apelación penal –al doble examen del caso bajo juicio–, sino al juicio sobre el hecho propio de la casación. Este responde al valor de la certeza, confiado al rol nomofiláctico de la casación, asegurada por la tendencia hacia la uniformidad en la interpretación de las leyes. Como enfatiza FERRAJOLI, se trata de un control de legalidad sobre la congruencia de la motivación, que no tiene nada que ver con la garantía de la doble instancia de jurisdicción, y ambos juicios no pueden sustituirse entre sí(22).

(21) GARCÍA RADA, Domingo. Manual de Derecho Procesal Penal, Eddili, Lima. 1984, p. 330.

(22) FERRAJOLI, Luigi. Ob. Cit., pp. 449/459.

D. Sin embargo, la Casación Española y el Tribunal Constitucional de ese país no conceptúan que el recurso de casación vulnera el PIDCP, dado que –según su doctrina jurisprudencial– "De la lectura del artículo 14°.5 del Pacto se desprende claramente que no establece propiamente una doble instancia, sino un sometimiento del fallo y de la condena a un Tribunal Superior, y como estos requisitos se dan en nuestra casación, este Tribunal ha entendido que tal recurso, a pesar de su cognición restringida, cumple la función revisora y garantizadora exigida por el art. 14°.5 del Pacto"(23); y, que "...es suficiente al respecto el control sobre la razonabilidad o, dicho de otra manera, la falta de arbitrariedad respecto de la determinación de los hechos probados, así como la observancia de los principios del proceso penal"(24).

BACIGALUPO ZAPATER es claro en sostener que la cuestión de hecho está, por definición, excluida del recurso de casación, pero si se toma como referente el derecho a la presunción de inocencia o al *in dubio pro reo,* la ponderación de la prueba procedería ser controlada en casación en orden a determinar, en primer lugar, si el juez de instancia utilizó un razonamiento lógicamente incorrecto o extrajo conclusiones contrarias a conocimientos científicos o reglas de experiencia; en segundo lugar, si infringió la prohibición de valorar ciertas pruebas (pruebas ilícitamente obtenidas o actuadas vulnerando los principios de inmediación, contradicción, oralidad o publicidad); y, en tercer lugar, si condenó teniendo dudas en lugar de absolver (25). Estas aseveraciones, sin embargo, no enervan lo consignado anteriormente y las explicaciones de FERRAJOLI que asumimos en lo pertinente.

§3. En conclusión, abrigo serias dudas respecto a la conformidad jurídica del recurso de nulidad analizado en orden al cumplimiento de la exigencia impuesta por el PDCP y la CADH. Por tanto, independiente de nuestras concepciones particulares en materia de recursos, la apelación penal contra sentencias definitivas no puede descartarse en un sistema procesal penal, en la medida en que está impuesta por las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

---

(23) STC 37/1988, de 3 de marzo, cuya doctrina es recogida por la STC 184/1997, de 28 de octubre.

(24) STC 2da. Sala, N° 129/2000, de 8 de febrero, en: RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo. Derechos fundamentales y garantías individuales.

(25) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios, Ad Hoc. Buenos Aires, 1994. p. 71.

Recientes modificaciones en la Competencia Funcional Penal de la Corte Suprema de Justicia

(Apuntes preliminares a propósito del D. Leg. Nº 959)

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** El recurso de nulidad. **III.** El recurso de queja excepcional. **IV.** El recurso de revisión. **V.** Precedente judicial. **VI.** Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

§ 1. El Código de Procedimientos Penales de 1940 configuró con pretensiones absolutas el ámbito competencial de la Corte Suprema de Justicia. Así las cosas, le confirió el conocimiento de cinco grandes ámbitos jurídico-penales. Son los siguientes:

- En primer lugar, la concordancia de los artículos 10° y 17° CPP reconoció a la Corte Suprema una competencia originaria –como órgano jurisdiccional de primera instancia– respecto a los Altos Funcionarios Públicos (Congresistas, Ministros, Magistrados Supremos, Magistrados Superiores) por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, a cuyo efecto –para el proceso penal declarativo de condena de primera instancia– la Sala Suprema que conoce de asuntos penales: la Sala Penal Suprema (antes, la Segunda Sala de la Corte Suprema:

vid.: art. 114° LOPJ de 1912; luego, art. 155° de la LOPJ de 1964; y, hoy, la Sala Penal, *vid:* arts. 30°, modificado por la Ley N° 27155, y 34°, TUO de la LOPJ de 1991) nombra entre sus miembros al Vocal Instructor y al Tribunal Correccional –hoy, Sala Penal– Especial (art. 34°.4 TUO de la LOPJ), mientras que la competencia recursal –vía recurso de nulidad– corresponde a la Primera Sala.

- En segundo lugar, el artículo 15° CPP estableció la competencia recursal por excelencia de la Segunda Sala –hoy, por imperio de la LOPJ: Sala Penal–, y que ya venía siendo así desde el Código de Enjuiciamientos en materia penal de 1863 *(vid.:* arts. 156°-166°), reiterado en el Código de Procedimientos en materia Criminal de 1919 *(vid.:* arts. 275°-287°) al instituir el "recurso de nulidad". Paralelo a este recurso reguló el "recurso de queja ordinario", contra las resoluciones de los Tribunales Correccionales denegatorios del recurso de nulidad, que también es de conocimiento de la Sala Penal *(vid.:* art. 297° CPP), el mismo que luego fue ampliado para incorporar el "recurso de queja excepcional", mediante el Decreto Legislativo N° 126, del 15.6.1981.

- En tercer lugar, el artículo 16° CPP entregó el conocimiento del recurso de revisión a la Sala Plena de la Corte Suprema. Órgano que, además, en materia penal, tiene competencia administrativo-disciplinaria, tanto de supervisión como disciplinaria, concentrada en las sanciones y en la revisión de las audiencias públicas extraordinarias *(vid.:* art. 368° CPP). La vigente LOPJ, adicionalmente, entrega a la Sala Penal de la Corte Suprema el denominado recurso de revisión disciplinario contra las medidas disciplinarias impuestas por las Salas Penales Superiores en el conocimiento de las causas de su competencia *(vid.:* art. 216° LOJP).

- En cuarto lugar, el artículo 28° CPP fijó a la Sala Penal atribuciones jurisdiccionales para decidir tanto conflictos de jurisdicción, entre la jurisdicción ordinaria y la militar; como conflictos de competencia, entre órganos jurisdiccionales penales ordinarios de distinto Distrito Judicial.

- En quinto lugar, el artículo 15° CPP, en concordancia con el artículo 348° CPP, atribuyó a la Sala Penal competencia consultiva en el procedimiento auxiliar de extradición, propiamente de cooperación judicial internacional, emitiendo al efecto una "resolución consultiva", previa a la decisión gubernamental.

§ 2. Estas competencias, con el correr del tiempo, han venido siendo moduladas por una legislación bastante intervencionista en materia procesal penal. Los cambios, en su inmensa mayoría, se han concentrado (1) en el "objeto procesal del recurso de nulidad" –resoluciones objeto de conocimiento por la Sala Penal de la Corte Suprema– y, luego, con motivo de la configuración del proceso penal sumario o abreviado, (2) en el denominado "recurso de queja excepcional".

Las preocupaciones del legislador se han concretado, por un lado, en delimitar el ámbito de conocimiento de la Corte Suprema ante la sobrecarga procesal, y, de otro lado, aunque parezca contradictorio, en ampliar la competencia de la Corte Suprema para que pueda conocer de resoluciones o de procesos que normalmente no llegan a su conocimiento, pero que por su "gravedad o importancia institucional" debe hacerlo.

Esta ha sido la constante de los cambios ocurridos en el acceso a la Corte Suprema de Justicia, cuya última reforma es la realizada por el Decreto Legislativo N° 959 del 17.8.2004.

§ 3. Sin duda, las modificaciones que hasta antes del Decreto Legislativo N° 959 se habían incorporado en la legislación procesal en el ámbito de la Corte Suprema no sólo no cumplían con garantizar adecuadamente el *ius constitutionis* (defensa del ordenamiento jurídico, a través de las funciones "nomofiláctica" –salvaguarda de la norma– y uniformizadora en la interpretación y aplicación del Derecho objetivo) y el *ius litigatoris* (tutela de los derechos de las partes), vistas (1) las lagunas en la definición del objeto recursal referido a determinadas resoluciones especialmente conflictivas, (2) las exigencias derivadas de la garantía a la pluralidad de la instancia –hecha notar por algunos fallos del Tribunal Constitucional–, (3) el retardo en absolver el grado (especialmente remarcable en el recurso de revisión), y (4) la ausencia de una verdadera cultura del precedente judicial a través de los fallos vinculantes..

El Decreto Legislativo N° 959 pretende paliar, en algo, esas deficiencias. A estos efectos:

1) En primer lugar, modificó el art. 292° CPP referente a las resoluciones recurribles en recurso de nulidad.

2) En segundo lugar, reordenó por completo el recurso de queja a través de la modificación del art. 297° CPP.

3) En tercer lugar, reestructuró el artículo 300° CPP referido al ámbito del recurso de nulidad y al requisito de motivación del mismo.

4) En cuarto lugar, dio un nuevo perfil al recurso de revisión, encargando su conocimiento a la Sala Penal (art. 364° CPP).

5) En quinto lugar, instituyó, siguiendo el modelo del reciente CPP y del Código Procesal Constitucional, la sentencia normativa y, en caso de criterios discrepantes, la sentencia plenaria (art. 301°-A CPP).

II. EL RECURSO DE NULIDAD

§ 1. Objeto procesal del recurso. Inicialmente, como las Salas Penales Superiores eran jueces de fallo, la regla fue que todas las sentencias expedidas por éstas eran de conocimiento de la Corte Suprema, así como los autos de sobreseimiento –no haber lugar a juicio oral–, los que dan por retirada la acusación, los que deniegan la apertura de instrucción, los que se pronuncian sobre excepciones y cuestiones prejudiciales y en todos los casos relevantes de cuestiones de competencia. Es decir, la competencia de la Corte Suprema era amplísima, pues abarcaba prácticamente todo el ámbito de la litigiosidad penal; no había forma que un proceso no tenga la posibilidad de ser conocido por la Corte Suprema (véase, al respecto, los diez numerales del originario art. 292° CPP).

§ 2. Como es evidente, tal amplitud era imposible de asumir con un mínimo de racionalidad y muy pronto desbordó la capacidad funcional del Supremo Tribunal. Así, entre las técnicas que paulatinamente se diseñaron para descargar a la Sala Penal de la Corte Suprema, se encuentran las siguientes:

1) En primer lugar, la institucionalización del proceso penal sumario a partir de 1968 mediante el Decreto Ley N° 17110 –cuyos fallos, absuelto el grado de apelación, no eran materia de recurso de nulidad–, el cual progresivamente fue extendiendo su ámbito de conocimiento, hasta llegar a la Ley N° 26689, del 30.11.1996.

2) En segundo lugar, la prohibición del acceso a los autos de denegación de la apertura de instrucción, a las sentencias de hábeas corpus, y al auto que desestima el retiro de acusación, mediante el Decreto Legislativo N° 126, del 15.6.1982, y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 26435, del 29.3.1990, que instituyó el recurso extraordinario

ante el Tribunal Constitucional contra las resoluciones que deniegan el hábeas corpus.

3) En tercer lugar, la eliminación del recurso *ope legis,* o de nulidad de oficio, en los supuestos en que el Estado fuera parte y la decisión fuera contraria a sus expectativas procesales (Ley N° 26718, del 27.12.1996).

4) En cuarto lugar, la proscripción del recurso de nulidad contra las resoluciones emitidas por la Sala Penal Superior en el juicio oral que resuelven cuestiones incidentales (Ley N° 28117, del 10.12.2003, que modificó el art. 271° CPP). La Ejecutoria Suprema del 13.1.2005, Exp. N° 3582-2004/Lima, explicó que esa limitación, en modo alguno, lesiona el derecho constitucional al recurso, pues los incidentes, por su propia naturaleza, no ponen fin al procedimiento o a la instancia.

§ 3. El problema de la sobrecarga, aún no resuelto, se agravó por el surgimiento de una corriente jurisprudencial que interpretó extensivamente el artículo 139°.6 de la Constitución, que consagró la garantía procesal de la pluralidad de la instancia, estimando su aplicación directa. En tal virtud, se consideró que todo auto que emitía la Sala Penal Superior, necesariamente, debía ser objeto de recurso de nulidad, entendido como apelación.

Un paso para la solución, siempre parcial, a tan peculiar interpretación constitucional fue la modificación del art. 271° CPP, mediante la Ley N° 28117, en cuya virtud toda decisión interlocutoria del Tribunal Superior en el curso del juicio oral era irrecurrible autónomamente. Desde la jurisprudencia suprema, aun cuando no uniforme, a fin de limitar el acceso al recurso de nulidad, se fue gestando una posición en cuya virtud el concepto de "instancia" implica sentencias definitivas y resoluciones equivalentes (aquellas que extingan la acción o pongan fin al procedimiento o a la instancia y, por tanto, causen gravamen irreparable), y que muy bien el legislador en todas las demás resoluciones interlocutorias, sin vulnerar el derecho al recurso, puede declarar –explícita o implícitamente– irrecurribles.

Entre muchas otras, se tiene la Ejecutoria Suprema del 26.8.2004, Exp. N° 2000-2003/Huánuco, que señaló que: "...la garantía constitucional de la instancia plural sólo exige en su esencia que las partes tengan reconocido legalmente el derecho a un recurso devolutivo contra las sentencias o resoluciones equivalentes de primera instancia". La Ejecutoria Suprema del 20.1.2005, Exp. N° 3360-2004/Lima, en esa misma línea puntualizó

que: "... el artículo 139°.6 de la Constitución (...) busca garantizar que la conclusión de un proceso dispuesta por un determinado juez deba ser objeto de una revisión por un Tribunal Superior", lo que no es exigible cuando no está una resolución que ponga fin al procedimiento o a la instancia.

Aun cuando el norte de toda esta evolución fue reducir el número de casos que podía conocer el Tribunal Supremo, con la valoración superior que merecen los derechos fundamentales, se vino entendiendo que algunas decisiones judiciales que limitan tales derechos no podían adoptarse sin posibilidad de abrir un recurso devolutivo contra ellas, de modo que era de rigor instrumentar la viabilidad del recurso. Ello se hizo pretorianamente bajo la interpretación del artículo 139°.6 Constitucional, aunque no sin muchas contradicciones, falta de rigor y discrepancias.

§ 4. Desde esa perspectiva, el Decreto Legislativo N° 959 intenta perfilar una vía de acceso más ordenada al Supremo Tribunal, restringiéndolo cuando sea posible y abriéndolo cuando sea indispensable para garantizar el derecho a la tutela procesal. Obviamente, la ausencia de un recurso de apelación generalizado para toda sentencia penal, impide limitar aún más el acceso al Tribunal Supremo.

A. Dicha norma, en sus cuatro numerales expresos, define el acceso de la siguiente forma:

1) Las resoluciones definitivas en general: sentencias y autos equivalentes, esto es, que extingan la acción penal o pongan fin al procedimiento o a la instancia. Se entiende que en estos casos la Sala Penal Superior interviene como órgano de primera instancia y, presupone, un proceso ordinario común (literales a) y c) del nuevo art. 292° CPP). Siendo así, no procede, por ejemplo, contra un auto dictado en primera instancia por la Sala Penal Superior que desestiman una cuestión previa (vid.: Ejecutoria Suprema del 17.1.2005, Exp. N° 3774-2004/ Ayacucho).

2) Los autos que se dicten en primera instancia por la Sala Penal Superior, referidos a determinados incidentes de ejecución, como son: a) la revocatoria de la condena condicional, de la reserva del fallo condenatorio, de la pena de multa, o de las penas de prestación de servicios comunitarios o de limitación de días libres; y, b) la refundición o unificación de penas, y la sustitución de penas por retroactividad benigna. Ello significa, por lo demás, que la Corte Suprema no conoce de los

beneficios penitenciarios, que –como se sabe–, son incidentes de ejecución que implican un acortamiento de la privación de libertad, y no de la pena (literales b) y d) del nuevo art. 292° CPP), tal como ha sido estipulado por la Ejecutoria Suprema del 25.1.2005, Exp. N° 2254-2004/Huánuco.

3) Los autos interlocutorios dictados, en primera instancia, que limiten el derecho fundamental a la libertad personal. Se tiene, por ejemplo, los que dictan mandato de detención, o arresto domiciliario, o los que disponen su subsistencia o continuación (Literal d) último extremo del nuevo art. 292° CPP). Desde luego no procede recurso de nulidad contra los autos de excarcelación o que levanten tales medidas. Así lo ha declarado la Corte Suprema en la Ejecutoria del 24.1.2005, Exp. N° 3942-2004/Lima.

B. Un literal abierto es el e), en rigor una norma de remisión, a todas aquellas resoluciones que expresamente prevé la ley. Visto el CPP podemos identificar cuatro supuestos muy claros:

1) Las resoluciones que dictan las Salas Penales Superiores en casos de contiendas de competencia y excepciones de declinatoria de jurisdicción (art. 28° CPP).

2) Las resoluciones que profieren las Salas Penales Superiores en casos de recusación o inhibición de Vocales (art. 40° CPP, mod. Ley N° 28117).

3) Las sentencias emitidas en segunda instancia por las Salas Penales Superiores en los procedimientos de sumaria investigación (art. 314° CPP, mod. D. Ley N° 22633).

4) Las resoluciones que en primera instancia expide la Sala Penal Superior en los supuestos de acumulación, desacumulación y separación de procesos (art. 20° CPP, mod. D. Leg. N° 959).

§ 5. El hacer un listado, taxativo o expreso, de resoluciones recurribles, como se sabe, no significa que el recurso de nulidad es extraordinario y, menos, que en determinados aspectos constituye una modalidad del instituto de la casación. La exigencia del principio de taxatividad o de recurribilidad expresa, es común a todo el sistema de recursos, mientras que lo extraordinario de un recurso se circunscribe a la presencia de motivos tasados que habilitan su interposición y conocimiento, lo que no se da en el recurso de nulidad.

De igual modo, el recurso de nulidad no tiene nada que ver con el recurso de casación, pues aun cuando orgánicamente está circunscrito a la Corte Suprema y no obstante la exposición de motivos del Anteproyecto CPP, procesalmente le confiere el carácter de Tribunal Revisor de segunda instancia penal, aunque con algunas peculiaridades (Así lo ha sido desde el art. 166° del Código de Procedimientos en Materia Penal de 1863. Esa norma señalaba que "Si se declara la nulidad por omisión de trámites se repondrá la causa al estado que tenía cuando ocurrió la omisión decretando la responsabilidad de ley contra quien corresponda. Si la nulidad se declara por infracción de ley en la aplicación de la pena, la Corte Suprema resolverá sobre lo principal, revocando lo principal o reformando la sentencia").

Ello es así, sencillamente, porque realiza un segundo juicio sobre los hechos del caso evaluando libremente las pruebas –la jurisprudencia, hasta el momento, no ha considerado implícito el límite derivado de los principios de oralidad e inmediación–, y porque lleva a cabo una función autónoma de control de la interpretación y aplicación del Derecho, dictando en todos los casos de mérito un "fallo sustitutorio": absuelve al condenado, aumenta o disminuye la pena según el caso, cambia la pena por una medida de seguridad o viceversa, modifica el tipo penal aplicado, incorpora otras normas no aplicadas o descarta las indebidamente aplicadas, etc.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto CPP dice al respecto: "La Corte Suprema se encuentra en excepcionales condiciones por las pruebas abundantes que le proporciona el juicio oral (las actas de las audiencias son el reflejo de éstas) no sólo para casar las sentencias sino para modificarlas en cuanto a la calificación del delito e imposición de la pena, o reformarlas, cuando son condenatorias".

Esta concepción, por lo demás, estaba configurada desde el art. 282° del Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1863, el cual prescribía que la Corte Suprema podía modificar la pena –tal modificación procedía, a tenor del art. 287°, "...cuando se haya aplicado al hecho declarado una que no le corresponda, ya sea por su naturaleza o por las circunstancias de su comisión"– o declarar la inculpabilidad, a la vez que fijó motivos concretos de absolución, siendo de destacar el numeral uno del artículo 285° que precisó que la absolución procederá "Cuando no resulta de la instrucción ni del acta de la audiencia racionalmente establecido y por las circunstancias que autorizan la aplicación de la pena, el hecho por el que se condena o la identidad y responsabilidad de la persona designada como reo".

En virtud de lo expuesto, podemos definir el recurso de nulidad de la siguiente forma: "Es un medio de impugnación ordinario, que en ocasiones es –amén de una impugnación en sentido estricto– un medio de gravamen (obtención de una resolución que sustituya a la primera que perjudica los intereses del recurrente, sin necesidad de su ilegalidad intrínseca), puesto a disposición de las partes para provocar la reforma o la anulación o declaración de nulidad de una resolución de mérito expedida por la Corte Superior en el proceso común ordinario. Es un recurso devolutivo, de conocimiento privativo de la Corte Suprema, circunscripta a determinadas resoluciones, por ende, de acceso limitado, y con efectos parcialmente suspensivos y, en todo caso, extensivos en lo favorable, salvo causales de nulidad absolutas o insanables" [es una definición corregida de la consignada en un trabajo anterior: SAN MARTÍN, 2003, II:1016].

§ 6. La definición esbozada significa, a final de cuentas, que el recurso de nulidad apunta preferentemente al denominado "interés público de control" (propio de la apelación o, más ampliamente, de los recursos ordinarios devolutivos) y no necesariamente se concentra en la afirmación de la garantía del principio de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (propio de la casación).

A. Sin embargo, este recurso tiene aspectos singulares en tres ámbitos puntuales:

1) No permite el desarrollo de actividad probatoria ni pueden ofrecerse nuevas pruebas; sólo revisa los elementos probatorios que válidamente fueron materia de la instrucción y del juicio. En tal virtud no actúa nuevas pruebas, y sólo puede analizar las que los jueces de instancia tuvieron a la vista al momento de resolver (Ej. Sup. 18.9.2002. Exp. N° 4792-2001 /Callao).

2) No puede condenar al absuelto. Este límite, por lo demás, aparecía configurado desde el artículo 282° del Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1919. Sobre ese límite anuló absoluciones cuando la sentencia no está de acuerdo con los hechos probados en el proceso o cuando de lo actuado aparecía que estaba probada la culpabilidad del acusado (Ej. Sup. del 15.5.1951 y del 20.8.1943).

3) Controla la cantidad y calidad de la prueba que tuvo a la vista el Tribunal Superior, al punto que si la considera diminuta, puede ordenar su actuación (Ej. Sup. 13.1.1996. Exp. N° 2800-95-B/Tacna).

En este punto es de coincidir con SÁNCHEZ VELARDE cuando acota que: "Conforme a nuestro ordenamiento procesal, el recurso de nulidad permite la revisión total de la causa sometida a conocimiento de la Corte Suprema. Es decir, el órgano jurisdiccional especializado tiene facultad para conocer de las cuestiones de forma como de fondo del proceso penal, así como la de modificar o revocar la sentencia o auto dictados en la instancia inferior. (...) En esencia, constituye la apelación que interpone la parte afectada contra la sentencia o la impugnación que se puede plantear contra una resolución judicial permitida expresamente en la ley procedimental" [2004: 870].

B. Todo lo expuesto, no obsta a que cuando se trata de una vulneración de la ley procesal que es causal de nulidad absoluta o insanable –son las causales típicas de ineficacia de las resoluciones–, dicte una sentencia procesal, simplemente anulatoria, con el reenvío correspondiente (*vid.*: arts. 166°, 1 Párr. CEMP; 281° CPMC; y, 299° CPP). Se refiere a lo siguiente: a) vicios de procedimiento (graves omisiones procesales o irregularidades procesales, incompetencia objetiva del juez); y, b) defectos de la sentencia (lesión del principio de correlación: fallos *extra petita, ultra petita y citra petita*). Empero, deben tratarse siempre de defectos evidentes, que lesionan indiscutiblemente el entorno jurídico de las partes recurrentes.

La Ejecutoria Suprema del 17.8.2004, Exp. N° 1258-2004/Lima, enfatizó al respecto que: "la nulidad de actuados procede cuando el órgano jurisdiccional incurra en una causal de nulidad prevista en la ley, en tanto en cuanto ésta ocasiona un perjuicio a todas o alguna de las partes –principio de trascendencia– o desnaturalice gravemente el trámite de la causa (y) que su declaración procede, incluso de oficio, por lo que no está sujeta a trámite previo o traslado obligatorio".

Cabe, eso sí, tener presente que el poder anulatorio tiene límites necesariamente vinculados al respeto de la prohibición de la reforma peyorativa y a la afirmación del principio procesal de eventualidad que rige el procedimiento recursal. Solo sería posible una anulación de oficio bajo el paraguas de la denominada *reformatio in melius*. Por tanto, no es de recibo sostener que la *reformatio in peius* solo funciona para cuestiones sustantivas, pues como dice Daniel PASTOR debe entenderse a las propiamente procesales [2004:38].

§ 7. Ámbito del recurso de nulidad. Las atribuciones que el Supremo Tribunal había definido según su jurisprudencia cuando conocía este recurso eran las siguientes:

1) El originario artículo 300° CPP permitía al Tribunal Supremo modificar la pena a los condenados (puede elevar o rebajar la pena en función a la presencia de una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, incluidas las eximencias imperfectas, o de la variación del título condenatorio), así como cambiar la calificación del delito (V. gr. La Ej. Sup. 20.4.60, AJ, p. 162, señaló: "la Corte Suprema tiene la facultad de enmendar la calificación jurídica del delito hecha por el Tribunal Correccional y sancionar el hecho conforme a su propia naturaleza y que esté de acuerdo con lo que fue objeto de la instrucción y de la acusación"), y el grado en la comisión del delito: de consumado a tentado (RJP, 1955, p. 253).

2) El artículo 301° CPP autorizaba a la Sala Penal Suprema poder para revisar la pena, incluso, al condenado que no había recurrido (Ej. Sup. 1980, RJP, p. 387). Igualmente podía absolver al indebidamente condenado, aún cuando éstos no lo hubieren solicitado (RJP, 1972, p. 873). La exposición de motivos del Anteproyecto CPP justificó tal amplitud de atribuciones en que a diferencia del Orden Civil en lo Penal se ventilan cuestiones de carácter público y general (sic); tesis hoy en día superada por las exigencias del derecho de defensa y del principio acusatorio.

3) El artículo 300° CPP, asimismo posibilitaba la revisión de la sentencia, cualquiera que sea la parte que interponga el recurso, así como modificar la pena impuesta, aunque el recurso sólo haya sido interpuesto por la parte civil (Ej. Sup. 21.4.1960, Normas Legales, p. 528).

§ 8. Esta amplitud, que obviamente excedía la garantía constitucional de impugnación, pues en muchísimos casos iba en contra del garantizado, fue enmendada por la Ley N° 27454. La indicada disposición legal recogió dos limitaciones al Poder del Tribunal Revisor:

1) El respeto a la pretensión impugnatoria, al amparo del principio *tantum devolutum quantum apellatum* –tanto devuelto como apelado– (primer párrafo). Se trata de la consagración del principio dispositivo en materia recursal e importa un rechazo explícito a las lógicas inquisitivas muy afincadas en el proceso principal.

2) La prohibición de la *reformatio in peius,* en cuya virtud no se podía agravar la situación jurídica del impugnante si el recurso sólo provenía por su parte.

A su vez la nueva norma introdujo un requisito de fondo para la concesión del recurso de nulidad: motivación de la impugnación, bajo sanción de improcedencia (el error de la ley fue que dijo la sanción era de inadmisibilidad, pese a lo dispuesto por el artículo 358° CPC, concordante con el art. 388° CPC).

§ 9. El nuevo texto del artículo 300° CPP incorpora otras tres características. Esta son:

1) Si el recurso versa sobre la reparación civil, la decisión suprema sólo puede circunscribirse a los estrictos ámbitos de la pretensión impugnatoria –no puede haber, dada la primacía del principio dispositivo, un efecto extensivo en lo favorable, como es el caso de la sanción penal–.

2) Se hace mención expresa a la medida de seguridad, cuya reforma siempre es en lo favorable –con lo que el legislador se orienta hacia el tratamiento unitario de ambas sanciones penales–.

3) El requisito de motivación se extiende a los autos, de modo que se universaliza este imprescindible requisito en vista de que la jurisprudencia entendió, con razón, que la motivación –al amparo de la legislación anterior– sólo se exigía para las sentencias, ni siquiera para las resoluciones equivalentes (Ejecutoria Suprema del 3.8.2004, Exp. N° 1068-2004/Lima), y porque a partir del primer, segundo y tercer requisito, la ley exige al Tribunal Revisor una "sentencia sobre los motivos", circunscripta a los agravios del recurrente.

§ 10. Aspectos polémicos. Un tema debatible es el vinculado a la interpretación de los numerales dos y tres del nuevo artículo 300° CPP. ¿Qué sucede con los imputados no recurrentes si el imputado recurrente, que está en la misma situación jurídica, es absuelto? Asimismo, ¿qué pasa si el recurso sólo proviene del Ministerio Público y el Tribunal Revisor considera que debe ser absuelto?

Aparentemente una respuesta más fácil -o menos incidente- se da en el primer caso, pues la norma dice: "las penas o las medidas de seguridad... sólo podrán ser modificadas cuando les sea favorables". La modificación, desde luego, puede entrañar su eliminación como consecuencia de reducir un estado de cosas a términos justos (*vid.*: definición del diccionario RAE).

En el segundo caso, el texto del numeral 3) señala que la Corte podrá modificar la sanción impugnada, aumentándola o disminuyéndola, pero

no dice expresamente eliminándola o levantándola. Empero, si el recurso del fiscal abre la instancia integralmente, en tanto el agravio expresado se concreta jurídicamente en la vulneración de la ley por ser éste autoridad objetiva de justicia o guardián de la legalidad, razones de equidad permiten sostener esa posibilidad ampliada, en tanto que previamente la norma dice que la Corte Suprema podrá modificar la sanción penal, de suerte que cuando, a continuación, señala "... aumentándola o disminuyéndola...", lo hace a título enunciativo y no taxativo.

III. EL RECURSO DE QUEJA EXCEPCIONAL

§ 1. Introducción de la Institución. Inicialmente, en estricta materia recursal, sólo existía el recurso de queja ordinario, por denegatoria del recurso de nulidad. El recurso de queja, así configurado, se erigía en el verdadero sustento de los recursos devolutivos, en los que la admisibilidad era decidida por el órgano jurisdiccional *ad quo,* mediante el cual se solicita al Tribunal Revisor determine la procedencia o no de la impugnación interpuesta calificando la legalidad o legalidad de la desestimación del Tribunal *ad quo.*

La queja, como aclara MORENO CATENA, es un recurso instrumental, de carácter devolutivo, mediante el cual se impugnan resoluciones de inadmisión de recursos [2004: 151].

Posteriormente, al otorgarse potestad de fallo al juez penal y decidirse legalmente que con la sentencia de vista emitida por la Sala Penal Superior culmina el proceso penal declarativo, así como reducido el objeto procesal del recurso de nulidad respecto a resoluciones interlocutorias dictadas por la Sala Penal Superior, surgió la necesidad de una necesaria, pero circunscripta, intervención de la Corte Suprema ante posibles violaciones de la ley, material o procesal, incluida la Constitución, producidas en los procesos sumarios, y en las querellas por delitos privados, incluso en las faltas, así como en los propios procesos ordinarios. Por tanto, paralelamente a la institucionalización relativamente expansiva del proceso sumario por el Decreto Legislativo N° 124, se creó el "recurso de queja excepcional" a través del Decreto Legislativo N° 126, del 15.5.1981, con una naturaleza sin duda extraordinaria por constituir una suerte de *petition of rihgt:* permiso para apelar del derecho inglés, que como tal exigía una apreciación preliminar del Tribunal Supremo de que el caso era *cerworthy,* a mérito del cual, de tener fundamento, se emitía un *writ of certiorari.* Tempranamente, la Corte Suprema en la Ejecutoria del 8.8.1972, había fijado, invocando

equivocadamente una supuesta como inexistente facultad de casación, una pauta para el acceso de este novísimo recurso; señale que: "En casos de constatarse grave infracción de la ley, aunque no proceda recurso de nulidad, la Corte Suprema con su facultad de casación, puede conocer de la causa, para que se enmienden las irregularidades procesales comprobadas" (Boletín Judicial, N° 2, Lima, 1972, p. 117).

Este recurso exigía:

1) En primer lugar, un previo recurso de nulidad y su ulterior denegatoria por la Sala Penal Superior (la Corte Suprema, Sala Civil, desde siempre señaló que si no se ha interpuesto recurso de nulidad contra la sentencia es improcedente el recurso de queja. R.T. 1946, p. 46. La Sala Penal, aún con la anterior legislación, señaló que: "Una de las condiciones para recurrir en queja de derecho es que se haya denegado el recurso de nulidad". Ej. Sup. 1.3.1993, Exp. N° 634-1992/Puno, Rojassi Pella, p. 451).

2) En segundo lugar, la interposición de una queja conforme al art. 297° CPP, que importaba solicitar copias, dentro de las 24 horas, para ocurrir en queja a la Corte Suprema.

3) En tercer lugar, la formación por el Tribunal Superior del cuaderno de queja correspondiente y su respectiva elevación a la Corte Suprema (La Corte Suprema había establecido que el cuaderno de queja debe contener las copias pedidas y las que crea conveniente la Sala Penal, pero no copias de todo el expediente, Ej. Sup. 28.3.1994, Exp. N° 1133-92-Lima, Rojassi Pella, p. 450).

4) En cuarto lugar, como exigencia adicional, y específica a esta modalidad recursal, consistía en que el recurrente debía sustentar el recurso contra la resolución que determinó la impugnación en nulidad en la denuncia de una infracción de la Constitución o en una grave violación de las normas sustantivas o procesales de la Ley penal.

§ 3. Esa norma –Decreto Legislativo N° 126–, empero, tal como estaba redactada, no tenía límite alguno en cuanto a la clase o tipo de resolución impugnada, es decir, al objeto procesal del recurso; podía ser un auto definitivo, un auto interlocutorio o una sentencia. El límite era más bien externo, esto es, debía tratarse de una resolución que regularmente

no estaba contemplada en los seis incisos del artículo 292° CPP, pues si lo estaba, el recurso procedente sería el de queja ordinario.

Finalmente, en vista de la abundancia de recursos de queja excepcional, que de todas maneras sobrepasaba la capacidad del Tribunal Supremo, se dictó la Ley N° 26689, del 28.11.1996, que, de un lado, delimitó el objeto impugnable al circunscribirlo a sentencias y resoluciones que pongan fin al proceso, de modo que el recurso de queja excepcional quedó circunscrito para los procesos en los que no cabe recurso de nulidad: sumarios y querellas; y, de otro lado, ratificó –esta vez con un texto expreso– que la queja debía precisar la infracción constitucional o legal denunciada, con citación de las piezas del proceso que sustentan la pretensión, esto es, impuso precisión del agravio y motivación de la pretensión impugnativa.

§ 4. Un problema, que hasta ahora causa estragos, está referido a la interpretación del nuevo artículo 9º del D. Leg. N° 126, fijado por la Ley N° 27833, del 21.9.2002, que estipuló que en los procesos sumarios, cumplida la instancia plural, no procede ningún recurso.

En un primer momento se entendió, y ese fue al parecer la intención del legislador, que dicha norma clausuró la posibilidad del recurso de queja excepcional por denegatoria del recurso de nulidad en los procesos sumarios, de modo que dicho recurso solo se circunscribiría al proceso penal por delitos privados (v. gr.: Ej. Sup. 25.4.2003, Exp. N° 210-2003/Lima).

En un segundo momento se estimó que esa norma sólo regula el impedimento de acceso al recurso ordinario de nulidad y, por consiguiente, no impide el recurso extraordinario de queja excepcional, cuya lógica y funciones tienen fundamento constitucional y legal, norma última que –según se afirmó– no fue derogada expresamente por la nueva ley (por todos, Ej. Sup. del 7.9.2004, Exp. N° 222-2004/Cusco).

No obstante ello, no había una verdadera línea jurisprudencial al respecto, al punto que la Sala Penal incluso abría este recurso para resoluciones interlocutorias, obviando la vigencia de la Ley N° 26689 (v. gr.: Ej. Sup. 8.6.2003, Exp. N° 189-2003/Lima).

§ 5. Ámbito del nuevo artículo 297°. Esta norma concentra en una sola disposición las dos modalidades de recurso de queja y las somete a un modelo único de tramitación, corrigiendo prácticas de aplicación no coincidentes con su regulación institucional. El "recurso de queja ordinario"

funciona, como ya se anotó, cuando se deniega un recurso de nulidad pese a que la resolución impugnada está prevista en el artículo 292°. En cambio el "recurso de queja excepcional" procede cuando la resolución impugnada no está en ese supuesto, pero infringe normas constitucionales o normas con rango de ley directamente derivadas de aquellas.

La nueva norma enmarca el requisito de admisibilidad o de procedencia, según el caso, del recurso de queja excepcional. Su consideración procesal requiere:

1) Que se interponga en el plazo de 24 horas de notificada la resolución que deniega el recurso;
2) Que se precisen y fundamenten los motivos del recurso;
3) Que se indiquen las piezas pertinentes para la formación del cuaderno; y,
4) Que la elevación del cuaderno corresponde al Tribunal Superior. El incumplimiento de esos requisitos da lugar al rechazo liminar del recurso.

En todo caso, siguiendo la huella del CPC de 1912, cuyo esquema adoptó el CPP de 1940, denegado el recurso de queja procede irse en "queja sin copias", a cuyo efecto la Sala Penal Suprema decidirá si debe elevarse o no el cuaderno de queja, no que esta se declare fundada o infundada (la queja directa o sin copias sólo es procedente por denegatoria de su expedición, sostuvo en su oportunidad la Sala Civil de la Corte Suprema, R.J.P., 1971, p. 773). Para estos efectos, el Supremo Tribunal especificó que la queja sin copias, bajo sanción de inadmisibilidad, debe interponerse en el plazo de 24 horas más el término de la distancia –para lo cual debe tenerse en cuenta el "Cuadro General de Términos de Distancia", aprobado por la Resolución Administrativa N° 1325-CME-PJ, del 6.11.2000– [Ej. Sup. N° 4-2005/Cusco, del 20.1.2005; N° 462-2004/Cono Norte, del 21.1.2005; y, N° 420-2004, del 21.1.2005]. La denegación del recurso de queja por la Sala Penal Superior solo puede fundarse en la vulneración de la formalidad del recurso y en el plazo de interposición, tal como lo ha enfatizado la Ejecutoria Suprema del 11.1.2005, Exp. N° 554-2004/Lima.

§ 6. Problemas de la nueva norma. Se pueden citar dos.

1) Alcances del motivo de queja excepcional. Ahora, el motivo del recurso es más estricto, en comparación con la norma anterior. La infracción

denunciada se circunscribe a la vulneración de una norma constitucional o a una norma con rango de ley directamente derivada de la Constitución; por tanto, se trata de vicios *in iure* que infringen derechamente la propia Constitución o una norma con rango de ley que implique un desarrollo directo de una norma constitucional. No se trata de la invocación de nulidades insanables o de infracciones a cualquier artículo del Código Penal o Procesal, antes bien debe analizarse si dichas normas lesionan el contenido esencial de un derecho fundamental o de una garantía constitucional desarrollada legalmente.

Por ejemplo, en materia de derecho a la prueba, la Corte Suprema viene adoptando un criterio restrictivo; así, ha puntualizado que: "la valoración de las pruebas no forma parte del ámbito del recurso de queja excepcional, en la medida en que la resolución judicial se sustente en prueba legalmente aportada y actuada en el proceso, no otorgue eficacia procesal a pruebas inconstitucionales, y respete el principio del in dubio pro reo, es decir, pese a considerar la existencia de una incertidumbre probatoria se emita sentencia condenatoria" (Ej. Sup. del 14.1.2005, Exp. R.Q. N° 500-2004/Huánuco Pasco).

2) Objeto procesal del recurso. Una de las resoluciones que constituyen el objeto procesal de la queja excepcional, según el numeral dos, es aquella que "... imponga o disponga la continuación de medidas cautelares personales dictadas en primera instancia por la Sala Penal Superior, excepto la emitida de conformidad con el artículo 271° CPP...". Empero, según el artículo 292°, literal d), el recurso de nulidad procede contra las resoluciones dictadas en primera instancia por la Sala Penal Superior que limite el derecho fundamental a la libertad personal. Siendo así, una interpretación que evite contradicciones normativas internas, permite entender que la queja excepcional se circunscribe a todos aquellos autos interlocutorios ajenos al art. 292°, literal d).

Las medidas cautelares personales, como se sabe, son aquellas que recaen sobre los derechos personales del imputado; y, entre ellos, se tiene la libertad personal (art. 2°.24 Const.), la libertad de tránsito (art. 2°.11 Const.) y los demás derechos civiles. Por tanto, son medidas cautelares personales no referidas a la libertad personal, las de comparecencia restrictiva (salvo el arresto domiciliario, que afecta el derecho a la libertad personal), el arraigo, la prohibición de residencia, de aproximación y de comunicación –propia de los delitos asociados a la violencia familiar–, y la suspensión provisional de derechos –aún no vigentes, tales como la suspensión del brevete, de la licencia de portar armas de fuego, etc.–.

IV. EL RECURSO DE REVISIÓN

§ 1. Características del viejo recurso de revisión. El CPP originario, muy parco en la materia, reconoció el recurso de revisión –en rigor, acción de revisión– fijando, entre otras, tres características:

1) Atribuye la competencia funcional a la Sala Plena de la Corte Suprema.
2) No reconoce una etapa probatoria en el procedimiento de revisión ni la necesidad de contradicción en el trámite;
3) La sentencia de la Corte Suprema solamente realiza un juicio rescindente, esto es, sólo decide si la sentencia cuestionada se rescinde o no por la presencia de un motivo estipulado en la ley, y el juicio rescisorio lo hace el Tribunal de Instancia.

§ 2. Legitimación en el recurso de revisión. El Decreto Ley Nº 18236, como consecuencia de la eliminación del Ministerio Público a nivel Supremo, estableció que, conjuntamente con el reo y sus parientes o tutores, podían interponer recurso de revisión los Vocales de la Corte Suprema; y, además, el informe o dictamen consultivo previo, que lo hacían dos Fiscales Supremos, correspondía a dos Vocales Supremos.

La nueva norma, en primer lugar, vuelve a la norma primigenia y expresamente reconoció legitimación al Fiscal Supremo en lo Penal; y, en segundo lugar, señaló que el condenado está legitimado, pero si es incapaz lo hará su representante legal; y, si hubiere fallecido o estuviere imposibilitado de hacerlo, lo harán su cónyuge, sus ascendientes, descendientes y hermanos, en ese orden, lo que implica que debe establecerse la imposibilidad –aunque con criterios flexibles– de quienes están habilitados en reemplazo del condenado.

§ 3. Procedimiento de revisión. El órgano competente, que tramita y decide el recurso, es la Sala Penal de la Corte Suprema. La demanda de revisión –que es la nueva denominación que ostenta– está sujeta a requisitos para su admisión y procedencia; se requiere que ésta precise los fundamentos de hecho, los fundamentos jurídicos, y presente las pruebas pertinentes, así como identifique el domicilio procesal de la parte civil. Se trata de requisitos, cuyo cumplimiento determina, como segundo paso, que la Sala admita a trámite la demanda y solicite el expediente originario, con citación de todas las partes. A *contrario sensu,* la falta de algún requisito, determina la aplicación supletoria del artículo 426° CPC; esto es, la exigencia de que se subsane la omisión o defecto en un plazo no mayor

de diez días, bajo apercibimiento de rechazarse la demanda y ordenar el archivo del expediente (así ha venido decidiendo la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el conocimiento de estos recursos). La admisión o la inadmisión se dicta sin vista de la causa.

Una vez recibido el expediente original, se corre vista fiscal, salvo que el Fiscal sea el demandante, en cuyo caso se corre traslado a las demás partes por el plazo de diez días. El modelo de revisión del CPP 1940, que la nueva norma no altera, no contempla una estación o etapa de pruebas.

La sentencia de revisión, que puede ser estimatoria o desestimatoria, se dicta previa vista de la causa, cumplido el trámite anterior. Lo novedoso es que la sentencia, en caso de ser estimatoria de la pretensión de revisión, puede ser rescindente y rescisoria, siempre que sea posible dictar directamente un fallo absolutorio. A su vez, en este último caso, se ordenará la restitución de los pagos efectuados por concepto de multa y reparación civil, así como se fijará una suma por concepto de indemnización por error judicial, siempre que se haya solicitado (reconocimiento del principio de rogación). La sentencia, estimatoria o desestimatoria, se notifica a todas las partes del proceso originario, no sólo a las partes del proceso de revisión.

§ 4. Efectos de la demanda de revisión. Anteriormente, si la pena no ha sido aún ejecutada y uno de los vocales presentaba el recurso, la ejecución se suspendía automáticamente durante el trámite. La nueva norma, en cambio, fija como regla que la demanda no suspende la ejecución de la sentencia, pero es posible suspenderla siempre y cuando medie pedido de parte y, por cierto, si por su mérito cabe hacerlo, aplicando de ser el caso una medida de coerción alternativa. Se trata de una medida innovativa y, como tal, debe tratarse.

V. PRECEDENTE JUDICIAL

§ 1. Uno de los objetivos de todo sistema de recursos es garantizar la unidad en la aplicación judicial de la ley y, de ese modo, consolidar el principio constitucional de igualdad ante la ley y afirmar el valor de seguridad jurídica y de la interdicción de la arbitrariedad –sólo la igualdad de criterio, la uniformidad de las decisiones judiciales, puede satisfacer el derecho fundamental a la igualdad–. Este objetivo –central de todo sistema jurídico y propio del Estado de Derecho, que busca la univocidad y la homogeneidad en la interpretación de la ley–, como es obvio, corresponde a la Corte Suprema de Justicia, en tanto cabeza del Poder Judicial. De ahí que la misión de

la jurisprudencia apunte a que siempre prevalezca el interés público y, por ello, tenga como meta la uniformidad en la interpretación judicial de la ley.

En este mismo sentido, acota VICENTE GIMENO, el Supremo Tribunal tiene una misión que le es propia: "la creación de una doctrina legal uniforme a fin de garantizar el derecho de todos los ciudadanos a la igualdad en la aplicación de la Ley penal en todo el territorio nacional" [2004: 58].

El término "jurisprudencia" se reserva para designar determinados fallos, que cumplan acabadamente con el requisito de motivación, emitidos por un órgano único y superior: la Corte Suprema de Justicia. Desde esa perspectiva, una de las técnicas que se utiliza es la del precedente judicial, en cuya virtud los fallos del Supremo Tribunal vinculan obligatoriamente a los jueces de las instancias inferiores (jurisprudencia vertical), quienes están obligados a seguirlos en sus decisiones. Esta opción intenta resolver en un sentido determinado la tensión entre jurisprudencia y la independencia judicial, entre la decisión judicial y el principio de igualdad. La solución en el sentido propuesto por la nueva norma es aceptable, pues como apunta LÓPEZ BARJA, "la independencia judicial es entre frente a otros poderes del Estado, pero internamente dentro del propio Poder Judicial puede encontrarse una cierta dependencia, no en cuanto al juzgamiento, sino en orden a la determinación de la interpretación legal" [2004:1461]. Así sucede en el mundo anglosajón, sin que pueda sostenerse que la independencia judicial se vea mellada por la técnica del precedente.

Por lo demás, parece concluyente la posición de BACIGALUPO ZAPATER y JAÉN VALLEJO. El primero enfatiza que la ley sólo es posible conocerla, y, por tanto, aplicarla, previa interpretación, lo que quiere decir que el juez está vinculado a una ley cuyo texto debe ser necesariamente interpretado y que, por lo tanto, la seguridad jurídica exige también que algún órgano jurisdiccional establezca cuál es la interpretación que ha de prevalecer [2002: 39]. El segundo apunta que la vinculación a la ley no tiene porqué excluir el efecto vinculante de la jurisprudencia, el sometimiento del juez a la ley no puede suponer la inseguridad jurídica que implicaría la falta de un mecanismo que permita salvaguardar la unidad del orden jurídico y, al mismo tiempo, la seguridad e igualdad en la aplicación de la ley [2004: 244].

§ 2. Nuestro ordenamiento jurídico, en materia de precedente judicial, incorporó, sin embargo, varias técnicas innovadoras, que en todo caso importaban apartarse ligeramente del modelo adoptado en el ámbito del *civil law*, que como es sabido acogió la técnica de la línea jurisprudencial

–que apuntaba al convencimiento persuasivo– y no del precedente judicial propia del *common law*.

La primera técnica asumida es la prevista en el artículo 22° LOPJ, en cuya virtud la Sala Especializada de la Corte Suprema, trimestralmente, y en acto aparte, escoge de las Ejecutorias dictadas, aquellas que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento. En este caso, sin embargo, la obligatoriedad se flexibiliza pues los jueces, motivadamente, pueden apartarse de ellas.

La segunda técnica es la establecida en el artículo 80°.4 LOPJ –según el texto fijado por la Ley N° 27465, del 30.5.2001–, por la cual es la Sala Plena de la Corte Suprema la que decide –sistematiza y difunde– las Ejecutorias que han de ser de obligatorio cumplimiento, en cuyo caso –por la dicción de la norma– no hay opción para los jueces inferiores, quienes están obligados a acatarlas sin posibilidad de disidencia, dado que esa excepción –la del artículo 22° LOPJ– no está incorporada en la norma y, además, no tendría sentido que siguiéndose un procedimiento distinto y más complicado, con el concurso de todos los vocales Supremos, los efectos sean los mismos que el procedimiento menos complejo.

La tercera técnica, a semejanza de lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, es la incorporada en el nuevo artículo 301°-A CPP, que crea las sentencias normativas y las sentencias plenarias, cuya difusión es obligatoria a partir del Diario Oficial y de la página web del Poder Judicial.

§ 3. Las denominadas "sentencias normativas" o "sentencias de efectos generales", incorporadas en el ordenamiento procesal penal, son aquellas que la propia Sala Penal Suprema, en el mismo fallo, decide que deben tener el carácter de precedente vinculante. A estos efectos, la sentencia debe precisar el extremo de su efecto normativo *(ratio decidendi)*, excluyendo lo que no lo expresa *(obitur dictum)*. Un ejemplo de esta sentencia es la Ejecutoria expedida con fecha 21.9.2004, publicada en el diario El Peruano del día 6.10.2004.

El efecto de esta modalidad de sentencia, por su propia naturaleza, es su obligatoriedad, sin posibilidad de que el juez inferior pueda apartarse de lo que decida, de su *ratio decidendi*.

El carácter reforzado de este fallo estriba en que si la Sala Penal Suprema decide apartarse del precedente que acordó, debe motivarlo especialmente haciendo referencia expresa al fallo del cual se aparta.

§ 4. Como quiera que en la Corte Suprema existen varias Salas Penales –una Permanente y dos Transitorias– o éstas pueden integrarse por diferentes vocales –de hecho anualmente así ocurre–, se ha instituido la denominada "sentencia plenaria". El presupuesto de esta sentencia es:

1) Que existan sentencias contradictorias –no necesariamente requiere que se trate de "sentencias normativas", pues puede tratarse de las Ejecutorias acogidas por la Sala Penal conforme al artículo 22° LOPJ o de las que cotidianamente se dictan al absolver el grado–; y,

2) Que cualquiera de las Salas lo pida, o lo haga la Fiscalía Suprema en lo Penal o la Defensoría del Pueblo.

En ese caso se convoca al Pleno de los Vocales de lo Penal. La expedición de la sentencia plenaria, que se adopta por mayoría absoluta de votos, no requiere vista fiscal ni trámite alguno, salvo el anuncio del asunto que la motiva con conocimiento del Ministerio Público. La sentencia plenaria no afecta la sentencia o sentencias adoptadas en los casos que determinaron la convocatoria al Pleno. Esta sentencia, igualmente, requiere su publicación en el Diario Oficial y, de ser posible, en la página web del Poder Judicial.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: *Justicia Penal y Derechos Fundamentales,* Marcial Pons, Madrid, 2002.

JAÉN VALLEJO, Manuel: "Constitución, Tribunal Supremo y Casación Penal", *Revista Peruana de Ciencias Penales,* N° 15, Idemsa, Lima, 2004.

GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho Procesal Penal,* Colex, Madrid, 2004.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Tratado de Derecho Procesal Penal,* Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.

MORENO CATENA, Víctor: *Los nuevos procesos penales (I) El procedimiento abreviado,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

PASTOR, Daniel R.: *Tensiones: ¿Derechos Fundamentos o persecución penal sin límites?* Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo: *Manual de Derecho Procesal Penal,* Idemsa, Lima, 2004.

SAN MARTÍN CASTRO, César: *Derecho Procesal Penal,* 2ª ed., Grijley, Lima, 2003.

Recurso de casación y Corte Suprema de Justicia: evaluación tres años después

SUMARIO: I. Bases normativas de la casación penal. II. Presentación estadística del recurso de casación penal. III. Conclusiones provisionales.

I. BASES NORMATIVAS DE LA CASACIÓN PENAL

§ 1. El recurso de casación, valgan verdades, fue impuesto por la Constitución, tanto la vigente de 1993 como la anterior de 1979. El entendido de la norma constitucional era establecer una nueva función a la Corte Suprema de Justicia, apartándola de su tradicional función como órgano de instancia, a la que lo ató, para ser claros, el Código de Procedimientos Civiles de 1912 –cuando ya un sector doctrinario pugnaba por imponer la casación– y ratificó en sede penal los Códigos de 1920 y 1939. La vieja discusión de la falta de preparación de los jueces y de la necesaria amplitud del recurso de nulidad que garantizaría, en palabras actuales, una más efectiva tutela jurisdiccional de los justiciables, ha quedado pues clausurada. Garantizar la debida o correcta interpretación del Derecho Penal y Procesal Penal –tutela del derecho objetivo, como base de la justicia– y asegurar la unidad en la interpretación y aplicación judicial del Derecho Penal y Procesal Penal –afirmar la unidad jurídica como base de la seguridad jurídica–; o fijar y unificar la interpretación jurisprudencial

del Derecho objetivo es, hoy en día, el eje esencial de la misión que tiene encomendado el Supremo Tribunal.

§ 2. El modelo de casación que ha construido el NCPP de 2004, cuya andadura en la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema empezó en 2007, tiene las siguientes ocho notas esenciales:

1. La casación es un medio de impugnación extraordinario, que produce los efectos devolutivos, no suspensivos (salvo el caso de la libertad) y extensivo en lo favorable, mediante el cual se somete a la Sala Penal Suprema el conocimiento, a través de motivos tasados, de determinadas sentencias y autos definitivos dictados en apelación por las Cortes Superiores con el fin de lograr la anulación de la recurrida, todo ello con fundamento en la existencia de vicios en la aplicación e interpretación de las normas de Derecho objetivo, aplicables al caso. Lo singular de esta regulación de la casación es su carácter no suspensivo, cuya explicación descansa en la necesidad de un proceso célere y evitar la utilización dilatoria del recurso de casación.

2. La casación se circunscribe, sobre la base inmutable de los hechos fijados en la instancia, a examinar la concepción causal del fallo o la regularidad del proceder que ha conducido a él. La casación se ocupa de si el fallo contiene una violación de la ley, se circunscribe a la *quaestio iuris* y le son ajenas las indagaciones de hecho. No es una excepción a este ámbito el examen de la logicidad de la motivación y la corrección de una condena; la primera sigue las reglas que determinan el exacto alcance de la garantía procesal de motivación y la segunda cuida del cumplimiento de las reglas de prueba y de juicio de la garantía constitucional de presunción de inocencia. No se reemplaza la valoración del tribunal de mérito, se le controla exactamente desde las exigencias normativas del derecho probatorio y del la necesidad de su justificación y coherencia interna.

3. La casación, vista su carácter jurisdiccional, de remedio jurídico, importa siempre un juicio rescindente y, cuando no se requiera debate, un juicio rescisorio. Esto es, en aras de la interdicción de las dilaciones indebidas –preocupación constante del Nuevo Código Procesal Penal–, se permite ampliamente la casación sin reenvío, sólo centrada en aquellos vicios de actividad circunscriptos a defectos de tramitación o vicios de procedimiento –inobservancia del rito establecido para llegar a la resolución–. Ello significa que no necesariamente aquellos vicios de actividad relativos

a los defectos estructurales de resolución –incongruencia, por ejemplo– origina el reenvío, y que siempre el defecto de juicio –tanto vicio *in iure* como el vicio *in factum*– determinará juicios rescindente y rescisorio.

4. Desde la impugnabilidad objetiva, para modular el acceso al Tribunal Supremo y evitar su parálisis por un exceso de causas, se ha consignado no sólo que procede contra sentencias y autos equivalentes o definitivos dictados en apelación, y sujetos a una penalidad superior, en su extremo mínimo, a los seis años. Sin embargo, para evitar que grandes ámbitos del ordenamiento jurídico penal queden sin una guía se ha reconocido la llamada "casación excepcional", necesaria para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial. Ésta es una vía, semejante al *certiorari* anglosajón, que permite a la Corte Suprema, discrecionalmente pero orientada a la afirmación de la doctrina jurisprudencial en casos sensibles y necesitados de una correcta interpretación y unidad, abocarse al conocimiento de determinada causa.

5. Pero no sólo se fijan pautas para ampliar la cobertura prestacional de la casación penal vía casación excepcional, también, siguiendo el modelo alemán, se reconocen dos causales de inadmisibilidad excepcional por economía procesal. 1) falta de fundamento: cuando se adolece de una falta evidente de razón jurídica de los motivos alegados o una falta de contenido casacional. Es el caso de los llamados recursos fatuos o indignos (**1.** afirmar que existe violación de la ley sin justificación o argumento serio alguno, **2.** denuncia de vicios inexistentes por deficiente examen de los actuados, **3.** desconocimiento de lo elemental de la casación –supone una norma inexistente, afirma analogía en los casos no permitidos, propone una nueva valoración de las pruebas y una alternativa de hechos probados, etcétera–); y 2) Presencia de precedente establecido: Existencia de doctrina jurisprudencial consolidada, que la causa verse sobre un caso igual sin datos diferenciales y que no se presente argumentos alternativos que merecen una revisión de la jurisprudencia.

6. La Ley procesal penal, a diferencia de la última reforma procesal civil y de los modelos alemán, argentino y costarricense, contempla varios motivos casacionales. Reconoce cuatro modalidades de casación: constitucional, procesal, sustantiva y jurisprudencial.

7. El procedimiento casatorio está estructurado en tres grandes fases: interposición, sustanciación y decisión. En la segunda fase destaca, en primer término, el denominado "juicio de admisibilidad" en cuya virtud la Sala

Penal del Tribunal Supremo, mediante auto inimpugnable decide acerca de la viabilidad de la casación –control de la concurrencia de presupuestos generales: legitimación, gravamen, plazo, modo lugar, objeto y motivación genérica: precisión de puntos objetados, motivación y pretensión impugnativa; y, de presupuestos específicos: indicar la causal separadamente, citar preceptos erróneamente aplicados o inobservados, fundamentos, y aplicación que se pretende–; además, importa examinar el contenido casacional del recurso y la presencia de motivos de inadmisibilidad excepcional –ello exige, como presupuesto, que el recurso de casación sea autosuficiente, a la vez que en aras de garantizar la tutela jurisdiccional exista la posibilidad de disponer la subsanación de defectos subsanables–. Un dato que es de destacar desde el primer auto de calificación es la aceptación de la teoría de la "voluntad impugnativa", como expresión concreta de la garantía de tutela jurisdiccional y del principio *iura novit curia*, que permite conocer cuestiones no planteadas expresamente o planteadas por cauce inadecuado pero que se entienden comprendidas tácitamente en la impugnación formulada; permite reconducir un motivo de casación. En segundo, esta fase de sustanciación contempla como paso culminante la audiencia de casación, que es el espacio procesal para que las partes procesales aleguen contradictoriamente sobre sus respectivas pretensiones. Aquí se introduce la institución de la deserción del recurso, si no concurre a la audiencia la parte recurrente. La fase de decisión tiene un momento secreto, que es la deliberación, y uno público que es que la audiencia de lectura de la sentencia casatoria.

8. Se autoriza a dictar sentencias vinculantes. Si la función de la Corte Suprema es ser el órgano unificador que garantiza el principio de seguridad jurídica, se admite que sus fallos, en determinados supuestos y bajo específicas características, deben tener efectos vinculantes. La especial fuerza de estos fallos requiere, cuando se trata de modificarlos, de las denominadas "sentencias plenarias", que están destinadas, relevantemente, a resolver o superar contradicciones jurisprudenciales y modificar la doctrina jurisprudencial.

II. PRESENTACIÓN ESTADÍSTICA DEL RECURSO DE CASACIÓN PENAL

§ 1. Hemos realizado un trabajo de análisis del íntegro de las casaciones registradas en la Corte Suprema de Justicia desde el inicio de sus actividades casatorias en 2007 hasta el día 18 de enero de 2010. El universo de casos

alcanza los 155 recursos de casación que hasta la fecha ingresaron a la Mesa de Partes Única de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, de los que se han resuelto 126 y están pendientes 29. Si se analiza el total de recursos de casación ingresados anualmente, se tiene que en 2007 ingresaron sólo 16 casaciones, en 2008 ingresaron 57 y en 2009 ingresaron 80. La tendencia es progresiva, pero consistente.

Pero ¿cómo explicar tan reducido número de recursos de casación? En el modelo de implementación del Nuevo Código Procesal Penal –en adelante, NCPP– se escogió la vía de su aplicación progresiva desde una perspectiva geográfica, bajo un criterio envolvente, cuyo punto culminante será el Distrito Judicial más importante: Lima. El NCPP inició su entrada en vigor en el Distrito Judicial de Huaura en julio de 2006 –un Distrito Judicial pequeño, a modo de Proyecto Piloto–, y progresiva como sostenidamente se fueron incorporando nuevos Distritos Judiciales, que hoy suman ya 13, de un total de 29. Han seguido a Huaura, La Libertad, Tacna, Moquegua, Arequipa, Tumbes, Piura, Lambayeque, Cuzco, Puno, Madre de Dios, Ica y Cañete –estos dos últimos desde el uno de diciembre último–. Con arreglo al Decreto Supremo número 016–2009–JUS, del 21 de noviembre de 2009, los 16 restantes se incorporarán en dos fases por año a partir de 2010. El 2012 el NCPP entrarán en vigencia en el Callao, Lima y Lima Norte.

Es de entender, por lo demás, que la Corte Suprema, en el Orden Jurisdiccional Penal, el año judicial 2009, por ejemplo, recibió un total de 4,926 recursos de nulidad; 1,497 recursos de queja; 342 recursos de revisión; 49 consultas; 38 contiendas de competencia; y 112 extradiciones. De suerte, que no es que la Corte Suprema sólo votó, por ejemplo, 80 causas el año pasado, sino que a esos 80 recursos de casación votados debe agregarse los recursos antes mencionados.

Lo interesante es que el recurso de casación, para evitar contradicciones, se ha concentrado en la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. El recurso de casación, por tanto, no está sujeto al sistema de reparto como consecuencia de la instauración de Salas Transitorias –que ha variado entre una y dos Salas–.

§ 2. El análisis estadístico que se presenta consta de 41 dispositivas que reflejan pormenorizadamente lo que ha sucedido y viene sucediendo con el recurso de casación y el recurso de queja.

Una primera visión de conjunto, acerca de la producción jurisdiccional de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, es su tendencia al mayor rigor para la admisión de los recursos de casación. El primer año fue muy permisivo: de 9 recursos, se admitieron 7, mientras que el año 2008 de 57 recursos sólo se admitieron 4; tendencia que, en algo se equilibró el año pasado: de 52 recursos calificados, se admitieron trece.

La respuesta a este cuadro de inadmisiones es obvia: falta de preparación de los letrados en la formulación y formalización de los recursos de casación. Si, además, se tiene en cuenta el último cuadro, referido a los recursos de queja por denegación del recurso de casación, se advierte que de un total de 137 quejas durante los tres años analizados, sólo se estimaron 13; por tanto, se consolida la explicación fundada en los defectos de los casacionistas al momento de formular y sostener el recurso de queja. El gran problema que se advierte –si se intenta explicar este problema– es, de un lado, la tendencia de asumir automáticamente el recurso de nulidad y cuestionar la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de Apelación, y plantear un examen alternativo del resultado probatorio –lo que no es posible en el recurso de casación–; y de otro, acudir sin mayores fundamentos a la casación excepcional: se obvia que en este último supuesto, a los errores jurídicos de la resolución impugnada, se debe incluir un fundamento justificativo a esta opción casacional, centrada en el *ius constitutionis* (sobre este punto, por ejemplo, el auto recaído en el Recurso de Queja número 66–2009/La Libertad, del 12 de febrero de 2010, aclaró definitivamente la cuestión).

§ 3. De las pretensiones impugnativas invocadas hasta el año 2009 inclusive, de un total de 125 recursos de casación admitidos –es de resaltar que en un solo recurso de casación pueden introducirse varias pretensiones: artículo 428°.3 NCPP– 240 correspondieron a las denominadas "casaciones típicas" –son las previstas en el artículo 429° NCPP– y 15 se refirieron a las denominadas "casaciones excepcionales" –son las contempladas en el artículo 427°.4 NCPP–. Esta clasificación sólo se refiere al acceso del recurso de casación, de sortear una primera valla, pues concurrentemente el casacionista deberá precisar el motivo de casación que fundamenta el recurso que interpone.

Ahora bien, en los tres años analizados sólo se dictaron 15 sentencias casatorias. 7 se profirieron el año 2007 –todas ellas, casaciones típicas–; 6 el año 2008 –4 casaciones típicas y 2 casaciones excepcionales–; y 2 el año 2009 –ambas casaciones típicas–.

§ 4. Es importante tener un visión pormenorizada, año por año, en especial del primer control que realiza el Supremo Tribunal de los recursos de casación, que se corresponde con los autos de calificación de casación. Así, en 2007, de los 16 recursos de casación presentados, 7 fueron bien concedidos y 6 se declararon inadmisibles. En 2008 se emitieron 57 autos de calificación –correspondiéndose con igual número de recursos de casación–, de los cuales 2 se declararon improcedentes, 7 bien concedidos y 48 inadmisibles. En 2009 se resolvieron 52 autos de calificación, de los cuales 39 se declararon inadmisibles y 13 bien concedidos –en este año existe un pendiente de 28 recursos de casación interpuestos por calificar de un total de 80 presentados–.

§ 5. En cuanto a las pretensiones impugnativas, el año 2007 se presentaron un total de 41 –de un universo de 16 recursos de casación–, que se concentraron en 13 motivos casacionales. Entre los motivos más invocados está, por ejemplo el debido proceso, luego la falta de motivación de la sentencia y la inobservancia de norma procesal penal. De las pretensiones casatorias clasificadas por modalidades –que pueden ser constitucionales, sustantivas y procesales– 32 fueron pretensiones propias de la casación constitucional, 5 de las de carácter procesal y 4 de las materiales o sustantivas.

La modalidad más invocada, como se advertirá, es la casación constitucional. Se dedujeron 32 pretensiones casacionales constitucionales, clasificadas de la siguiente manera: 10 por infracción al debido proceso, 6 a la presunción de inocencia, 8 a la motivación, 4 a la defensa procesal, 2 a la garantía de tutela jurisdiccional y 2 a la garantía de legalidad penal. Por lo demás, al amparo de la concepción de la voluntad impugnativa, 3 pretensiones –dentro del propio rubro constitucional– fueron reconducidas.

Del universo de pretensiones casatorias (41), sólo se aceptaron 11, agrupadas en 7 motivos casacionales. Destaca la falta de motivación (3), luego sigue la presunción de inocencia y la inobservancia de normas procesales (2), y, finalmente, 4 referidas a la errónea interpretación de la ley penal, la lesión de la defensa procesal, infracción al debido proceso y manifiesta ilogicidad de motivación (1 cada una). Así las cosas, de las 11 casaciones 8 se corresponden con la casación constitucional, 2 con la casación formal y 1 con la casación sustantiva o material. De este subgrupo se hizo otra clasificación, sólo referida a las 8 casaciones constitucionales, de las que 4 se refieren a la motivación de la resoluciones judiciales, 2 a la presunción de inocencia, y 1 tanto para debido proceso como al derecho de defensa.

Por otro lado, como quedó indicado, en 2007 se emitieron 7 sentencias de casación. Se ampararon sólo 6 motivos y pretensiones: inobservancia de norma procesal penal, falta de motivación de resolución judicial, manifiesta ilogicidad de motivación, debido proceso, defensa procesal y errónea interpretación de la Ley penal. De ellos, 4 se corresponden con la casación constitucional, que abarca la motivación, el debido proceso y la defensa procesal.

§ 6. En lo atinente a las pretensiones impugnativas interpuestas el año 2008 se invocaron 114. Éstas se agrupan en 24 motivos casacionales –entre los que es de destacar los 3 más solicitados: 17 por falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, 14 por debido proceso y 11 por inobservancia de las normas procesales sancionadas con nulidad, entre otros–. De este universo, 73 pretensiones se corresponden con la casación constitucional, 17 con la sustantiva, 15 con la procesal y 5 con la casación jurisprudencial, todas ellas entendidas como casaciones típicas, de las que 4 se definieron a partir de la casación excepcional. A su vez, de las 73 casaciones constitucionales –las más numerosas– 24 se relacionan con la garantía del debido proceso, 23 con la motivación, 10 con la presunción de inocencia, 8 con la defensa procesal, 5 con la tutela jurisdiccional y 3 con la legalidad penal.

Las Ejecutorias de calificación admitieron 12 pretensiones agrupadas en 11 motivos. Entre ellos destaca la denuncia de infracción del debido proceso. Se aceptaron 8 casaciones constitucionales, 2 casaciones sustantivas y 2 casaciones procesales. Al igual que en 2007, la modalidad más admitida fue la casación constitucional; de ellas, 4 se refirieron al debido proceso, 2 a la motivación, y 1 tanto a legalidad penal como a la presunción de inocencia.

Las sentencias casatorias, a su vez, estimaron 4 motivos: legalidad penal, debido proceso, presunción de inocencia y motivación de las resoluciones judiciales.

§ 7. El año judicial 2009 se promovieron 80 casaciones, de las cuales la Sala Penal de la Corte Suprema sólo calificó 52. El análisis, por consiguiente, sólo alcanza a las 52 casaciones calificadas. De ellas, se contabilizaron 100 pretensiones agrupadas en 13 motivos. El que más destaca es el de falta o manifiesta ilogicidad de la motivación. Una clasificación de las pretensiones conforme a las modalidades de casación se tiene que 50 son casaciones constitucionales, 22 casaciones procesales, 14 casaciones sustantivas y 3 casaciones jurisprudenciales, todas correspondientes con la casación típica. Asimismo, se han identificado 11 casaciones excepcionales.

Dentro de las pretensiones invocadas, las más utilizadas están comprendidas en la casación constitucional (50). En esta modalidad de casación se identificaron los siguientes preceptos constitucionales invocados: motivación de las resoluciones judiciales: 21; debido proceso: 18; presunción de inocencia: 6; y derecho de defensa: 5.

La Sala Penal de la Corte Suprema de las 100 pretensiones deducidas, sólo admitió 32, agrupadas en 12 motivos casacionales. De ellos, los motivos más invocados son los de presunción de inocencia y falta o errónea aplicación de la Ley penal (5 cada uno), seguidos por manifiesta ilogicidad de la motivación, entre otros.

De los motivos de casación admitidos, 15 se refieren a la casación constitucional, 7 a la casación procesal, 5 a la casación sustantiva, y 1 a la casación jurisprudencial. Sólo se admitieron 4 casaciones excepcionales. De las 15 pretensiones casatorias constitucionales, 6 se corresponden con la garantía de motivación de las resoluciones judiciales, 5 con la presunción de inocencia y 4 con el debido proceso.

§ 8. Los motivos de casación admitidos en los años analizados: 2007 al 2009, permiten una clasificación global. De los 54 motivos admitidos: 31 atañen a la casación constitucional, 11 a la casación procesal, 8 a la casación sustantiva, 1 a la jurisprudencial. 3 casaciones son las excepcionales.

Como dato consolidado de los motivos de casación admitidos entre los años 2007 al 2008, estos alcanzan a los 10. Entre ellos están el debido proceso, la motivación de resolución judicial, la errónea interpretación de la Ley penal, la legalidad penal, la defensa procesal, la manifiesta ilogicidad de la motivación, la inobservancia de norma procesal y la presunción de inocencia.

§ 9. Otro ámbito que abarcó el trabajo estadístico fue determinar los rangos de tiempo para la solución de las causas, ¿cuánto tiempo se demora un recurso de casación en el Tribunal Supremo?

A. El año 2007 se recibieron 16 recursos de casación, de los cuales –como ya se anotó– 7 se admitieron y 8 se rechazaron. Por tanto, el tiempo de medición en ambos casos será distinto. Los recursos que fueron declarados bien concedidos necesitan más tiempo para su decisión, en la medida que debe continuarse con el procedimiento casatorio, que incluye la audiencia de casación, el trámite de elaboración de la sentencia de casación, y la subsiguiente audiencia de lectura de la misma.

Hechas las diferencias, se observa respecto de las casaciones desestimadas de plano, un total de 9, que el tiempo mínimo que estuvo en el Tribunal Supremo un recurso de casación fue de 3 meses y el máximo de 7 meses aproximadamente; el rango de tiempo osciló entre 3 a 7 meses.

Como se explicó, el tiempo de un recurso de casación bien concedido será mayor. De las siete sentencias de casación emitidas el año 2007, el menor tiempo fue de 4 meses y el máximo de 8 meses, aproximadamente. El rango mínimo fue de 4 meses y el máximo de 8 meses.

B. El año 2008 se rechazaron 50 recursos de casación y sólo 7 fueron declarados bien concedidos. Cabe aclarar que si bien los recursos declarados bien concedidos pueden dar lugar a una sentencia casatoria, es posible que ante la inconcurrencia de los recurrentes a la audiencia de casación se declaren inadmisibles. Es así que ese año de los 7 recursos admitidos, 3 fueron declarados inadmisibles por inconcurrencia de los casacionistas; por eso sólo se emitieron 4 sentencias casatorias.

En el caso de los autos de calificación que rechazaron los recursos de casación, que hacen un total de 50, el tiempo mínimo empleado para la decisión fue de 2 meses aproximadamente y el tiempo máximo fue de 15 meses –1 año, 3 meses–. A comparación del año anterior se duplicó en algunos casos el tiempo para la vista de la causa y la devolución de estos recursos. En cuanto a las cuatro sentencias casatorias emitidas, el tiempo mínimo que el Tribunal Supremo utilizó para proferirlas fue de 5 meses y el máximo de 17 meses, aproximadamente.

C. El año 2009, como ha quedado expuesto, de 52 casaciones que se calificaron –ese año se presentaron un total de 80–, 13 fueron admitidas y 39 fueron rechazadas. Ambas respuestas –como ya explicó anteriormente– tienen un tiempo distinto. Los autos de desestimación liminar de las casaciones, registraron un tiempo mínimo de decisión de 3 meses y uno máximo de 9 meses, aproximadamente. Como se observa, el tiempo se redujo considerablemente en comparación con el año 2008, volviendo al promedio del año 2007. En 2009 se emitieron 2 sentencias, una se resolvió en 9 meses y la otra en 11 meses, aproximadamente.

§ 9. En el período revisado, desde el 2007 al 2009, se presentaron un total de 137 recursos de queja de derecho por denegatoria del recurso de casación (artículo 437°.2 NCPP). Así, en 2007 se presentaron 7, en 2008 se incrementó a 54, y en 2009 llegó a los 77 recursos.

El Tribunal Supremo rechazó las 6 quejas presentadas en 2007: 5 fueron declaradas infundadas y 1 inadmisible. En 2008, de los 54 recursos de queja, sólo 3 se declararon fundados, y de los 51 restantes: 24 se declararon infundados, 5 improcedentes y 22 inadmisibles. En 2009 existe un alto porcentaje de recursos de queja de derecho pendientes: 34. De los 43 restantes, sólo 10 fueron admitidos y los 33 restantes fueron rechazados en distintos términos: 13 se declararon infundados, 14 inadmisibles, 4 improcedentes, y 2 sin objeto el pronunciamiento.

III. CONCLUSIONES PROVISIONALES

§ 1. El recurso de casación aún está por construirse en sede jurisprudencial. Los primeros pasos, de los que se da cuenta en esta presentación, aún no sugieren líneas más o menos claras, definitivas. Sin embargo, es posible intentar algunas líneas, provisionales, que denota la evolución de este recurso a partir de la actividad del Tribunal Supremo.

§ 2. Una comparación, gruesa, con el recurso de nulidad vigente en la mayoría del país, con las importantísimas diferencias entre las dos leyes procesales penales, estriba en la notoria disminución de la litigiosidad en sede de la Corte Suprema. Sin duda dos son los factores más importantes que explican esta diferencia: en primer lugar, la instauración del recurso de apelación generalizada –no existe instancia única en lo penal–; y, en segundo lugar, las lógicas de acceso restrictivo para el recurso de casación, cuya gran premisa, conforme al artículo 427°.2 NCPP, es que se trate de delitos que en su extremo mínimo debe tener una pena conminada mayor de seis años de pena privativa de libertad (no todos los casos pueden llegar a la Corte Suprema, y ésta tiene un gran poder para definir su carga procesal). Se está notando una invocación masiva a la casación excepcional, pero la Corte Suprema a partir de este año 2010 optó por fijar criterios precisos para evitar una avalancha de casos sin interés casacional.

§ 3. El momento decisivo que determina el acceso final del recurso de casación para dar paso a una sentencia casatoria, sobre el fondo de la pretensión impugnativa, es la calificación del recurso por la propia Sala Penal Suprema (artículo 430°.6 NCPP). Dos datos surgen de su análisis. 1) Que la gran mayoría de recursos de casación no pasan este primer análisis. 2) Que la Sala Penal osciló entre una concepción restrictiva y una más flexible para calificar el recurso; en todo caso, siempre optó por la concepción de la voluntad impugnativa al concentrarse en el argumento

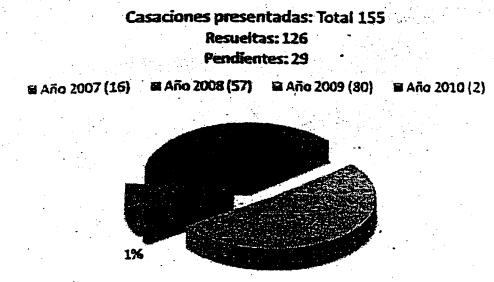
casacional y, a partir del mismo, reconducirlo si fuera el caso a la causal legalmente procedente.

§ 4. La casación más utilizada es la constitucional –de lejos, el 57% en los dos primeros años-, entre las que destacan la invocación al debido proceso y a la motivación de las resoluciones judiciales. La explicación puede encontrarse, en primer lugar, en la amplitud de los preceptos constitucionales y en el menor rigor para su interpretación; y, en segundo, en un sobredimensionamiento de la legalidad constitucional frente a legalidad ordinaria, tal vez por la falta de claridad y de una precisa delimitación en la labor tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema.

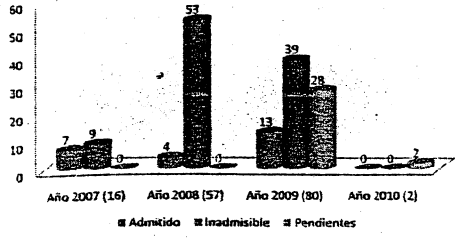
§ 5. Pese a la mayor complejidad del trámite del recurso de casación frente al del recurso de nulidad, una tendencia que aflora es la menor duración de la casación. Sin embargo, mientras el NCPP no se aplique a todo el país no va a ser posible calibrar con cierta exactitud si, a final de cuentas, el proceso penal que instauró es más rápido o más lento que el modelo anterior. El tiempo de duración de los procesos, como es obvio, no sólo se explica a partir de la ley; mucho tiene ver la organización judicial, la gestión de los procesos y la correcta inversión de recursos financieros y materiales.

Los recursos de casación en la Corte Suprema de la República Revisión desde el 2007 al 18.Enero.2010

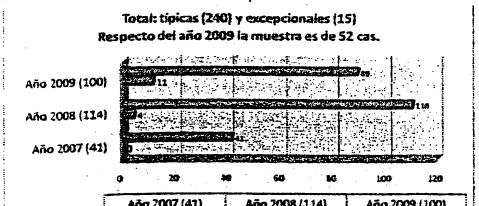
Número de casaciones presentadas por año



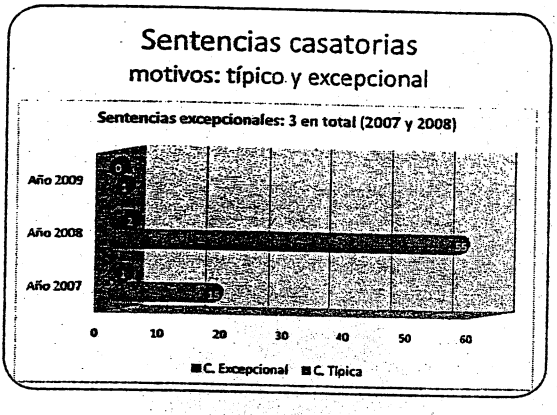
Estado actual de las casaciones penales

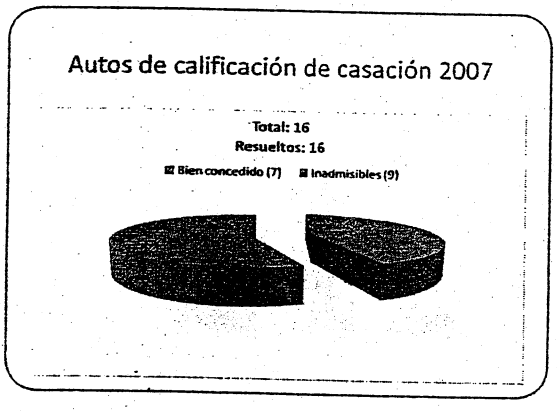


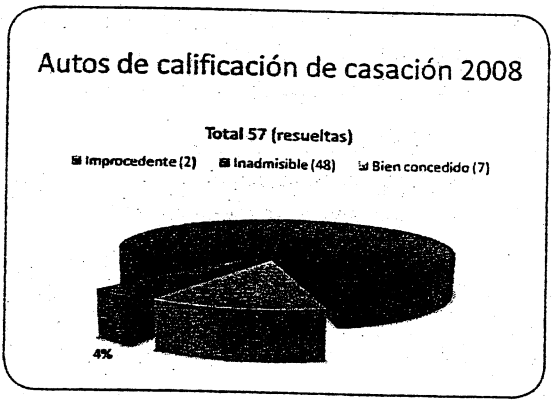
Recursos de casación: típica y excepcional: Pretensiones invocadas: 2007 - 2009

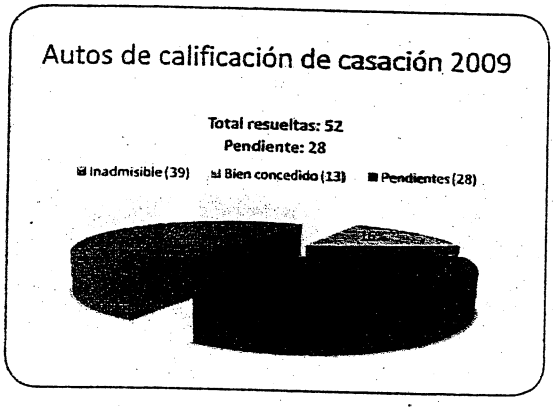


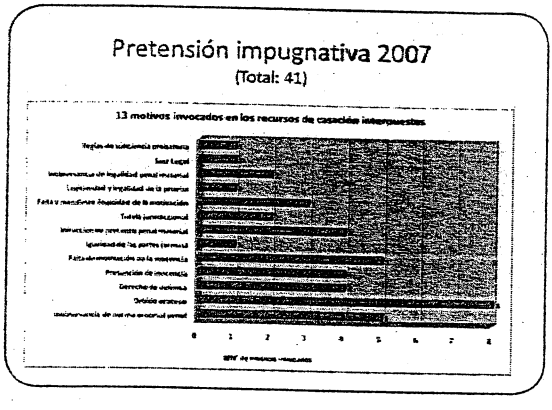
	Año 2007 (41)	Año 2008 (114)	Año 2009 (100)
C. Típica	41	110	89
C. Excepcional	0	4	11

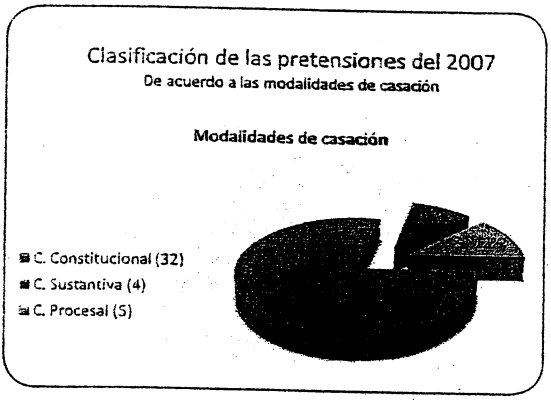

Sentencias casatorias
motivos: típico y excepcional
Sentencias excepcionales: 3 en total (2007 y 2008)
Año 2009
Año 2008
Año 2007
0
2
1
55
15
0
10
20
30
40
50
60
C. Excepcional
C. Típica


Autos de calificación de casación 2007
Total: 16
Resueltos: 16
Bien concedido (7)
Inadmisibles (9)


Autos de calificación de casación 2008
Total 57 (resueltas)
Improcedente (2)
Inadmisible (48)
Bien concedido (7)
4%

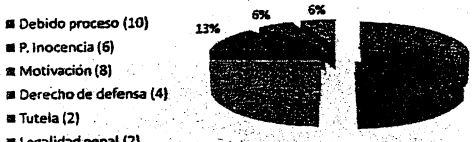

Autos de calificación de casación 2009
Total resueltas: 52
Pendiente: 28
Inadmisible (39)
Bien concedido (13)
Pendientes (28)


Pretensión impugnativa 2007
(Total: 41)
13 motivos invocados en los recursos de casación interpuestos


Clasificación de las pretensiones del 2007
De acuerdo a las modalidades de casación
Modalidades de casación
C. Constitucional (32)
C. Sustantiva (4)
C. Procesal (5)

Modalidad más invocada en las pretensiones 2007
"La casación constitucional"

C. Constitucional (32)

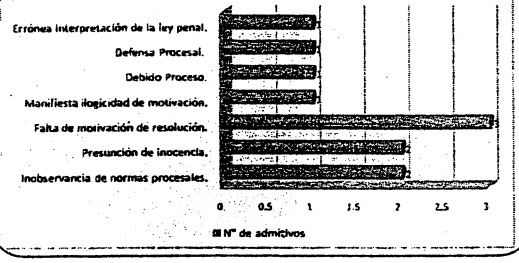


Pretensiones reconducidas
(2 en el 2007)

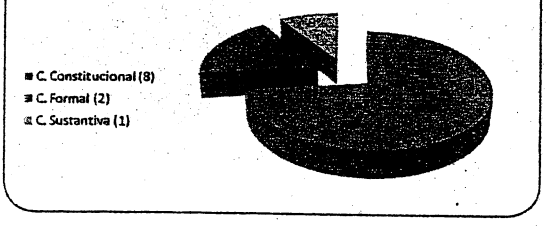
Motivo indicado como pretensión	RECONDUCIDO
Errónea interpretación de la ley penal.	Inobservancia de normas legales de carácter procesal
Debido proceso	Presunción de inocencia
Debido proceso	Presunción de inocencia
Inobservancia de garantías constitucionales de carácter material	Errónea interpretación de la ley penal.

Ejecutorias de calificación 2007
(11 pretensiones aceptadas)

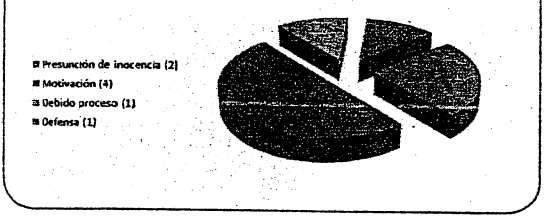
7 motivos casacionales admitidos



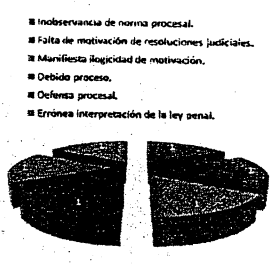
Clasificación de motivos admitidos 2007
De acuerdo a las modalidades de casación



Modalidad más invocada en las admitidas 2007:
"La casación constitucional" (7 pretensiones)

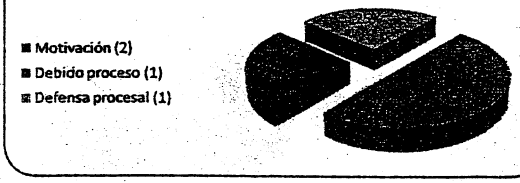


Motivos admitidos en las sentencias casatorias 2007
(6 motivos admitidos)



Motivos de casación constitucional admitidos en las sentencias casatorias 2007

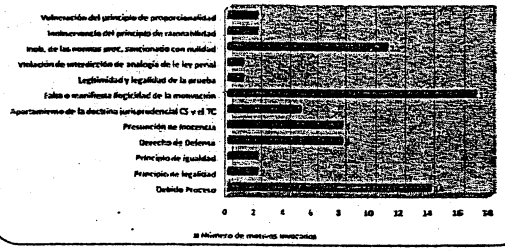
C. Constitucional



CASACIÓN 2008

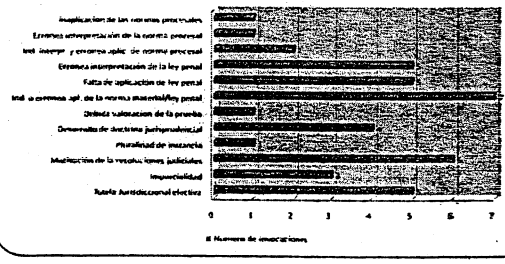
Pretensión impugnativa 2008
(Total: 114)

24 motivos invocados en los recursos de casación



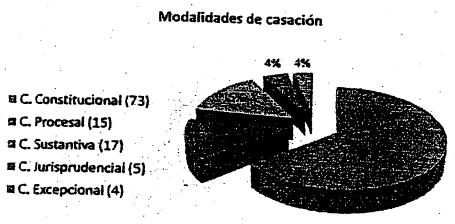
Pretensión impugnativa 2008
(Total: 114)

24 motivos invocados en los recursos de casación (continuación)



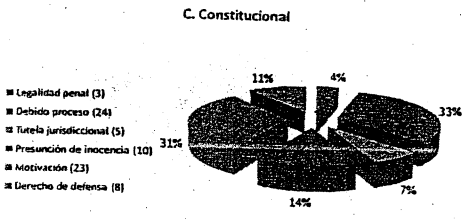
Clasificación de las pretensiones del 2008

De acuerdo a las modalidades de casación



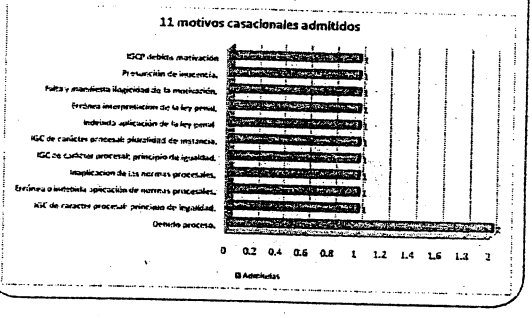
Modalidad más invocada en 2008:

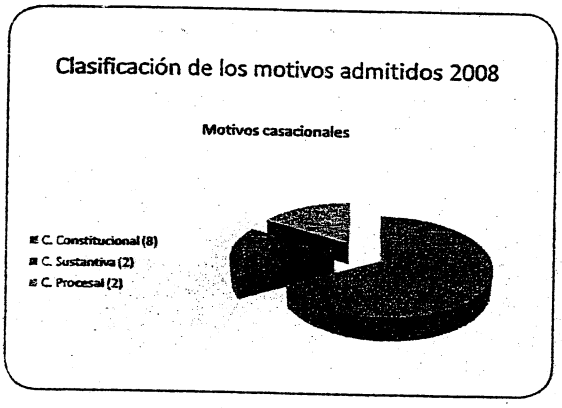
"La casación constitucional" (73 pretensiones)

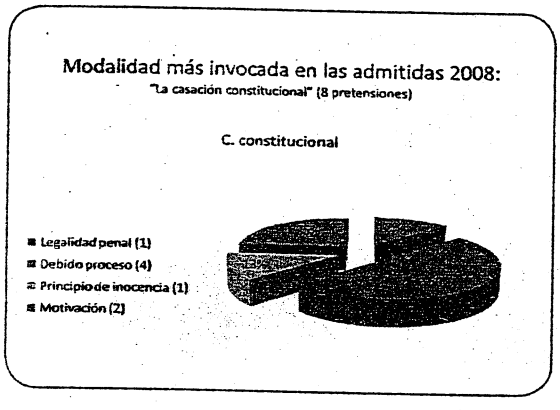


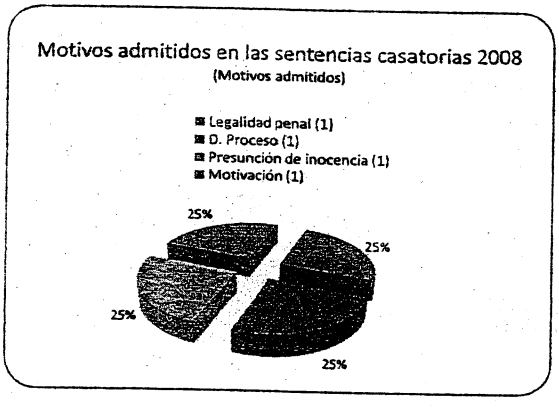
Ejecutorias de calificación 2008

(12 pretensiones admitidas)




Clasificación de los motivos admitidos 2008
Motivos casacionales
C. Constitucional (8)
C. Sustantiva (2)
C. Procesal (2)


Modalidad más invocada en las admitidas 2008:
"La casación constitucional" (8 pretensiones)
C. constitucional
Legalidad penal (1)
Debido proceso (4)
Principio de inocencia (1)
Motivación (2)

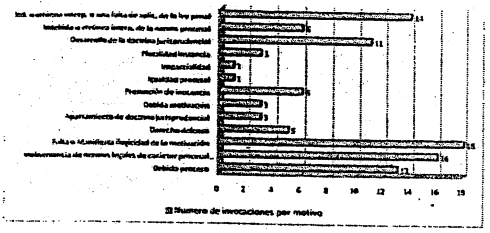

Motivos admitidos en las sentencias casatorias 2008
(Motivos admitidos)
Legalidad penal (1)
D. Proceso (1)
Presunción de inocencia (1)
Motivación (1)
25%
25%
25%
25%

CASACIONES 2009

Pretensión impugnativa 2009

(Total de pretensiones: 100 de 52 casaciones)

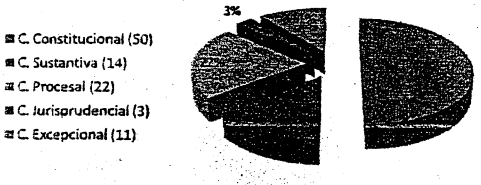
13 motivos invocados en los recursos de casación



Clasificación de las pretensiones del 2009

De acuerdo a las modalidades de casación

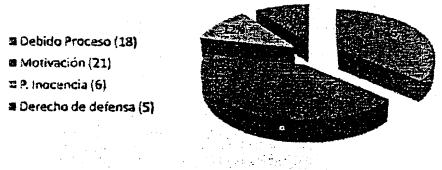
Modalidades de casación (100 pretensiones)



Modalidad más invocada en 2009:

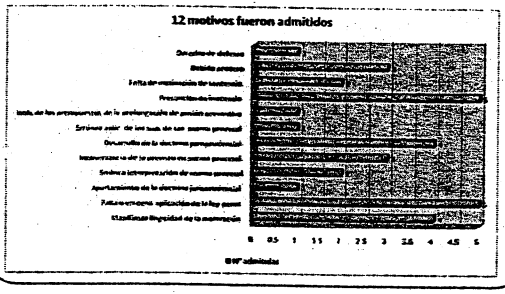
"La casación constitucional" (50 pretensiones)

C. Constitucional



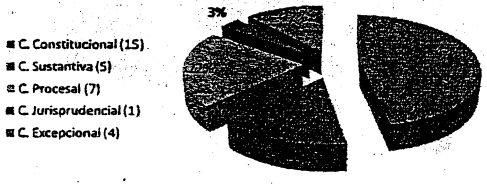
Ejecutorias de calificación 2009

(32 pretensiones admitidas)



Clasificación de los motivos admitidos 2009

Motivos casacionales: 32

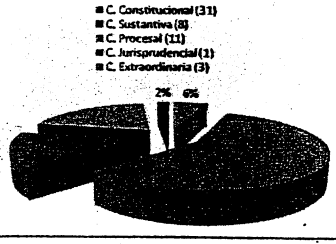


Modalidad más invocada en sentencias admitidas 2009: C. Constitucional

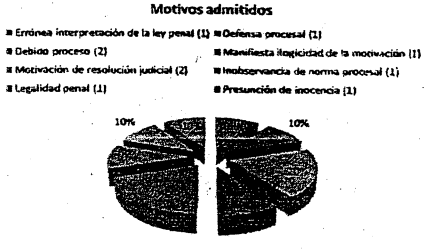
"Casación constitucional" (15 pretensiones)

CONSOLIDADO DE MOTIVOS

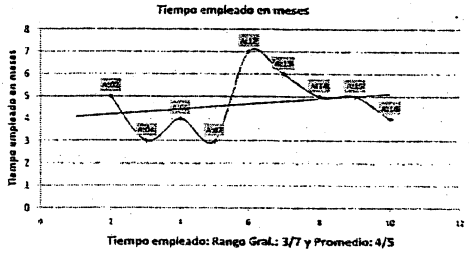
Consolidado sobre motivos admitidos (auto)
2007 – 2009: Total 54



Consolidado sobre motivos admitidos en las sentencias de 2007 – 2008
(en el 2009 existe sólo una sentencia declarada infundada)



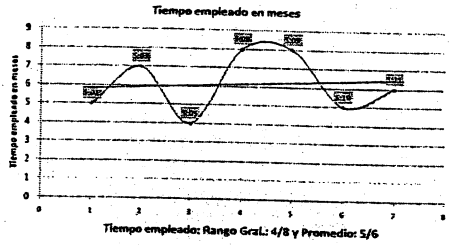
Tiempo de duración de los autos de casación 2007
(desde su ingreso hasta su devolución)



Modalidad más invocada en sentencias admitidas 2009: C. Constitucional

"Casación constitucional" (15 pretensiones)

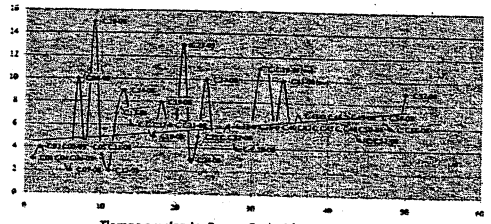
Tiempo de duración de las sentencias de casación 2007
(desde su ingreso hasta su devolución)



Tiempo empleado: Rango Gral.: 4/8 y Promedio: 5/6

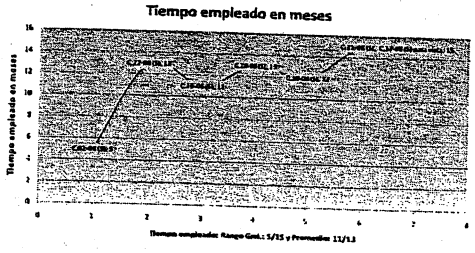
Tiempo de duración de autos de casación 2008
(desde su ingreso hasta su devolución)

Tiempo empleado en meses

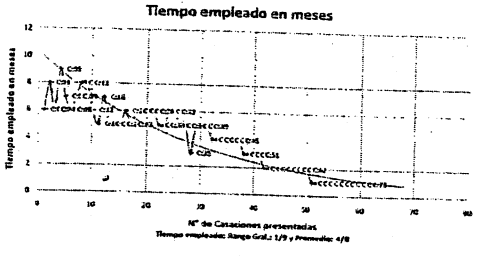


Tiempo empleado: Rango Gral.: 2/15 y Promedio: 5/7

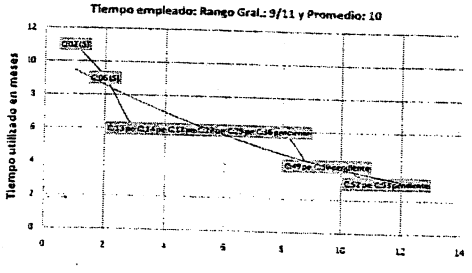
Tiempo de duración de las sentencias de casación 2008
(desde su ingreso hasta su devolución)



Tiempo de duración de las casaciones 2009
(desde su ingreso hasta su devolución)



Tiempo de duración de las sentencias de casación 2009
(desde su ingresa hasta su devolución)



Derecho Procesal Penal y Derecho Penal

La persecución penal de la corrupción política en el Perú

SUMARIO: 1. Introducción. **2.** Corrupción política. **3.** Control penal de los altos funcionarios. **4.** Otros aspectos de la persecución penal.

1. INTRODUCCIÓN

1. La corrupción, antes que un tipo penal concreto, es una forma de cometer delitos; incluye una amplia gama de conductas, funciones y contextos; engloba, más bien, una cultura delictiva, de raíz histórica y expresión político-social, cuyo punto neurálgico es el uso desviado del poder público. HURTADO POZO nos dice que la corrupción, como conjunto de comportamientos inducidos, crea un estado particular de funcionamiento irregular de las diversas instancias del Estado, y constituye un fenómeno social de orden político y económico[1]. Desde una perspectiva jurídico-

[1] HURTADO POZO, José, "Corrupción: el caso peruano", en Pena y Estado, Año 01, N° 1, Buenos Aires, 1995, p. 156. James REÁTEGUI SÁNCHEZ, nos dice que el fenómeno de la corrupción está muy anclado y arraigado desde la existencia de la humanidad misma, en razón de que sus raíces responden precisamente a consideraciones sociológicas y modernamente à ámbitos de ciencia política por la vinculación que tiene la corrupción con el poder, por ser su ámbito de germinación y relevancia ("Observaciones críticas a las conductas de corrupción de funcionarios y a las vías de imputación en la criminalidad organizada" en http://www.unifr.ch/derechopenal/artículos/pdf/reategui.0405.pdf).

penal, la corrupción se expresa a través de varias figuras delictivas, cuyos elementos comunes pasan por el abuso de la función pública y por el manejo indebido de los resortes estatales.

Por consiguiente, todo acto de corrupción pública parte del uso del poder de un agente público para una finalidad distinta de la legítima, movido por el ánimo de lograr una ventaja personal, con la pretensión de obtener algo a cambio, en puridad una ganancia privada. El Banco Mundial y Transparencia Mundial utilizan una definición de corrupción similar: "Es el abuso del poder público para la obtención de un beneficio privado"(2). Más completa parece la definición de Joaquín GONZÁLES: "es toda acción u omisión tendente a obtener una ventaja ilícita de cualquier naturaleza, ya sea para sí o para otro, llevada a cabo con violación de un deber jurídico por quien se halla en una posición singular, y de la cual se deriva un perjuicio efectivo para tercero o el riesgo de su producción"(3).

Con todo, es importante tener presente que la noción de corrupción presenta cinco características esenciales, que en buena cuenta explican su expansión y su profunda entidad lesiva. Son las siguientes, siguiendo a MALEM SEÑA(4):

a) El acto de corrupción implica la violación de un deber posicional, transgrede alguna de las reglas que rigen el cargo que ostenta el agente público o la función que cumple.

b) Existencia de un sistema normativo que sirva de referencia al acto de corrupción. Este es parasitario de aquél.

---

(2) BANCO MUNDIAL: "Informe sobre el desarrollo mundial", 1996-1997.

(3) GONZÁLEZ, Joaquín: "Corrupción y justicia democrática", Madrid, 2000, p. 104. Desde esa perspectiva, resume DE VICENTE MARTÍNEZ: "Hoy está generalmente aceptado que la corrupción vinculada al beneficio económico ilícito, abarca tanto a la conducta de los que participan de la función pública como a los particulares cuando, por la gravedad y trascendencia económica social de sus actos, ponen en peligro o causan grave daño, más allá del eventual perjuicio a los particulares, a los intereses públicos entendidos como estabilidad del sistema económico constitucional y salvaguarda de la credibilidad y respeto a las instituciones democráticas" [DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario: "Corrupción, funcionario público y medio ambiente", Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2006, p. 25].

(4) MALEM SEÑA, Jorge F.: "La corrupción", Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 32-34.

c) Un acto de corrupción no siempre entraña una acción penalmente antijurídica. Ello dependerá del tratamiento que el sistema punitivo ofrezca a las reglas del sistema normativo de referencia (y que por cierto exige una atenta política penal de criminalización de actos corruptos).

d) Vinculación a una expectativa de obtener un beneficio extraposicional. No es necesario que ese beneficio constituya una ganancia de carácter económico, puede ser política, profesional, sexual, etc., ni tampoco que el beneficio que se pretende conseguir sea elevado ni que la contraprestación esté perfectamente determinada.

e) Los actos de corrupción tienden a realizarse en secreto o al menos en un marco de discreción, para garantizar que estos pasen lo más inadvertidos posibles.

2. Es importante destacar, asimismo, que la base misma de la cultura de la corrupción se encuentra, en primer lugar, en una inevitable delegación de poder, propio de toda organización estatal, que se hace a favor de un agente público –funcionario o autoridad–; y, en segundo lugar y especialmente, en la divergencia de objetivos entre el agente público, de un lado, y el Estado y el empresario o el ciudadano, por otro[5]. Esta lógica "de encuentro", como necesidad de la comisión del acto corrupto, explica la imprescindible participación tanto del agente público, quien tiene una posición en el aparato del Estado y una información relevante sobre el objeto de la "transacción", como del empresario o ciudadano, quien reduce su comportamiento a un cálculo de posibilidades centrado en su propio beneficio inmediato, sin atender al resultado final, lesivo al interés colectivo.

---

[5] La corrupción no es inherente a determinados regímenes políticos y si bien cada sistema genera modos particulares, esta acompaña a todas las organizaciones políticas por ser planta de floración espontánea en todo tiempo y lugar [GONZÁLEZ, Corrupción y justicia democrática, cit., p. 30]. Se puede agregar, con VEGA CARREAZO, que es un fenómeno estructural que violenta las diferentes relaciones sociales existentes en la sociedad, así como también las relaciones políticas y debilita al Estado, y las relaciones económicas y personales; en suma, violenta al individuo y a su mundo social, político, económico y cultural [VEGA CARREAZO, Rudecindo, mimeo, Lima, s/f]. A su vez, precisa BERNALES BALLESTEROS, que es un fenómeno que está relacionado al mal funcionamiento del Estado y a la falta de sistemas de control y vigilancia efectivos, uno de cuyos ejes es la reforma del Estado [BERNALES BALLESTEROS, Enrique, mimeo, Lima, s/f].

3. En el ámbito regional americano, la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), suscrita en Caracas el 29.03.1996, desde una estrategia represiva, contempla varias modalidades de actos de corrupción, bajo una doble consideración. La primera (artículo VII) incorpora varios delitos de obligatoria inclusión en la legislación interna de los países de América; y, la segunda, propone dos delitos cuya inclusión está condicionada a la Constitución y a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de los Estados Parte.

En el primer caso se trata de: 1) cohecho pasivo propio (VI.1, 'a'); 2) corrupción activa (VI.1, 'b'); 3) concusión, tráfico de influencias, peculado, y abuso de autoridad, que se engloban en un supuesto muy amplio, bajo la frase "actos funcionales (realizados) con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero" (VI.1, 'c'); y, 4) el lavado o blanqueo de activos derivados de la corrupción (VI.1. 'd').

En el segundo caso se tiene, de un lado, el soborno internacional, que consiste en ofrecer u otorgar a un funcionario de otro Estado cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, a cambio de que realice u omita cualquier acto funcional relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial; y, de otro, el enriquecimiento ilícito, que estriba en "el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él".

Este último delito, sin duda, es muy polémico, pues se le atribuye por un sector de la doctrina penalista latinoamericana vicios de inconstitucionalidad (inversión de la carga de la prueba en relación con la presunción de inocencia)[6], pese a lo cual desde hace más de tres décadas por lo menos está presente en muchos países de América Latina (el artículo 41° de la

[6] Carlos A. MANFRONI, en su comentario al artículo IX de la Convención explica que las prevenciones que se generaron sobre su constitucionalidad –principio de inocencia e interdicción de autoincriminación– motivaron la inserción en el citado artículo de la condición: "Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico", de suerte que no existe obligación de su incorporación al elenco punitivo de los países miembros. Sin embargo, estima que ese tipo penal, en tanto se le considere como tipo penal autónomo, que tiene como núcleo del injusto la falta de transparencia de los funcionarios públicos, no tiene problema alguno de inconstitucionalidad ("Enriquecimiento ilícito", en La Convención Interamericana contra la Corrupción, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 141-143).

Constitución peruana, incluso, exige su criminalización[7]), y ha pasado la prueba de constitucionalidad, siendo el fallo más notorio el expedido por la Corte Constitucional de Colombia C-319, del 18 de julio de 1996, sin perjuicio de la particular importancia que sobre el particular puede tener la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaída en el Asunto Salibiaku vs. Francia del 07.10.1988[8]. Lo menos problemático es, desde luego, como propone el Manual sobre Prevención del delito y la justicia penal en el contexto del desarrollo: realidades y perspectivas de la cooperación internacional - medidas prácticas contra la corrupción elaborado por la Subdivisión de Prevención del Delito y la Justicia Penal del Consejo Económico y Social de la ONU (IV.B.2. Párr. 73: Carga de la prueba), establecer una regla procedimental o probatoria de una presunción impugnable, que sobre la base de la acreditación de determinados hechos con la posibilidad para el acusado de probar aquellos hechos de los que tuviere especial conocimiento[9].

4. A lo expuesto, y muy vinculado a los delitos asociados a la corrupción, ha de agregarse las lógicas delictivas asociativas y, en especial, la presencia de la delincuencia organizada, que por su peligrosidad criminal

---

(7) Dice el citado dispositivo constitucional: "Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial". En contra de esta figura penal por afirmar su ilegitimidad constitucional ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, "Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano", 2ª edición, Palestra, Lima, 2003, p. 541. A favor, ROJAS VARGAS, Fidel, "Delitos contra la administración pública", 3ª edición, Grijley, Lima, 2002, p. 600; GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, "Delito de enriquecimiento ilícito", Idemsa, Lima, 2001, pp. 93 y ss; y, SAN MARTÍN CASTRO, César; CARO CORIA, Dino Carlos; REAÑO PESCHIERA, Leandro, "Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir", Jurista Editores, Lima, 2002, pp. 141 y ss.

(8) *Ibidem*, pp. 430-444.

(9) Es de destacar, en el ámbito de Naciones Unidas, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. Esta, igualmente, aunque con mayor precisión, identifica las conductas asociadas a la corrupción, cuya criminalización demanda a los Estados miembros, incluyendo, por ejemplo, la malversación o peculado, el soborno en el sector privado, así como la malversación o peculado de bienes en el sector privado y la obstrucción a la justicia. La citada Convención también, como lo hace la Convención Americana, sugiere la posibilidad para tipificar como delito el enriquecimiento ilícito, "(...) cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él" (artículo 20°).

presentan un fuerte desafío al Derecho penal contemporáneo, dada su movilidad, capacidad organizativa y adaptabilidad a las nuevas circunstancias por sus técnicas de actuación y de penetración[10]. Desde luego, la delincuencia organizada es algo más que una asociación criminal, con sus clásicas notas de concertación de varias personas para la comisión de delitos, cierta organización, y cierta estabilidad y permanencia; a ellas se unen, como apunta SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, su orientación a la comisión de delitos graves, su estructura compleja y la búsqueda de beneficio o poder como objetivo[11].

2. CORRUPCIÓN POLÍTICA

1. La denominada "corrupción política" es, sin duda, un ámbito específico del fenómeno global de la corrupción pública[12]. A ella se asocia, como dice Susan ROSE-ACKERMAN, la 'gran corrupción' –sinónimo de grandes beneficios para el infractor–, que implica los niveles superiores del

---

[10] La reciente Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional organizada, aprobada el 12 de diciembre de 2000, de hecho comprendió en su artículo 8° la corrupción –en tanto delito grave– como expresión del crimen organizado, al punto que propicia la penalización de la corrupción –no solo del cohecho, conforme a su apartado 2– y recomienda la posibilidad de tipificar como delito los actos de corrupción en los que estén involucrados un funcionario público extranjero o un funcionario internacional.

[11] SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, "Concepto y perfil criminológico de la delincuencia transnacional organizada", en Homenaje al Prof. Alesandro BARATTA, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 10-11. Sobre lo expuesto, una definición operativa de criminalidad organizada la proporciona Víctor PRADO SALDARRIAGA, Nos dice que esta "(...) comprende toda la actividad delictiva que ejecuta una organización con estructura jerárquica o flexible, que se dedica de manera continua al comercio de bienes o a la oferta de medios y servicios que están legalmente restringidos, que tienen un expendio fiscalizado o a que se encuentran totalmente prohibidos, pero para los cuales existe una demanda social potencial o activa. Se expresa en una dinámica funcional permanente y orientada al abuso o a la búsqueda de posiciones de poder político, económico o tecnológico" ["Criminalidad organizada", Idemsa, Lima, 2006, p. 44].

[12] La corrupción política, precisa MALEM SEÑA, consiste en la violación de un deber posicional de carácter político, en el incumplimiento de una función de ese mismo tenor o bien se realiza atendiendo a intereses políticos [La corrupción, cit., p. 35]. El crimen de los poderosos, en tanto estén situados en el aparato del Estado, desde luego, no solo se expresa en la configuración de políticas públicas, sino también persigue fines económicos, de enriquecimiento personal, y de consolidación y mantenimiento o reproducción de una estructura corrupta.

Estado y produce graves distorsiones en su funcionamiento y en el de la sociedad en su conjunto[13].

Estas distorsiones se expresan en una erosión de la estabilidad y eficiencia de una sociedad, y de su capacidad para asegurar el desarrollo de sus miembros, así como también del sistema de justicia.

2. Se suele identificar a este tipo de corrupción con un determinado funcionario público, básicamente electo, sea directa o indirectamente (en el Perú, es el caso del Presidente y Vicepresidentes, Congresistas, Presidentes y Consejeros Regionales, Alcaldes y Regidores). Nosotros consideramos que es posible ampliar el espectro a todos aquellos Altos Funcionarios del Estado que ocupan la cúspide de órganos constitucionales y que han sido designados con arreglo a procedimientos singulares establecidos en la Constitución[14]. En los sistemas presidencialistas, que es la nota distintiva del sistema político de América Latina, los ministros de Estado forman parte del centro mismo del Gobierno, pero no son electos; son designados libremente por el Presidente. Por otro lado, otros Altos Funcionarios realizan funciones políticas o directivas en el ámbito económico del Estado, y están sujetos a control del Congreso, los Directores del Banco Central de Reserva, el Superintendente de Banca y Seguros, y el Contralor General de la República. Asimismo, en el ámbito judicial realizan funciones directivas en el desarrollo del sistema de justicia los Magistrados del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, el Fiscal de la Nación y los Fiscales

---

[13] Estudios cuantitativos sobre la corrupción durante la administración del Presidente Fujimori Fujimori indican que entre los años 1993 a 2000 se desviaron entre 250 millones de dólares a 768 millones de dólares anuales –siendo el año 1996 el que soportó una mayor desviación de recursos–, lo que importó una pérdida cercana al 1% de crecimiento económico anual [FERNÁNDEZ ZAPATA, Sergio, "La corrupción sistémica en el Perú de los noventa. Medición del impacto de los recursos desviados por casos de corrupción sobre el crecimiento económico", en UGARTECHE, Oscar (Comp.), "Vicios públicos: Poder y Corrupción", Lima, 2005, pp. 258-260].

[14] Comprenden al Contralor General de la República, Directores del Banco Central de Reserva Superintendente de Banca y Seguros, Magistrados del Tribunal Constitucional, Ministros de Estado, Vocales de la Corte Suprema, Fiscales Supremos, Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, Defensor del Pueblo, miembros del Jurado Nacional de Elecciones, Jefes de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y de Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, y Magistrados del Tribunal Constitucional [*vide* artículos 82°, 86°, 87°, 122°, 150°, 155°, 161°, 179°, 182°, 183° y 201° de la Constitución Política].

Supremos, y los Consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura. También es de incluirse al Defensor del Pueblo.

Por tanto, no es posible hacer referencia a la gran corrupción o corrupción política si no se comprende a aquellos Altos Funcionarios Públicos, electos o no, que tienen el control efectivo de órganos constitucionales, que tienen poder directivo no solo en el ámbito de proyección económica y financiera del Estado, sino más genéricamente en la configuración de políticas públicas[15].

3. Las formas de control de la corrupción política –o de la corrupción de la clase política– se articulan en cuatro mecanismos clásicos:

1) Los pesos y contrapesos del procedimiento legislativo (que posibilita la elaboración de una legislación adecuada para evitar la corrupción), y que, como enseña FERRAJOLI, define a la democracia como un sistema frágil y complejo de separaciones y equilibrios entre poderes, de límites y vínculos a su ejercicio, de garantías establecidas para la tutela de los derechos fundamentales, de técnicas de control y reparación frente a sus violaciones.

2) El control de la administración en la ejecución de las leyes (que procura que los poderes públicos respeten escrupulosamente su contenido).

3) El control judicial (que, como dice SENESE, traduce un principio esencial del Estado de derecho, cuyo núcleo comporta que toda la actividad de los poderes públicos tenga que desarrollarse conforme a derecho y ser controlable por jueces independientes; lo que lleva consigo el principio de legalidad en la acción administrativa y en la acción legislativa a través del control de constitucionalidad de las leyes, y que solo es posible si el Poder Judicial goza de una efectiva independencia, que tratándose de magistrados profesionales postula sobre todo una independencia de *status*).

---

[15] En esa misma línea, aun cuando no dirigen órganos constitucionales o de relevancia constitucional, también es de incluirse en esa nomenclatura, por ejemplo, al Superintendente Nacional de Administración Tributaria –que tiene a su cargo el diseño para su aprobación y la ejecución de la política tributaria del Estado– y a los que presiden los órganos reguladores del Estado (de telecomunicaciones, de energía eléctrica, de saneamiento, de telecomunicaciones) –que hacen efectiva, de cara a los intereses públicos y de los consumidores, la política de regulación de las actividades más sensibles de la economía–.

4) La transparencia y responsabilidad de los gobernantes, con el subsiguiente control por el Congreso y por la opinión pública (su efectividad tendría lugar solo si media transparencia gubernamental en los actos públicos, si el control parlamentario es célere y exigente, respetuoso de un Código de conducta muy claro, y si el Congreso se erige en el centro institucional de una discusión libre de la gestión gubernamental).

Por lo demás, una condición necesaria para la efectividad de estos mecanismos estriba en que el Gobierno y los órganos de persecución pública asuman un papel vigilante en la lucha contra la corrupción política.

4. Hoy en día, por cierto, la responsabilidad política y la responsabilidad penal –obligación de responder, de rendir cuentas de su actuación en el ejercicio del cargo– son los dos ejes indispensables para combatir la corrupción de los Altos Dignatarios. La responsabilidad política (1) está a cargo del Congreso, órgano político por excelencia; (2) tiene un carácter amplio, pues no se limita a la exigencia de dolo o culpa, y solo basta una responsabilidad *in vigilando* o *in eligendo*; (3) para afirmarla solo requiere que el Congreso arribe a un convencimiento político-moral de que el Alto Funcionario incurrió en un acto relacionado –directa o indirectamente– con la corrupción[16]; y, (4) su parámetro de juicio es un código de conducta más vinculado a la moral y ética públicas.

Sin embargo, el problema que atraviesa la responsabilidad política es la pobreza de sus resultados prácticos. Ello se explica por las características de la organización del Estado moderno, esto es, por la expansión de sus actividades y por la creación de agencias independientes, que imposibilita de

(16) Esta posibilidad se abrió paso decididamente con la STC N° 0006-2003-AI/TC, del 1 de diciembre de 2003, que desde el artículo 99° de la Constitución configuró la institución del "juicio político por infracción constitucional" a cargo del Congreso –distinto del antejuicio por delitos de función–, que permite sancionar políticamente a los Altos Funcionarios Públicos con la suspensión, destitución o inhabilitación hasta por 10 años para el ejercicio de la función pública. El juicio político, anota Jorge SANTISTEVAN DE NORIEGA, forma parte de los mecanismos de control político que le corresponde ejercer al Congreso, es independiente de los ilícitos penales que puedan cometer los Altos Funcionarios, y atañe fundamentalmente a las "faltas políticas" o "contravenciones que no constituyen delitos" y, en consecuencia, dan lugar a sanciones políticas antes que propiamente punitivas que importan su alejamiento del cargo ["Acusación constitucional" en AA. VV., "La Constitución comentada", Gaceta Jurídica, Lima, 2006, t. II, p. 131].

facto un control político por parte del Ministro del Sector. Estructuralmente, la ausencia de resultados efectivos tiene su origen en las limitaciones de las mayorías parlamentarias, que tienden a apoyar en bloque al Ejecutivo, y por el interés del Gobierno de mantener funcionarios cuestionados en tanto ello le signifique réditos políticos.

5. La responsabilidad penal, aun cuando puede considerarse tendencialmente la más efectiva, enfrenta serios riesgos y limitaciones en función de la inveterada debilidad de la institución judicial, de las confusas pautas de diferenciación con la responsabilidad política, de las no pocas veces en que el Congreso interfiere en la investigación de hechos que ya se encuentran judicializados, y –aunque parezca contradictorio– del traslado de las cuotas del control político a la escena judicial con desmedro del ordenamiento judicial (perversa especie de prejudicialidad penal, dice BUSTOS GISBERT, en tanto que se hace precisamente para evitar la inmediata exigencia de responsabilidad política).

Ahora bien, la responsabilidad penal está sometida a un ordenamiento bastante severo; y, ello debe seguir siendo así, en tanto se entienda que la actuación del Derecho penal –configurado con pleno respeto de las garantías y principios liberales que le son propios– no ha de ser el único instrumento, sino la cadena final de una serie de medidas y estrategias preventivas, un ámbito donde el concepto de "criminalidad organizada" encuentra mayor juego. No solo se requiere que la conducta corrupta esté contemplada en la ley, también se exige que se perpetre a título de dolo o culpa; sin perjuicio de reconocer que, comúnmente, la corrupción está asociada a prácticas admitidas generalmente como códigos paralelos de conducta, y a formas de criminalidad complejas: criminalidad económica, criminalidad organizada. Además, se necesita de una decisión judicial, dictada en un proceso penal limpiamente concebido. El juicio justo y equitativo es el quid de una persecución penal que pretenda ser eficaz.

6. Es claro, entonces, como enseña ACKERMAN, que la responsabilidad de los gobiernos –incluyo todo el sistema de poder político– es necesaria para el control de la corrupción. Para ello, los límites al poder de los Altos Funcionarios y del conjunto de instituciones políticas (1. Separación de poderes entre Ejecutivo y Legislativo, unido tanto a un mecanismo de fuertes controles y equilibrios, como a la transparencia en la adopción de la legislación y de los actos administrativos; 2. Sistema judicial independiente

–que incluye un modelo de organización judicial democrática y responsable, libre de corrupción y de clientelismo– y con normas de persecución adecuadas. 3. Estructura descentralizada del Estado), combinados con una vigilancia y una aplicación de la ley independiente, pueden ser poderosas estrategias anticorrupción.

Un dato previo esencial. Como añade ZAFFARONI, en tanto la corrupción es el resultado de falencias institucionales, el "*aggiornamento*" de los órganos políticos (auditorías, controles internos y externos, cruzamiento, registros públicos de los contratos estatales, libre acceso a la información oficial, etc.), es el camino correcto para reducir los espacios de la corrupción, lo que a su vez permite al sistema penal cierto grado de eficacia controladora. En los mismos términos se pronuncia HASSEMER, quien reitera que es de ampliar el derecho a la información del ciudadano, básicamente en ámbitos tales como la celebración de contratos, licitaciones, concesiones o autorizaciones, de suerte que una administración más transparente estaría menos expuesta a la corrupción.

La estrategia anticorrupción, nos dice el Instituto Apoyo en junio de 2002, debe contar con un sistema jurídico adecuado, pero con mayor fuerza –en función a la teoría de los incentivos–, entre otros lineamientos de acción, debe: (1) reducir la intervención del Estado en la economía a lo necesario (evitar que el Estado realice actividad empresarial o regule en demasía los mercados); (2) disminuir la discrecionalidad en la toma de decisión de los funcionarios (las políticas no deben dejar a los funcionarios márgenes excesivos para decidir a qué actividad, producto, empresario o lugar específico beneficiar; y, deben construirse parámetros objetivos de decisión); y, (3) elevar los riesgos para los tratos corruptos (mejorar la carrera pública; y, entre otras medidas, hacer más difícil la corrupción, lo que requiere simplificar el marco regulatorio estatal, establecer reglas claras y promover la transparencia en la gestión pública)[17].

[17] Claro está, la sola reducción del Estado y la delimitación de su ámbito de intervención en la economía no garantiza la disminución de la corrupción. No solo es que la corrupción no puede ser atacada aisladamente, sino que se requiere una política de reformas consistentes que abarquen el aparato estatal y el sistema político en su conjunto. Susan ROSE-ACKERMAN, precisa que un ámbito esencial para el control de la corrupción es reconocer e imponer dos amplios tipos de límites al poder político; el primero lo constituyen las

7. Leyes anticorrupción claras y precisas, fiscales comprometidos con la persecución de la corrupción –que puede incluir la creación de Agencias Independientes para la investigación, análisis y proposición de reformas legales–, y una judicatura honrada y bien preparada, constituyen los pilares de una política de persecución penal eficaz contra la corrupción.

El esfuerzo reformista, por tanto, debe centrarse en esos ámbitos y superar las dificultades que dimanan: a) de la "naturaleza del sistema legal", cuando el ordenamiento jurídico no responde a la características de una economía social de mercado; b) de la "debilidad del sistema judicial", cuando existe carencia de profesionalidad, limitados sueldos, deficientes condiciones laborales de los jueces y fiscales, y una inadecuada gestión y gobierno judiciales; y, c) de la "venalidad de los jueces y fiscales", resultado de diversos factores, entre los que destaca un sistema de nombramientos deficientes, que producen jueces que no asumen un compromiso con el imperio de la ley.

3. CONTROL PENAL DE LOS ALTOS FUNCIONARIOS

1. El sometimiento de los Altos Funcionarios al Derecho penal ha seguido formas de articulación muy variadas. El modelo constitucional peruano, por ejemplo, es el del "sistema judicial especial". Nuestra Constitución establece la necesaria intervención del Congreso mediante un procedimiento parlamentario de acusación constitucional o antejuicio (*vide* artículos 99°-100° Const.) cuando se trata de delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones oficiales. Ello significa que la persecución penal de los Altos Funcionarios Públicos requiere de una autorización del órgano político, que se erige procesalmente en un requisito o condición de procedibilidad. Otra figura, esta vez solo radicada en los congresistas –que se ha extendido al Defensor del Pueblo y a los Magistrados del Tribunal Constitucional– es la inmunidad, circunscripta a los delitos comunes cometidos durante su mandato (artículos 93°, 161° y 201° Const.), concebida igualmente como una prerrogativa de naturaleza formal del Alto Funcionario Público.

---

estructuras del gobierno que crean mecanismos de vetos y fuentes independientes de poder político, administrativo y judicial, de suerte que se haga menos provechoso pagar sobornos; y, el segundo, proporciona a las personas y a los grupos una vía para hacer reclamaciones sobre el gobierno y las deficiencias de los servicios que pueda proporcionar ["La corrupción y los gobiernos", Editorial Siglo XXI de España, Madrid, 2001, p. 240].

Corresponde examinar, aun cuando brevemente, los problemas que plantea el antejuicio político y la inmunidad parlamentaria, así como el aforamiento de los Altos Funcionarios acusados constitucionalmente por el Congreso. También, es de analizar el rol de las Comisiones de Investigación del Congreso, que tienen ámbitos de encuentro con las investigaciones penales, y que en nuestra historia reciente han sido concentradas en la investigación de hechos lesivos presuntamente cometidos por Altos Funcionarios.

2. La acusación constitucional

1°. El artículo 99° de la Ley Fundamental, siguiendo parcialmente, nuestra tradición constitucional, instauró lo que el profesor Klaus TIEDEMANN denominó "sistema judicial especial" para la persecución de los Altos Funcionarios Públicos por la comisión de delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones. Es el antejuicio o acusación constitucional. La intervención y ulterior decisión del Congreso, en tanto proceso constitucional autónomo, se erige en un requisito o condición objetiva de procedibilidad para la incoación de un proceso penal contra un Alto Funcionario Público. VILLAVICENCIO TERREROS la califica de un privilegio procesal, en cuya virtud quien lo ostenta no puede ser enjuiciado sin antes haber sido autorizado por el Congreso, mientras que PEÑA CABRERA la define como una prerrogativa procesal[18]. En todo caso, el Tribunal Constitucional en la STC N° 6-2003-AI/TC, del 1 de diciembre de 2003, párr. 3 definió el antejuicio como "una prerrogativa funcional de la que gozan determinados funcionarios, con el propósito de que no puedan ser procesados ante la judicatura penal por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, sin que medie un procedimiento con las debidas garantías procesales ante el Congreso de la República y la consecuente acusación del propio Legislativo"[19].

---

[18] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: "Derecho Penal". Parte general, Grijley, Lima, 2006, p. 217; PEÑA CABRERA, Raúl: Tratado de Derecho Penal, Grijley, Lima, 1999, p. 245. Otros autores, como VILLA STEIN y BRAMONT ARIAS TORRES asumen ambas calificaciones: VILLA STEIN, Javier: Derecho penal - Parte general, Editorial San Marcos, Lima, 1998, p. 168; y, BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel: Manual de Derecho penal - Parte general, 2ª ed., Editorial Santa Rosa, Lima, 2002, p. 127.

[19] El antejuicio, en esta perspectiva, no es otra cosa que la antesala de un proceso jurisdiccional que involucra la imputación y prueba de responsabilidades penales que, si

No entro a discutir en esta ponencia la conveniencia política y jurídica de esta institución[20], puesta en tela de juicio, por ejemplo, por el Presidente del Poder Judicial en el discurso de orden del año judicial 2005, aunque es evidente que necesita de correcciones y redefiniciones, de cara a nuestra reciente experiencia política[21].

2°. Las notas esenciales de la "acusación constitucional" o antejuicio político, como lo denomina el Tribunal Constitucional, son tres:

1) El ámbito subjetivo de la acusación constitucional, que constituye una prerrogativa del cargo –se establece no en razón al Alto Funcionario sino en razón a la institución o, mejor dicho, a la buena marcha de la misma[22]–, la configura como un privilegio procesal, que se concreta en determinados Altos Funcionarios Públicos, que son citados bajo el modelo del *númerus clausus*: Presidente, Congresistas, Ministros,

---

bien son inicialmente valoradas por el Congreso, tiene como propósito habilitar la posterior intervención del más alto nivel del Poder Judicial para que la Corte Suprema se avoque a la causa y aplique sanciones puramente penales [SANTISTEVAN DE NORIEGA, "Acusación constitucional", Ob. cit., p. 128].

[20] Valentín PANIAGUA CORAZAO, de un lado, más allá de las críticas a la institución tal como se concibió en la vigente Constitución, que difiere de la Constitución histórica nacional y de sus fuentes –la Constitución Gaditana y, antes, de la Constitución francesa de 1791–, precisa que el antejuicio tiene como sustento la necesidad de una prerrogativa que garantice la independencia, la autoridad y la dignidad del alto funcionario frente a la inmoderación con que puede ser atacado, durante su encargo o perseguido luego de haber cesado en él ["¿Acusación constitucional, antejuicio o juicio político?" en "La Constitución de 1993", Lima, 1995, T. II, pp. 128, 132-133].

[21] Desde el periodo 2000-2001 hasta el periodo 2006 se han presentado un total de 422 denuncias constitucionales (345 denuncias individuales y 77 colectivas), de ellas al mes de junio de 2005, 315 fueron archivadas, 36 resueltas acusando, 2 retiradas y 69 en trámite. Es de destacar que contra el ex Presidente Alberto Fujimori se presentaron 64 denuncias, en las que se acusó constitucionalmente en 18 de ellas, mientras que 36 se archivaron y 10 siguen pendientes de decidir. Fuente: Asociación Civil Transparencia, Datos del Congreso, Boletín N° 35, Año IV, Lima, 2005.

[22] Klaus TIEDEMANN acota que esta institución tiene un rasgo característico institucional supraindividual, irrenunciable para el alto funcionario implicado, cuya finalidad es la protección de la capacidad funcional del órgano constitucional concernido, cuya procedencia descansa en el necesario equilibrio entre la garantía de la capacidad funcional institucional con los intereses de la administración de justicia estatal y del ofendido ["Constitución y Derecho penal", Palestra, Lima, 2003, pp. 140-144].

Miembros del Tribunal Constitucional, miembros del CNM, Vocales de la Corte Suprema, Fiscales Supremos, Defensor del Pueblo y Contralor General de la República. La ley ordinaria no puede extenderla a otros Altos Funcionarios.

2) El ámbito material, se circunscribe a "todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones"; esto es, se trata de delitos de función. La Constitución, en orden a esta institución, diferencia, entonces, entre delitos comunes y delitos funcionales –o más exactamente, delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones–. Estos últimos son aquellos que el Alto Funcionario Público comete en vulneración de sus deberes funcionales; son, pues, típicos delitos de infracción de deber, aunque es de aclarar que no se trata solo de aquellos a que hace referencia el Código Penal en los Títulos XV a XVIII, esto es, los delitos contra la administración pública, contra el Estado y la Defensa Nacional, contra los poderes del Estado y el orden constitucional, y contra la voluntad popular. Se trata de delitos, cualesquiera que puedan ser, cuya nota esencial, más allá del tipo legal, es que estén vinculados al ejercicio de la función que desempeña el Alto Funcionario, que importan un prevalimento del cargo o que su ejercicio, de una u otra forma, haya permitido su comisión.

3) El ámbito temporal, que está delimitado a los delitos funcionales que se cometan durante el ejercicio del cargo. Solo esos delitos pueden ser objeto de la acusación constitucional y la prerrogativa se extiende hasta 5 años después de que hayan cesado en sus funciones. En consecuencia, pasado ese plazo, aun cuando se trata de un delito cometido durante el ejercicio del cargo, ya no es necesario el procedimiento parlamentario de acusación constitucional e, incluso, el aforamiento –en ese sentido se ha decantado el legislador del NCPP 2004, artículo 450°.10–.

3°. El artículo 100° fija los efectos de lo que denomina "resolución acusatoria de contenido penal del Congreso", que cierra la intervención, el rol acusatorio, del Congreso. Son tres:

1) No se trata, en puridad, de una acusación, que obligue a la realización inmediata de un juicio –en tanto etapa principal del proceso penal–, sino técnicamente de una denuncia, base de la promoción de la acción penal, no de la introducción de la pretensión penal –con todo lo que ello tenga

de contradictorio desde las propias bases históricas del antejuicio–. El Fiscal de la Nación, al recibir la comunicación y actuaciones del Congreso, no formula acusación, sino formaliza una denuncia –en puridad, promueve la acción penal, pero a partir de un mandato del Congreso, consustancial a su calidad de órgano político encargado de decidir las medidas correspondientes contra el Alto Funcionario–, que da lugar a su vez a la apertura de una instrucción judicial según el ACPP 1940 o de una investigación preparatoria, aprobada por el Vocal de la Corte Suprema competente según el NCPP 2004. Todo lo que investigó el Congreso, no es más que una investigación preliminar –aun cuando calificada–, que no evita una ulterior investigación judicial o fiscal, aunque –como luego se verá– sí la delimita.

2) La competencia objetiva, personal en este caso, la tiene la Corte Suprema de Justicia. Según el artículo 34°.4 LOPJ y el artículo 17° ACPP 1940 el Magistrado Instructor es un Vocal designado por la Sala Penal del Supremo Tribunal, que debe ser el menos antiguo; y, los tres vocales restantes, que siguen en antigüedad, integran el Tribunal de Juicio. El recurso contra el fallo del Tribunal Especial lo conoce otra Sala de la Corte Suprema.

3) El objeto del proceso penal está predeterminado por esa resolución acusatoria de contenido penal. Se discute si parcial o totalmente. El artículo 100° de la Constitución estatuye que el contenido de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción "no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso".

4°. Un sector de la doctrina y el propio Tribunal Constitucional han criticado el citado artículo 100° de la Ley fundamental. Estiman que así considerado importa una invasión de los fueros judiciales por un órgano político[23]. Sin embargo, desde otra concepción, es posible sostener su

[23] La STC N° 6-2003-AI/TC, del 1 de diciembre de 2003, párr. 17, califica las referidas disposiciones de contrarias al principio de independencia y autonomía de los poderes públicos encargados, por antonomasia, de la persecución e investigación del delito. Agrega que si bien dicho principio no puede negar la mutua colaboración y fiscalización entre los poderes públicos, impone la ausencia de toda injerencia en las funciones esenciales y especializadas que competen a cada una de las instituciones que diagraman la organización del Estado –véase artículo 159° respecto del Ministerio Público y 139°. 1 y 2 Const. en relación con el Poder Judicial–, al punto que se permitió exhortar al Congreso la respectiva

corrección jurídica en virtud de la propia esencia del antejuicio, que precisamente impone al Ministerio Público y al Poder Judicial la prosecución de la causa, esta vez, en sede jurisdiccional, sin que, por cierto, predetermine una condena, ni siquiera el paso a la etapa del juicio oral. Cabe significar que una norma compatible con esa lógica vinculante es el artículo 66°.3 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que prescribe que una vez que el Senado declare que hay lugar a la formación de causa, "(...) el Fiscal de la Nación ejercitará la acción penal que corresponde ante la Sala competente de la misma

---

modificación constitucional. Marcial RUBIO CORREA, aceptando ese parecer, no solo precisa que la independencia de los poderes es una norma principio constitucional, no una norma regla, que hasta cierto punto autoriza al Tribunal Constitucional dar interpretaciones específicas a la Constitución y a veces, inclusive, interpretarla contradiciendo su texto como en el presente caso ["El Estado peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2006, pp. 16, 70-71]. Además, aprueba –sobre la base de una interpretación institucional de la Constitución– que se contradiga el propio texto de la Constitución, por encima de la interpretación literal; el texto, acota, dice una cosa, pero el Tribunal Constitucional interpreta precisamente la contraria en virtud de la institucionalidad constitucional, de suerte que en caso de conflicto –si el Fiscal o el Poder Judicial no aceptan la resolución acusatoria del Congreso, el Tribunal se inclinaría en preferir la posición del Ministerio Público o del Poder Judicial, desestimando una aplicación ciega y textual de la parte pertinente del artículo 100° ["La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional", Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, p. 83]. Tal posibilidad, de apartarse de un precepto específico de la Constitución por 'colisionar' con otro, aceptada por Miguel Ángel, SÁNCHEZ MERCADO, que incluso incorpora en su auxilio el principio de unidad y concordancia de la Constitución para abogar por un control difuso entre normas constitucionales ["El artículo 100° de la Constitución Política y la acusación congresal ¿una norma constitucional o inconstitucional?", en Diálogo con la Jurisprudencia, N° 101, Lima, 2007, pp. 224-226], en cambio, ha sido, a nuestro juicio correctamente, rechazada por Domingo GARCÍA BELAUNDE. Dicho autor precisa que el universo que se confía al Tribunal Constitucional, no es la Constitución, sino la constitucionalidad, es juez de la constitucionalidad no de la Constitución, por lo que no tiene competencia alguna para decir qué determinado artículo es inconstitucional, porque doctrinaria o valorativamente así debe ser, o peor aún, cambiar el sentido expreso de un dispositivo por considerarlo inconstitucional; el parámetro del Tribunal Constitucional es la Constitución misma, él no es competente para señalar, desde el punto de vista doctrinario, qué es lo que debe hacerse o qué artículo constitucional no debe aplicarse por inconstitucional o entenderse de manera distinta a lo que expresamente señala la norma, pues ello sería convertirlo en juez de la Constitución o en constituyente, lo que precisamente no es; los únicos jueces de la Constitución son el pueblo y sus legítimos representantes, debidamente investidos para ello ["¿Antejuicio, acusación constitucional, juicio político?", en http//:www.garciabelaunde.com/artículos/artículo1-2.htm].

Corte"[24]; es decir, no le otorga posibilidad alguna de adoptar una posición distinta, total o parcial, a la decisión del Poder Legislativo.

El problema procesal es, entonces, el alcance de la expresión: "Los términos de la acusación del Congreso". ¿Se refiere al hecho y al derecho?, y de ser así ¿Cuál es su alcance?

A. Por lo pronto, la Corte Suprema ha interpretado dicha norma en el sentido de la unidad inescindible entre hecho y derecho. Ahora bien, es claro, a mi juicio, que la denuncia fiscal y el auto de apertura de instrucción –primera resolución de imputación, provisional por su propia naturaleza– no puede excluir cargos, ampliarlos o modificarlos. Los llamados "fundamentos de hecho", así nominados por el artículo 139°.5 de la Ley Fundamental al referirse a la garantía constitucional de motivación de las resoluciones, es decir, en este caso, los hechos objeto de la resolución acusatoria de contenido penal del Congreso, son inmutables. Pero ¿además se debe respetar la tipificación jurídico-penal del Congreso? Creo que debe repensarse una respuesta tajantemente positiva, pues la labor de subsunción jurídica no tiene porqué estar involucrada en el concepto "términos de la acusación", en tanto que la calificación jurídica de los hechos y, en suma, la posible aplicación del principio *iura novia curia*, es propia o inherente de la función jurisdiccional (recuérdese que aquí el órgano jurisdiccional supremo no emite sentencia, sencillamente dicta una resolución inicial de imputación).

---

[24] En esos términos se pronuncia PANIAGUA CORAZAO, pues históricamente el antejuicio, dice, cumple una función análoga a la del Ministerio Público o a la del juez de instrucción, y su propósito final es levantar la inmunidad o prerrogativa que protege al titular de una función para que los órganos jurisdiccionales procesen y juzguen su conducta, por lo que de hecho la decisión del Congreso es vinculante, y si este declara haber lugar a formación de causa, entonces, hay proceso abierto; por tanto, la norma en cuestión era y es sobreabundante ["¿Acusación constitucional, antejuicio o juicio político?", cit., p. 135]. Domingo GARCÍA BELAUNDE, en igual sentido, aclara, en primer lugar, que la razón de la obligatoriedad de la promoción de la acción penal estriba en que la Constitución reservó al Congreso la promoción de la acción penal en el caso del juicio político; y, en segundo, que el Congreso, como órgano representativo y popular, cuando inicia una acusación, la tramita, la discute y la aprueba, está ordenando que se abra un proceso penal, pues esa es su indiscutible prerrogativa constitucional, no está ordenando que se condene a nadie, sino a que se investigue, que es muy distinto, lo que es pacífico en la historia constitucional nacional ["¿Antejuicio, acusación constitucional, juicio político?" en www.garciabelaunde.com/artículos/artículo1-2.htm].

Pese a ello el Tribunal Constitucional en las pocas veces que se pronunció sobre el punto –aunque con anterioridad a la STC Nº 6-2003-AI/TC– habría optado por una noción, a mi juicio, excesivamente formalista y fuera de contexto –sin integrar esa norma con otra, que define propiamente la función jurisdiccional– para descartar esa opción. Así lo hizo en la STC Nº 1230-2002, del 20.06.2002. De ser así, la homologación entre acusación y denuncia, en sentido técnico, es patente, y el error también.

El artículo 450° NCPP 2004 optó por una salida intermedia a ese dilema. En primer lugar, en virtud de la orden de procesamiento del Congreso, tanto la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria como el auto aprobatorio del procesamiento penal, respetando –ambos magistrados– "(...) los hechos atribuidos al funcionario y la tipificación señalada en la resolución del Congreso". Considera SÁNCHEZ MERCADO que debió optarse por reconocer la capacidad de tipificación autónoma desde el principio[25], empero ello generaría problemas adicionales, como sería la posibilidad de denegar el procesamiento penal por atipicidad –fuente de enfrentamiento entre los poderes del Estado– y, en todo caso, condicionar o subordinar al órgano constitucionalmente competente para decidir el enjuiciamiento precisamente en su momento definitivo: el procesamiento propiamente dicho, facultad jurisdiccional que por cierto no es compatible con la propia lógica constitucional del antejuicio, más allá de las fundadas críticas que merece el modelo normativo de esa institución constitucional.

B. Considero, sin embargo, que más trascendente y problemático es lo siguiente: ¿Qué sucedería si durante el transcurso del proceso se advierte que el hecho punible investigado merece una calificación jurídico-penal distinta, pese a que los hechos, en su contenido esencial, son los mismos? ¿Qué sucedería, asimismo, si se establece la presencia de una circunstancia no contemplada en la acusación del Congreso, o cuando se acreditan hechos adicionales de un mismo delito –v. gr., que el monto del enriquecimiento ilícito es más del previsto al contemplarse una nueva cuenta, nuevos ingresos ilegales o nuevos bienes–? ¿Qué pasaría, por otro lado, si se descubren otros hechos punibles funcionales no contemplados en la acusación? El dilema, en estos casos, fuerza la siguiente pregunta: ¿Merecen todos estos supuestos la misma respuesta negativa? Las respuestas, felizmente, las dio el NCPP 2004.

---

[25] *Ibidem*, pp. 228-229.

C. Estimo que una respuesta sin mayores complicaciones, siempre de carácter negativa, se puede proporcionar cuando se trata de un hecho distinto, no contemplado en la acusación del Congreso. En este caso es imperativa la comunicación al Congreso para que inicie el procedimiento de acusación constitucional. Así, el apartado 6 del artículo 450° NCPP 2004.

D. Otro es el dilema, en cambio, cuando se trata de modificar la calificación jurídico-penal del hecho, sin cambio fáctico alguno. Como quiera que no se altera el ámbito fáctico, propio de la prerrogativa constitucional del Alto Funcionario imputado; y, en tanto se juzga un *factum* y no un crimen, sin perjuicio de dar oportunidad al imputado de defenderse contra ese cambio de tipificación, estimo plenamente viable ese cambio, al igual que lo ha consagrado el apartado 6 del artículo 450° NCPP 2004. Obviamente no opinaría así el Tribunal Constitucional si persiste en su tesis de identificación, como una unidad inescindible, de hecho y derecho.

E. Más complicada es la disyuntiva si se advierte la presencia de circunstancias no contempladas en la resolución acusatoria del Congreso o de pruebas que tienden a aumentar, por ejemplo, la dimensión del hecho. Creo que si se trata de circunstancias, que propiamente son elementos circundantes al hecho punible, dependientes de él –que no afectan al contenido de injusto ni a la culpabilidad–, no vulnera la limitación constitucional antes señalada comprenderlas en la acusación fiscal y, en su caso, en la sentencia. De igual manera, si se trata de un mismo hecho punible, al que se agregan nuevos datos que importan una mayor progresión de la misma figura penal, no es del caso excluirlas del proceso y derivarlas a un nuevo procedimiento parlamentario de acusación constitucional.

5°. Un problema práctico es planteado por ABANTO VÁSQUEZ, centrado en las averiguaciones iniciadas antes de la intervención parlamentaria y en el valor probatorio tanto de las primeras como de esta última. Según el procedimiento parlamentario establecido por el artículo 89° del Reglamento del Congreso, están legitimados para presentar denuncias constitucionales contra los Altos Funcionarios los congresistas, el Fiscal de la Nación o cualquier persona que se considere directamente agraviada, las que, de ser el caso, deben acompañarse con los documentos que las sustenten. De igual manera, el artículo 1° de la Ley N° 27399, del 13.01.2001, autoriza al Fiscal de la Nación a realizar investigaciones preliminares al procedimiento

parlamentario de acusación constitucional, a cuyo efecto le otorga un plazo de 60 días naturales, y de encontrar evidencias o indicios razonables de la comisión de delito deberá formular la denuncia constitucional correspondiente adjuntando copia autenticada de los actuados de dicha investigación. De igual manera, puede darse el caso que en un proceso jurisdiccional se adviertan indicios razonables de la comisión de un delito de función perpetrado por un Alto Funcionario.

Es evidente que rige, en general, la doctrina de las pruebas preconstituidas, tanto para las actuaciones anteriores a la investigación parlamentaria como para las propias diligencias realizadas durante el procedimiento de acusación constitucional. Por lo demás, en el primer supuesto, la propia ley que autoriza las investigaciones previas –en aras, obviamente, de impedir una persecución tendenciosa, absurda o injustificada– se decanta, correctamente, por esa posibilidad, pues de otro modo se caería en sensibles riesgos de impunidad como consecuencia de la posible pérdida de pruebas irreproducibles. Otro enfoque, sin duda, está referido –ya no a la prueba instrumental, preconstituida por su propia naturaleza– a las pruebas personales, que con ciertos matices en relación con la prueba pericial preprocesal –que debe cumplir con la exigencia de contradicción o de posibilidad de contradicción y autoriza a las partes solicitar su repetición o ampliación–, no es posible entenderlas como tal, sino solo como indicios procedimentales que en el acto oral se verán ratificados o descartados(26).

(26) Manuel ABANTO VÁSQUEZ, siguiendo a Lars BROKER, plantea la posibilidad de entender inconstitucionales y, por ende, sin valor procesal, a los efectos de su valorabilidad, las pruebas obtenidas en el curso de esas diligencias, pues las actuaciones realizadas antes de la autorización del Congreso pueden entenderse como derivadas de un proceso antijurídico en el que se habría atentado contra la finalidad protegida por la prohibición de aprovechamiento (la protección de intereses superiores), en tanto se correría el peligro de que los órganos de justicia violen conscientemente las reglas sobre la inmunidad para asegurar pruebas con miras a una posterior persecución penal ["La lucha contra la corrupción en un mundo globalizado", en Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 16, Lima, 2005, p. 51]. Empero, no necesariamente puede calificarse una diligencia previa de constitutiva de 'proceso antijurídico', ello dependerá de las características concretas del procedimiento preliminar como un todo y, luego, de que las concretas diligencias no puedan calificarse de preconstituidas, esto es, que cumplan con las exigencias de irrepetibilidad del hecho y posibilidad de contradicción.

3. La inmunidad constitucional

1°. Otra institución implicada es la inmunidad constitucional –hoy en día objeto de debate jurídico constitucional–, que solo se extiende para los Congresistas, Magistrados del Tribunal Constitucional y al Defensor del Pueblo, pero está circunscrita a los delitos comunes, no funcionales (para los delitos funcionales, como se ha dicho, se tiene el antejuicio o acusación constitucional)[27], prevista en el artículo 93° de la Constitución: estos no pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso[28], desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante, en que deben ser puestos a disposición del Congreso para que autorice o no la privación de la libertad y el enjuiciamiento.

La inmunidad, según doctrina pacífica, constituye un obstáculo procesal[29], mientras que la inviolabilidad es una causa personal de exclusión de la punibilidad y, por cierto, pertenece al "complejo del hecho", a la configuración delictiva, en suma, al Derecho penal material. Ambas constituyen auténticas excepciones al principio material de igualdad y de su reflejo procesal, el principio de igualdad de armas; y, solo se legitiman en la medida de que gocen de una "justificación objetiva y razonable".

---

[27] Así lo ha consagrado la STC N° 6-2003-AI/TC, del 1 de diciembre de 2003, que para los delitos cometidos con ocasión de la función pública opera la acusación constitucional o antejuicio político.

[28] La STC N° 26-2006-AI/TC, del 08.03.2007, ha señalado, de un lado, que la inmunidad parlamentaria comprende las inmunidades de arresto y de proceso; y, si bien busca proteger la libertad personal de los congresistas contra detenciones y procesos judiciales que tienen una evidente motivación y finalidad política. Siendo así, en cuanto impedimento procesal y 'privilegio parlamentario', está abierta la posibilidad de persecución en su contra o renazca con la terminación de su mandato [JESCHECK, Hans-Heinrich; WIEGEND, Thomas, "Tratado de Derecho penal. Parte general", Comares, Granada, 2002, p. 202].

[29] La STC N° 1011-2000-HC/TC, del 18 de enero de 2001, ratificó que se configura como 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. En pureza, como recalca Juan MONTERO AROCA, la inmunidad tiene únicamente carácter procesal y se concibe como una condición de procedibilidad, esto es, como requisito que ha de concurrir para que pueda perseguirse judicialmente al autor de un delito ["Los privilegios en el proceso penal", en FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI (Director), "La criminalidad organizada ante la justicia", Sevilla, 1996, p. 115].

2°. El fundamento de la inviolabilidad, conforme a la tesis objetiva, radica en la necesidad de proteger el regular y libre funcionamiento de los órganos constitucionales concernidos[30]. Por ello, solo es de ampararse las manifestaciones de los congresistas durante su mandato y con ocasión del ejercicio de su función parlamentaria, es decir, los excesos en el ejercicio de las libertades de emisión del pensamiento con ocasión del planteamiento de mociones, preguntas, interpelaciones y proposiciones de ley.

La inmunidad protege a su titular de las coacciones que sobre su derecho a la libertad pudiera proporcionar los demás poderes públicos y abarca todo género de privación de libertad (detención, retensión, arresto domiciliario, conducción de grado o fuerza, etc.), con la única excepción del delito flagrante[31]. Es la inmunidad de arresto y de proceso. Evita que por manipulaciones políticas se impida al congresista asistir a las reuniones del Congreso y, a consecuencia de ello, se altere indebidamente su composición y funcionamiento[32].

3°. La petición de levantamiento de fuero –suplicatorio– es un presupuesto procesal penal, que tutela la inmunidad del congresista –busca garantizar la independencia de la institución parlamentaria–, consistente en obtener la autorización de la Cámara para obtener su detención y, en su caso, su procesamiento y sujeción a un proceso penal. Su ámbito se circunscribe al proceso

---

[30] La STC N° 5291-2005-HC/TC, del 21 de octubre de 2005, ha precisado que la inmunidad protege al congresista y permite que el Congreso de la República ejerza el normal desarrollo de sus funciones. Es de aclarar que la protección del congresista termina siendo la protección del Congreso como institución, pues la intención primigenia de esa prerrogativa es la búsqueda y la conservación de la autonomía parlamentaria, y cualquier acción en contra de ella debe ser expulsada del sistema [MONTOYA CHÁVEZ, Víctor Hugo, "Estatuto de congresista", en AA. VV., "La Constitución comentada", Gaceta Jurídica, Lima, 2005, T. II, p. 40]. Se trata, ha determinado la STC N° 26-2006-AI/TC del 8 de marzo de 2007, de una garantía institucional de funcionamiento del parlamento.

[31] La STC N° 19-2005-HC/TC, del 21 de julio de 2005, precisó que el delito flagrante constituye un límite a la inmunidad parlamentaria de los congresistas.

[32] La STC N° 6-2003-AI/TC, del 1 de diciembre de 2003, precisó igualmente que la inmunidad es una garantía procesal penal de carácter político, cuyo objeto es prevenir aquellas detenciones o procesos penales que, sobre bases estrictamente políticas, pretendan perturbar el debido funcionamiento del Congreso o alterar su conformación. Por tanto, una vez determinada la ausencia de toda motivación política en la acusación, el Congreso tiene el deber de levantar la inmunidad del imputado.

penal. La inmunidad de proceso tiene un ámbito temporal respecto al inicio de su vigencia: solo los futuros procesos, no los incoados con anterioridad a la elección[33]. Configurada objetivamente la extensión temporal de la inmunidad se circunscribe a los hechos cometidos con ocasión de la función parlamentaria, más allá si luego deja de serlo, pero el tiempo de su vigencia es hasta después de un mes de haber cesado en el cargo.

Como se trata de un privilegio obstaculizador al libre acceso a la justicia, solo consienten una interpretación estricta. El rechazo del suplicatorio solo procede cuando obedezca a razones de índole política.

4. El aforamiento

1°. La Constitución, específicamente, impone la competencia originaria de la Corte Suprema para el conocimiento de los delitos de función cometidos por los Altos Funcionarios Públicos contra quienes el Congreso resolvió acusarlos constitucionalmente[34]. En esa perspectiva, el artículo 34° de la Ley Orgánica del Poder Judicial estipula que le compete a la Sala Penal de la Corte Suprema la investigación y juzgamiento de los delitos que se imputan no solo a los Altos Funcionarios previstos en la Constitución, sino también a los Fiscales y Vocales Superiores, miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar y contra los demás funcionarios que señala la

---

[33] La STC N° 26-2006-AI/TC, del 8 de marzo de 2007, declaró constitucional esa disposición del artículo 16° del Reglamento del Congreso; y, además, apuntó que la protección contra el arresto solo comienza con la elección, es decir, desde que el Jurado Nacional de Elecciones proclama al congresista electo (en nuestro ordenamiento jurídico, acota la referida STC, antes de la proclamación el candidato no está protegido, párr. 29).

[34] El artículo 100°, tercer párrafo, de la Constitución prescribe: "En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente". El artículo 99° de la misma Ley Fundamental, enumera con carácter de *números clausus* los Altos Funcionarios que, asimismo, estarán protegidos por el aforamiento; son: Presidente de la República, Congresistas, Ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional, miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, Vocales Supremos y Fiscales Supremos, Defensor del Pueblo y el Contralor General de la República. Este carácter cerrado de la lista de Altos Funcionarios sujetos a antejuicio es diferente al carácter abierto prescrito en el artículo 183° de la Constitución anterior de 1979 que incorporó la cláusula general de "(...) y a los Altos Funcionarios de la República que señala la ley" [RUBIO CORREA, "La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional", Ob. cit., p. 124].

ley, conforme a las disposiciones legales pertinentes; y, paralelamente, el artículo 17° del Código de Procedimientos Penales de 1940, entrega a otra Sala de la Corte Suprema el conocimiento del recurso de nulidad contra la sentencia que emita la Sala Penal Especial –en igual sentido se pronuncia el artículo 450°.7 del Nuevo CPP–. El antiguo Código no introduce, salvo la competencia objetiva, cambio alguno en el procedimiento penal(35).

2° El nuevo Código Procesal Penal configura el proceso penal seguido contra los Altos Funcionarios como una especialidad procedimental; y, en esa virtud, el artículo 450° introduce los siguientes cambios al proceso común:

A. El Fiscal de la Nación, en el plazo de 5 días de recibida la resolución acusatoria del Congreso y los recaudos correspondientes, emitirá la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria; y, se dirigirá a la Sala Penal de la Corte Suprema para que nombre entre sus miembros al Vocal Supremo que actuará como juez de la Investigación Preparatoria y designe a los integrantes de la Sala Penal Especial que se encargará del juzgamiento.

B. El Vocal Supremo dicta el auto motivado de aprobación de la formalización de la Investigación Preparatoria, con pleno respeto a los hechos atribuidos al funcionario y a la tipificación señalada en la resolución del Congreso(36), a partir de la cual el Fiscal Supremo designado por el Fiscal de la Nación asumirá la dirección de la investigación.

---

(35) El fundamento del fuero especial radica, de un lado, en la defensa de los propios Altos Funcionarios, garantizándole la máxima solvencia en el enjuiciamiento, y, de otro lado, en la propia defensa del Poder Judicial, haciendo recaer la responsabilidad de la sentencia, no sobre estabones presumiblemente más débiles de la organización judicial, sino sobre el órgano supremo [Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín: "El Derecho penal español", 3ª edición, Dykinson. Madrid, 2002, p. 285].

(36) El carácter vinculatorio de la resolución acusatoria del Congreso está expresamente reconocido por el artículo 100° in fine de la Constitución: "(...) Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso". Sin embargo, iniciada la investigación es posible corregir el error en la subsunción típica; en efecto, con arreglo al artículo 450°.6 NCPP, "(...) Si de la investigación se advierte que la tipificación de los hechos es diferente a la señalada en la resolución acusatoria del Congreso, el Fiscal emitirá una Disposición al respecto y requerirá al vocal de la Investigación Preparatoria emita la resolución aprobatoria correspondiente, quien se pronunciará previa audiencia con la concurrencia de las partes. En este caso no se requiere la intervención del Congreso".

C. Luego de emitido el auto aprobatorio de formalización de la investigación preparatoria no solo es posible enmendar la tipificación del hecho, sino también cuestionar la naturaleza delictiva del mismo, el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad y la presencia de las causas de extinción de la acción penal (artículo 78° CP), a través de los medios de defensa previstos en la ley (artículos 4° - 6° NCPP).

D. El auto de sobreseimiento, el que ampara una excepción u otro medio de defensa que enerve la pretensión acusatoria, así como la sentencia absolutoria firme, devuelve al imputado sus derechos políticos, sin que sea necesario acuerdo del Congreso en ese sentido.

3°. La persecución penal de los aforados presenta cuatro problemas centrales. (a) Su relación con la garantía de igualdad –ante la ley y de armas, esta última como expresión del derecho al debido proceso– y la justificación de la institución, en tanto excepción a la garantía del juez legal; (b) la extensión temporal del aforamiento; (c) la conexidad procesal cuando en el hecho delictuoso han intervenido no aforados; y, (d) a garantía del doble grado de jurisdicción.

A. "Competencia objetiva". El Juez ordinario predeterminado por la ley en los delitos previstos en el artículo 99° de la Constitución que cometan los Altos Funcionarios Públicos (se trata de aquellos delitos "que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas") es, como se anotó, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. La prerrogativa del aforamiento, en tanto emana directamente de la propia Constitución, por lo menos para los Altos Funcionarios taxativamente designados por el artículo 99° y para los demás, de la Ley Orgánica del Poder Judicial (prevista en el artículo 143° de la Constitución como norma base de dicho Poder del Estado) –legítima, en tanto esta ley incide en el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales–, persigue defender la independencia institucional de los órganos constitucionales al que pertenece el imputado y del propio Poder Judicial frente a potenciales presiones externas o las que pudiera ejercer el propio encausado por razón del cargo que desempeña. GIMENO SENDRA, en ese orden de ideas, explica que el aforamiento, en cuanto excepción al régimen general de distribución de la competencia objetiva de los órganos judiciales, intenta preservar al alto cargo de querellas políticas infundadas que, como consecuencia de la judicialización de la vida política, invaden los tribunales, partiendo de la base de

que el Juez Penal (Juez de la Investigación Preparatoria y Juez Penal, según el nuevo Código Procesal Penal) –el juez natural por excelencia– puede ser más proclive a su admisión(37).

B. "Extensión temporal del aforamiento". La práctica jurisprudencial, e implícitamente, la Ley –que no prevé alteración competencial alguna por hechos sobrevenidos– estiman que radicada la competencia del Supremo Tribunal esta no puede cesar si, por el transcurso del tiempo, el Alto Funcionario deja el cargo(38). En sentido contrario, es posible afirmar –siguiendo, por ejemplo, la jurisprudencia constitucional española– que como la prerrogativa del aforamiento especial opera como complemento y cierre de las de la inviolabilidad y la inmunidad, orientadas todas ellas hacia unos mismos objetivos comunes, y en tanto no es un privilegio personal y, como tal, debe interpretarse en atención a la función institucional que le es propia: proteger la independencia institucional tanto del órgano constitucional concernido como del propio Poder Judicial frente a potenciales presiones externas o las que pudiera ejercer el propio encausado por razón del cargo político e institucional que desempeña, la cesación del cargo del imputado priva de su razón de ser al aforamiento (STC 22/1997, 11 febrero)(39). Empero,

---

(37) GIMENO SENDRA, Vicente: "Derecho procesal penal", Colex, Madrid, 2004, p. 130.

(38) Un ejemplo de esa tesitura está en lo que disponía expresamente la anterior Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 111°), que consagraba la competencia de la Corte Suprema aun cuando el Alto Funcionario haya cesado en el cargo; posición avalada por la Corte Suprema en la Ejecutoria Suprema del 14 de octubre de 1968. Milagros LÓPEZ GIL, sostiene esta posición insistiendo que en este caso es de aplicación la *perpetuatio iurisdictionis*, institución que crea la ficción de que los hechos que atribuyeron la competencia a un determinado juez o tribunal permanecen iguales a lo largo de todo el procedimiento, y, por tanto, con independencia de que a lo largo del proceso desaparezca la condición que lo habilita ["Las prerrogativas parlamentarias en el ordenamiento jurídico español", en Actualidad Penal, N° 5, Madrid, 2000, p. 110].

(39) El Tribunal Supremo Español pese a que en una ocasión (auto de 16.3.1983) precisó que si al momento de cesar en el cargo se hubiera dirigido el procedimiento contra el Alto Funcionario no podía desprenderse de la competencia asumida –que es precisamente la tesis de la Sala Penal de la Corte Suprema del Perú–, con posterioridad decidió que aún así debía devolverse la causa al "juez más directo" incluso cuando ya se había señalado fecha para la celebración del juicio (auto del 15.11.1993). Véase: COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel, en GIMENO SENDRA, Vicente, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido; GARBERÍ LLOBREGAT, José: "Los procesos penales", Bosch, Barcelona, 2000, pp. 26-27.

podría responderse –en tesis implícitamente asumida por la legislación y jurisprudencia nacionales– que no es posible un tratamiento idéntico con la inviolabilidad y la inmunidad, en tanto el aforamiento incide en la determinación de la competencia objetiva y en el instituto del juez natural, vigente cuando se instituyó, de suerte que muchas veces por las dilaciones que sufre un proceso –que, por lo demás, es un dato externo a la institución del aforamiento– la propia prerrogativa quede vacía de contenido(40).

C. "La conexidad y acumulación de aforados y no aforados". La jurisprudencia del Supremo Tribunal ha venido rechazando la posibilidad de acumular las causas seguidas contra aforados y no aforados. Sustenta su posición en el hecho que no existe norma legal expresa que lo imponga –incluso los proyectos en ese sentido que en su día se gestaron no fueron aceptados– y, de otro lado, que como el aforamiento está circunscrito a un cargo funcional específico, no puede extenderse a terceros, que no gozan *ex contitutione* de la especial protección del antejuicio y, luego, del aforamiento. Otra tesis –acogida en una aislada, pero reciente, Ejecutoria Suprema N° 3515-2004, del 23.02.2005– es la que sostiene que en estos casos, el aforado arrastra la competencia, para todos, a la Corte Suprema, en virtud del principio de conexidad, recogido en el artículo 20° CPP; competencia que, desde luego, se dará cuando "(...) sea absolutamente inseparable el comportamiento indiciariamente delictivo del aforado y del no aforado [en cambio] no será necesaria la acumulación o tratamiento único cuando el no aforado llevó a cabo su comportamiento en lejanía, desde la perspectiva de los principios inspiradores de la conexión" (así, v. gr.: Auto del Tribunal Supremo español del 18.07.1995). Es evidente que la lógica restrictiva en orden a las competencias especiales del aforado preside la interpretación de los alcances de la institución; y, desde esa perspectiva, es posible sostener que no necesariamente debe propugnarse una acumulación ante la Corte Suprema de causas seguidas contra aforados y no aforados, aunque claro está si el hecho punible imputado, en su lógica esencial, es común a ambos, resultaría particularmente problemático separar las causas. El artículo 451° NCPP clausura la discusión de modo definitivo, al establecer la necesidad de acumulación, sin posibilidad de excepciones.

(40) Reparos a la jurisprudencia constitucional española son expuestos por MORENO CATENA, Víctor: "El proceso penal", Tirant lo blanch, Valencia, 2000, Vol. IV, p. 2883.

D. Doble grado de jurisdicción. Se estima, por un sector de la doctrina, a partir de una interpretación originalista de la Constitución, que el aforamiento, en virtud de la especial protección y particulares garantías que comporta –normalmente precedida de un procedimiento parlamentario de autorización del procesamiento penal y, en el caso peruano, no solo del antejuicio sino que el Juez Supremo debe aprobar la disposición de formalización de la investigación preparatoria– y por el hecho que el proceso es de conocimiento directo por el máximo tribunal de justicia (así, por ejemplo, STC de España 51/1985, del 10 de abril), constituye una razonable y compensada limitación al derecho de los declarados culpables a una instancia superior. Empero, ese no es el parecer de la legislación nacional, que desde siempre, aun cuando la causa se inicia en una Sala de la Corte Suprema, permite el recurso ante otra Sala de la misma Corte. Podemos coincidir en este punto con la posición del magistrado VIVES ANTÓN, del Tribunal Constitucional español, quien en sus votos en disidencia ha expuesto que no hay motivo razonable que justifique –ni norma constitucional que lo avale– que no habiendo excepcionado el respectivo artículo constitucional –que prevé el aforamiento– la doble instancia, se prive de la misma a los Altos Funcionarios (STC 22/1997, 11 de febrero; 64/2001, 17 de marzo)(41). Creemos que la esencia misma del doble grado de jurisdicción se respeta con el hecho que otra Sala de la Corte Suprema conozca del recurso; por razones obvias no es dable entender que el recurso debe ser conocido por una instancia superior, pues la sala de instancia es precisamente una de la Corte Suprema –sobre ella no existe órgano jurisdiccional alguno–, pero al ser otro el Colegiado revisor –independiente del anterior y, por cierto, conformado por jueces independientes integrantes de la carrera judicial– y

(41) Por lo demás, esa ha sido la interpretación del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su Dictamen del 15.11.2004, recaído en el asunto Terrón c. España. En el párr. 7.4. claramente indica: "Si bien la legislación del Estado Parte dispone en ciertas ocasiones que una persona en razón de su cargo sea juzgada por un tribunal de mayor jerarquía que el que naturalmente correspondería, esta circunstancia no puede por sí sola menoscabar el derecho del acusado a la revisión de su sentencia y condena por un Tribunal". Esa decisión, a su vez, no permite aceptar la tesis que el constituyente al constitucionalizar el aforamiento tenía presente el proceso vigente en esa época, que consagraba la instancia única [Cfr. PÉREZ MANZANO, Mercedes: "La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el fundamento del derecho a la doble instancia penal", en diario La Ley, Año XVII, N° 6566, lunes, 9 de octubre de 2006, p. 12 y nota 81, en http//:www.la ley.net/hdiario].

no existiendo ninguna distinción o límite a la amplitud del conocimiento de la Sala Revisora –que sería la propia de todo tribunal *ad quem*–, el derecho a pluralidad de la instancia queda salvaguardado(42).

4. OTROS ASPECTOS DE LA PERSECUCIÓN PENAL

1. ¿Qué se requiere para una persecución penal eficaz sin mengua de las garantías del imputado?, sobre todo en un estado de cosas en que está claro que las nuevas formas de corrupción son muy sutiles y envuelven la participación de varias personas con implicaciones políticas o el concurso de la delincuencia organizada. La respuesta requiere abarcar dos perspectivas: la orgánica y la funcional procesal.

La primera perspectiva, tiene que ver con el rol de la Contraloría General de la República, como órgano constitucional encargado de la supervisión de la ejecución presupuestal y la correcta utilización de los recursos públicos (STC N° 131-93-PA/TC, del 19.06.1997), así como con el papel del Ministerio Fiscal y la organización de la justicia: ¿justicia especializada con un ordenamiento jurídico singular? La opción que es de asumirse depende, desde luego, de las características concretas del sistema de justicia de cada país, del grado de fortaleza institucional del sistema judicial, y de las normas básicas que rigen su funcionamiento.

---

(42) El artículo 450°.7 NCPP 2004 estatuye que contra la sentencia emitida por la Sala Penal Especial Suprema –órgano de juzgamiento contra los Altos Funcionarios aforados– procede recurso de apelación, que conocerá la Sala Suprema que prevé la Ley Orgánica del Poder Judicial. El ACPP 1940 disponía en su artículo 17° que similar recurso –que denominaba 'recurso de nulidad' y que regía para todo el sistema procesal penal en su conjunto y que, en puridad, era un recurso ordinario similar al de apelación– procedía contra la sentencia emitida por ese órgano especial. El aludido recurso, en el sistema instaurado por el NCPP 2004 tiene las notas de operatividad de ser ordinario y de tener un carácter genérico en función a sus motivos, las mismas que posibilitan la doble instancia, cuyo ámbito es tendencialmente amplio en función de los poderes de revisión del Tribunal *ad quem* y a la actividad probatoria que puede realizarse en segunda instancia y a las características de la sentencia de vista [mayores referencias, DOIG DÍAZ, Yolanda, "El recurso de apelación contra sentencias", en El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales, CUBAS VILLANUEVA, Víctor; DOIG DÍAZ, Yolanda; QUISPE FARFÁN, Fany Soledad (Coordinadores), Palestra, Lima, 2005, pp. 549-563].

La segunda perspectiva está ligada a la incorporación de determinadas instituciones procesales, necesarias para garantizar eficacia en el resultado judicial. Son las denominadas "técnicas de investigación proactivas", en las que el principio constitucional de proporcionalidad de cara a su utilización debe ocupar un lugar central a tono con la gravedad y complejidad del acto corrupto, dado que en su concepción y aplicación están en juego dos intereses o bienes jurídicos de relevancia constitucional; de un lado, el interés general y, por otro, los derechos del imputado.

2. El rol de la Contraloría General de la República

1°. El artículo 82° de la Constitución[43] –siguiendo la tradición constitucional que se consolidó con la Ley Fundamental de 1933 y, a su vez, con las recomendaciones de la Comisión Kemmerer del Gobierno USA en el año 1930[44], fiel reflejo de la General Accounting Office / GAO creada por la Ley de Presupuesto y Contabilidad (*Budget and Accounting Act*) en el año 1921–, configura la Contraloría General de la República[45] como un

[43] El artículo 82° de la Constitución, siguiendo la tradición constitucional peruana desde la Constitución de 1933, continuada por la Constitución de 1979, prescribe lo siguiente: "La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control". El Tribunal Constitucional en su STC N° 350-1997-PA/TC enfatiza que el objeto del Sistema Nacional de Control es la de supervisar la correcta, útil, eficiente, económica y transparente utilización de los bienes y recursos públicos y el ejercicio de las funciones de los servidores y funcionarios públicos, en relación con los resultados obtenidos y al cumplimiento de las normas.

[44] Por recomendación del Banco de Reserva del Perú se propuso la venida de la Misión presidida por el profesor Edwin W. KEMMERER, catedrático de Economía de las Universidades de Cornell y Princeton, que había actuado en Bolivia, Chile, Ecuador y Colombia, para cooperar con la reforma monetaria y bancaria del país. Esta culminó su tarea en abril de 1931 y presentó once documentos, entre ellos un "proyecto de reorganización de la Contraloría General de la República". Es de aclarar, como apunta BASADRE GROMANN, Jorge, célebre historiador peruano, solo peruanos intervinieron en el establecimiento y organización de la Contraloría General de la República ["Contraloría General de la República: Cincuentenario 1930 - 1980", Lima, pp. 23-26].

[45] A diferencia del Tribunal de Cuentas –órgano colegiado, cuyos miembros gozan del estatuto de un magistrado judicial– la Contraloría General de la República es un órgano

órgano autónomo de derecho constitucional, y órgano superior del Sistema Nacional de Control, encargado –entre otras atribuciones– de supervigilar la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado(46). La supervisión, anota OCHOA CARDICH es el concepto clave en materia de competencias de la Contraloría General, el cual se distingue de la dirección por la titularidad del objeto, que está referida a asuntos ajenos, mientras que la dirección se refiere a cosas propias(47).

2°. Según los artículos 15° a), 7° y 10° de la Ley N° 27785 –Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de

unipersonal encargado de fiscalizar los ingresos y gastos del Estado, que ha sido adoptado, entre otros, por África del Sur, Australia, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Estados Unidos, India, Irlanda, Israel, México, Inglaterra y Venezuela. Además, sin perjuicio del control de legalidad de los actos de la administración, el énfasis en la creación y primeros desarrollos de las Contralorías fue el denominado "control de mérito o de auditoría" –evaluación de objetivos y costes del acto administrativo o verificación de la economicidad del acto del administrador, control del resultado– [ROQUE CITADINI, Antonio: El control externo de la administración pública, Ediciones Contraloría General de la República de Venezuela, Caracas, 1999, pp. 16-23].

(46) José PAREJA PAZ SOLDÁN, es enfático en sostener la influencia del modelo del "General Account Service" en la configuración de la Contraloría General de la República. Desde su creación mediante Decreto Supremo del 26.09.1929, luego consolidada por la Ley N° 6784, del 28.02.1930, como repartición administrativa integrante del Ministerio de Hacienda para asegurar el exacto cumplimiento de la Ley Orgánica del Presupuesto y de equilibrio fiscal, y su reconocimiento constitucional en la Carta Política de 1933, artículo 10°, y, luego, como órgano autónomo del Estado en las sucesivas leyes estatutarias que se dictaron –la Ley N° 14816, de enero de 1964, aun cuando a tono con la Constitución de 1933 la configuró como un "Organismo Especial", integró al Tribunal Mayor de Cuentas como un organismo integrante de su estructura funcional, que luego desapareció formalmente con la dación del Decreto Ley N° 19039, del 16.11.1971– es la institución encargada de auditar el funcionamiento financiero, de administración e inversión de recursos públicos, del Estado y de sus funcionarios, de incoar el procedimiento administrativo de reparos como consecuencia del Informe de Auditoría respectivo y de dictar en sede administrativa las sanciones que correspondan, así como también denunciar ante la autoridad penal "(...) en los casos en que como consecuencia de las acciones de control, se haya incurrido en delitos" (esta última atribución se consolidó con el Decreto Ley N° 21486, del 11.05.1976) ["Principios y funciones más importantes. Su evolución histórica en el Perú. Apreciación sobre su estructura orgánica y la labor cumplida". Contraloría General de la República: Cincuentenario 1930 - 1980, Ob. cit., pp. 153-158].

(47) OCHOA CARDICH, César, "La Contraloría y el sistema de designación del contralor", en AA.VV., "La Constitución comentada", Gaceta Jurídica, Lima, 2006, t. I, p. 1052.

la Republica, LOSNC/CGR–, esta atribución, de supervisión, vigilancia y verificación de la correcta gestión y utilización de los recursos y bienes del Estado, se incardina en lo que se denomina "Control Gubernamental", que se expresa a través de una "Acción de Control", por la cual el personal técnico –los auditores– de la CGR efectúa la verificación y evaluación de los actos y resultados producidos por la entidad en la gestión y ejecución de los recursos, bienes y operaciones institucionales.

3°. A su vez, la consecuencia de una acción de control es la emisión de un "Informe de Auditoría", que incluye el señalamiento de responsabilidades (artículo 10° *in fine* LOSNC/CGR). Este Informe, según el artículo 15° f) LOSNC/CGR, constituye "prueba preconstituida para el inicio de las acciones administrativas y/o legales que sean recomendadas en dichos Informes"[48].

4°. Los Informes de Auditoría están regulados por las denominadas "Normas de Auditoría Gubernamental - NAGU", aprobadas por Resolución de Contraloría N° 162-95-GC, del 22.09.1995, modificados por las Resoluciones de Contraloría N° 259-2000-CG, del 13.12.2000 y 012-2002-CG, del 21.01.2002, que regulan tanto las cualidades y calificaciones del auditor y la calidad de su trabajo, cuanto la ejecución del trabajo y la preparación del Informe. La Auditoría Gubernamental, según dicho Reglamento, es el examen objetivo de las operaciones financieras y/o administrativas, efectuado con posterioridad a su ejecución, en las entidades sujetas a control. Se denomina "examen especial" a la auditoría que puede comprender o combinar la auditoría financiera –si los estados financieros reflejan razonablemente su situación financiera– y con la auditoría de gestión –evaluación

[48] El régimen peruano en materia de control de la hacienda pública, desde luego, no sigue el modelo francés de la *Cour de Comptes* creado por Napoleón en 1807, que integra la Administración Pública; tampoco el sistema italiano de la *Corte di Conti* con funciones jurisdiccionales, independiente de los Poderes Ejecutivo y Legislativo. Si, en cambio, acoge el modelo anglonorteamericano, de Auditorías o Contralorías Generales, aunque el organismo en cuestión no depende del Congreso. La Contraloría General de la República aplica la técnica de la auditoría, planificando anualmente sus actividades y determinando qué programas, proyectos, organismos o entes deben ser auditados, con la característica adicional de la separación entre responsabilidad patrimonial y función de control [MABEL IVANEGA, Miriam, "Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad", Depalma, Buenos Aires, 2003, pp. 109-110].

del correcto uso de los recursos públicos–, así como el cumplimiento de los dispositivos legales aplicables. Los resultados se plasman en un informe.

5°. En el curso de un examen especial, conforme al artículo 4.50 NAGU, puede emitirse informes especiales, sin perjuicio de la continuación de la acción de control. El Informe de Auditoría se denomina "Informe Especial" cuando en la ejecución de la acción de control se evidencien indicios razonables de comisión de delito. Este Informe, que contiene una exposición ordenada y apropiada de los resultados de la acción de control, tiene una estructura estandarizada, de siete capítulos: introducción, fundamentos de hechos, fundamentos de derecho, identificación de partícipes en los hechos, pruebas, recomendación y anexos. Para estos efectos es de destacar el rubro V. Pruebas, y el rubro VII. Anexos. En el primer rubro los auditores deben identificar las pruebas en forma ordenada y detallada por cada hecho, refiriendo el anexo correspondiente en que se adjuntan, y adicionalmente se incluirá el Informe Técnico de los profesionales especializados que hubieren participado en apoyo de la Comisión Auditora, el cual deberá ser elaborado con observancia de las formalidades exigibles para cada profesión (ejemplo, tasación, informe de ingeniería, informe bromatológico, etc.). En el segundo rubro se incluyen las pruebas que sustentan los hechos.

6°. La Contraloría General de la República no es un órgano jurisdiccional, como sería el Tribunal de Cuentas en ciertos países de tradición eurocontinental en lo propiamente contable. No enjuicia la responsabilidad contable, que por lo demás tiene una naturaleza esencialmente resarcitoria o indemnizatoria, circunscrita al reintegro de las cantidades menoscabadas al erario público. La labor de la CGR se concentra en la fiscalización de la ejecución presupuestaria, de la actividad económica del Estado; y, como tal, solo exige –vía el procedimiento correspondiente ante las instancias respectivas– las responsabilidades administrativas, civiles y penales. Por tanto, la resolución de Contraloría que aprueba un Informe Especial y, en mérito a sus recomendaciones, remite el mismo al Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal correspondiente; no es un acto jurisdiccional.

7°. Esta conclusión allana, a su vez, la respuesta a varios problemas que anteriormente se han enunciado. Es de contemplar varios aspectos:

A. ¿Todo proceso penal seguido contra funcionarios públicos integrantes de una entidad sujeta a control por el Sistema Nacional de Control

–artículo 3°, LOSNC/CGR– (¡y lo son todos!), necesariamente, debe estar precedido de un Informe Especial?; esto es, si dicho Informe se erige en un requisito de procedibilidad, imprescindible para la promoción de la acción penal por el Fiscal.

La Fiscalía de la Nación ha dado respuesta negativa a ese dilema, mediante la Circular 004-95-MP-FNL, del 02.10.1995; aunque en la Circular N° 001-2204-MP-FN, del 08.01.2004, aceptando esa tesitura, se limitó a precisar que el Fiscal –ante una denuncia por supuesto mal uso de los recursos del Estado–, si se inició una acción de control, debe solicitar el Informe correspondiente a la CGR para incluirlo en su denuncia, y si no se ha iniciado una acción de control debe canalizar el apoyo de la CGR en su tarea investigadora vía Fiscalía de la Nación. El Informe Especial es, pues, parte de la investigación, es un elemento o actuación que debe incorporarse a las diligencias preliminares de la Fiscalía, pero no condiciona su iniciación ni necesariamente predetermina sus resultados.

Por otro lado, la Corte Suprema viene sosteniendo que la intervención de la Contraloría, y la consiguiente emisión del Informe Especial, no constituye prejudicialidad administrativa alguna. Así lo ha resuelto, de modo definitivo, en las Ejecutorias del 06.11.1996 y 17.07.1997, con antecedentes en fallos del 29.05.1939 y 12.12.1949. La LOSNC/GCR no impone como requisito de la persecución penal el Informe Especial, tampoco lo hace la Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público, N° 28112, del 28.11.2003, ni la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, N° 28411, del 08.12.2004. De igual modo, no lo exigen el ACPP 1940 ni el NCPP 2004.

B. El Informe Especial de la CGR no declara la existencia de la comisión de un delito, tampoco sanciona penalmente a los responsables ni habilita, por su mera expedición, la vía jurisdiccional. Solo imputa cargos e insta la intervención de la justicia. No declara responsabilidades ni determina resolutivamente que un acto concreto es ilegal, violatorio de la legislación presupuestal o contable. Por tanto, aun cuando esté en giro una acción de control, más allá de la emisión o no del Informe Especial, ello no impide la promoción de la acción penal por el Ministerio Público. Así lo ha declarado la Corte Suprema en la Ejecutoria del 06.03.1973.

C. ¿Es constitucionalmente legítimo que la ley pueda imponer límites a la promoción de la acción penal, es decir, que instituya un requisito de

procedibilidad como sería el Informe Especial de la CGR? La respuesta, sin duda, pasa por el cumplimiento del principio constitucional de proporcionalidad y del correcto entendimiento del artículo 159°.4) de la Ley Fundamental, que estipula que corresponde al Ministerio Público "conducir desde su inicio la investigación del delito".

En tal virtud, es cierto que si existe la sospecha de la comisión de una conducta delictiva ninguna norma ordinaria, de segundo orden, puede impedir e, incluso, limitar o atrasar, la intervención de la Fiscalía para investigarla como corresponde. Ello, desde luego, no impide que en atención a las especiales características de determinados delitos –diferencias objetivas y razonables– se impongan exigencias particulares o limitaciones para concretar el ejercicio de la acción penal –especialidad, adecuación y eficacia–, sin que ellas puedan impedir el acceso o la incoación de una investigación preliminar de la Fiscalía.

Es posible, entonces, que la ley, tratándose de delitos que atenten contra el patrimonio estatal o lesionen la legalidad presupuestal, pueda imponer de alguna manera la intervención de la CGR –sin convertir estos delitos en semipúblicos o semiprivados–, siempre y cuando esta tenga una cobertura efectiva en el control de la actividad económica del Estado, de suerte que no se propicie la impunidad ni se obstruya o retarde irrazonablemente la persecución de dichos delitos. Eso sí: la posible elaboración de un Informe Especial, no vinculante para la jurisdicción, debe ser consultado y sometido a la previa aprobación del Ministerio Público de cara a la promoción de la acción penal.

8°. Desde el punto de vista procesal, ¿cuál es la naturaleza jurídica del Informe Especial?

A. En principio, a efectos de la incoación del proceso penal, se trata, al igual que el atestado policial, de la formulación, documentada e investigada, de la noticia criminal. Por la evidente completitud de su contenido, en tanto realiza las normas de auditoría gubernamental, constituye una información legalmente suficiente para calificarla y, de ser el caso, promover la acción penal y dictar el auto de apertura de instrucción. Es posible, desde luego, que el Fiscal estime insuficiente o deficiente el Informe Especial y, por tanto, pueda abrir una investigación preliminar directa o bajo su conducción. Lo que no puede hacer el Fiscal es negar su contenido, repetir sus actuaciones

o señalar, sin más, que las evidencias o, mejor dicho "indicios procedimentales" que explique e incorpore el Informe Especial carecen de valor para instar la intervención de la jurisdicción penal. Este es el sentido, de cara a la iniciación del proceso penal, de la expresión consignada en el artículo 15° f) de la LOSNC/CGR, "(...) prueba preconstituida para el inicio de las acciones administrativas y/o legales que sean recomendadas (...)".

B. El Informe Especial, sin embargo, no solo puede calificarse de mera denuncia, dada la descripción de hechos delictivos, individualización de partícipes, detalle de evidencias e incorporación de elementos de convicción. Es algo más, tiene otras funciones o roles en el proceso penal, pero ¿cuál es su exacta naturaleza?, ¿es un dictamen pericial?, ¿cumple más funciones en el proceso penal?

C. El Informe Especial, según su propia estructura –contemplada en las NAGU–, y por su contenido tiene, adicionalmente, el carácter de una "pericia técnica"[49]. Ello es así porque el Informe Especial, amén de incorporar hechos a la causa, traduce aportes técnicos contables y de auditoría gubernamental –información, operaciones, procedimientos, análisis y conclusiones, que es lo que se denomina el acto pericial en sí, que a su vez se plasma en el informe o dictamen pericial– necesarios para conocer o apreciar los hechos objeto de la imputación por delitos contra la administración pública.

D. Además, desde el punto de vista de su clasificación interna, en el ámbito propiamente pericial, el Informe Especial es un dictamen pericial de carácter extraprocesal, pero –esta es su singularidad– actuada con pleno cumplimiento del principio de bilateralidad –supuesto de comunicación de hallazgos y oportunidad para comentarlos y aportar información de descargo (Ver: NAGU 3.60, e Instructivo aprobado por R.C. N° 112.97-

[49] La Corte Suprema, por ejemplo, tratándose del delito de peculado, en que se debe acreditar fehacientemente el acto de apropiación de utilización ilegal de caudales o efectos públicos, siempre en esa perspectiva de relación funcionarial específica entre el acto imputado y el ámbito funcional del encausado –que disponga de bienes públicos, haciéndolos suyos, que estaban bajo su poder por razones funcionales, que los aleje de las necesarias del servicio–, estima imprescindible la realización de una pericia institucional –Informe Especial de la CGR, que debe ir anexo a la denuncia formalizada del fiscal cuando el órgano de control había intervenido en un concreto organismo público– o, en su defecto, de una pericia contable (Ejecutoria del 24.07.2006, R.N. N° 1746-2006/Ucayali).

CG, del 20.6.1997)–. Este Informe constituye la base de la imputación y del proceso penal, por lo que se agrega necesariamente a los autos y es un anexo obligatorio de la denuncia formalizada del Fiscal.

E. Como es un informe pericial y, además, actuado por un órgano técnico del Estado legalmente habilitado para realizarlo –es más, único para hacerlo–, se trata de una pericia institucional u oficial(50).

F. Por la complejidad y laboriosidad de la Auditoría Gubernamental es un Informe que no se puede realizar en el juicio oral. Es de imposible reproducción en el juicio. En consecuencia, el examen pericial propiamente dicho, si el Informe Especial no ha sido cuestionado por las partes, controvirtiendo su validez o impugnando sus resultados, no requiere de dicho acto para su valoración por el Tribunal –se parte del entendido que en el proceso penal los hechos que deben ser objeto de prueba son los controvertidos–. La necesidad de su sometimiento a contradicción –sea a través de la ratificación exigida por el artículo 167° CPP o en el propio juicio oral conforme al artículo 259° CPP– está pues condicionado a lo anterior, aunque es de enfatizar que la regla básica sobre la práctica de la prueba pericial es que se desarrolle en el juicio oral mediante la comparecencia personal de los peritos ante la presencia inmediata del tribunal sentenciador y de las partes(51).

G. A partir de esa nota esencial es que resulta correcta la calificación de prueba preconstituida. Esta, como se sabe, es una prueba documental, que puede practicar una autoridad de investigación sobre hechos irrepetibles,

---

(50) La Corte Suprema, en la Ejecutoria del 07.12.2005, R.N. N° 3700-2005/Ucayali, señaló que el Informe Especial de la CGR es una pericia institucional preprocesal, que como tal debe valorarse, de suerte que es apta para enervar la presunción constitucional de inocencia; en iguales términos, la Ejecutoria del 16.02.2006, R.N. N° 2070-2005/Huancavelica. Similar carácter, por ejemplo, le ha otorgado al certificado médico legal expedido por los servicios de salud del Ministerio de Salud en delitos sexuales (Ejecutoria del 15.12.2006, R.N. N° 4408-2006/Lima), como del Instituto de Medicina Legal.

(51) Menciona, al respecto Víctor MORENO CATENA, que en esos casos la parte que considere inválida la pericia (el Informe Especial de la CGR), o que tenga interés en impugnar sus resultados, deberá solicitar la presencia de los peritos (de los Auditores Gubernamentales), a efectos de interrogarlos e intentar desvirtuar el informe rendido, pues si no lo hiciere, de alguna manera asume el resultado de la misma (así la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español en STS de 20.12.1995, 25.09.1992 y 01.12.1995). Véase "El proceso penal", Tirant lo blanch, Valencia, 2000, Vol. III, p. 2217.

que no pueden, a través de los medios de prueba ordinarios, ser trasladados al momento de realización de juicio oral. Por ello, dicha prueba tiene un carácter aseguratorio de los indicios y fuentes de prueba(52).

H. Lo expuesto significa, además, que tratándose de una pericia oficial o institucional no es del caso que el juez nombre dos peritos contadores para realizar una pericia contable sobre la base del Informe de Auditoría Gubernamental, para reiterar lo ya realizado. Es obvio, empero, que el Juez solo lo hará (1) por razones afectantes a la persona de los auditores gubernamentales –recusación fundada–; (2) por razones afectantes al procedimiento, concretada en la vulneración de alguna norma procedimental que lesiona el principio de contradicción causante de la anulación del Informe Pericial; y, (3) por razones afectantes al contenido del informe por estimar que la pericia ha sido realizada sin la adecuada corrección técnica.

I. Finalmente, como se señala en el artículo 4.50 NAGU, el Informe Especial también puede contener otras pericias técnicas para justificar sus conclusiones y operaciones de auditoría. Estas, por consiguiente, también tienen el carácter de tales y se someten, en lo pertinente, a las mismas reglas antes esbozadas.

3. Justicia Penal especializada y Fiscalía de la Nación

1° Dos aspectos que inciden en la organización de la justicia para la persecución de los delitos asociados a la corrupción, y en el papel que por imperio del artículo 41° de la Constitución debe cumplir la Fiscalía de la Nación en el delito de enriquecimiento ilícito.

(52) Apunta Manuel JAÉN VALLEJO, aprobando la STSE del 23.02.1989, con apoyo en el artículo 256° OPP alemán, que en esos casos solo es dable en el juicio oral –a menos que las partes insten la concurrencia de los peritos– la lectura del Informe Pericial, en virtud de su carácter preponderantemente documental, que no se basa en la percepción sensorial de una persona, sino que expresa el contenido de un pensamiento. La excepción a esa regla procederá cuando la prueba del hecho en un caso concreto se sustente en la aludida percepción sensorial de una persona, supuesto en que se requerirá su interrogatorio en el acto oral, sin perjuicio de reconocerse el derecho de las partes, no solo a solicitar la concurrencia de los peritos sino también a articular prueba en contrario (como sería la presentación de una pericia de parte) ["Tendencias actuales de la jurisprudencia penal española", Gráfica Horizonte, Lima, 2001, pp. 149-150].

Dada la complejidad del fenómeno de la corrupción –su realidad criminológica, de actuación compleja y especializada–, y la necesidad de conocer el funcionamiento de esta modalidad criminal, la especialización es aconsejable. El artículo 36° de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción propugna la configuración de órganos o personas especializadas en la lucha contra la corrupción.

El artículo 16° ACPP 1940 –modificado por el Decreto Legislativo N° 959, del 17.08.2004– y el artículo 24° NCPP 2004, tratándose de delitos especialmente graves o que tengan repercusión nacional o que sus efectos superen el ámbito de un Distrito Judicial o los cometidos por organizaciones delictivas, autoriza al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial –órgano de gobierno del Poder Judicial– a instituir un sistema específico de organización territorial y funcional.

Inicialmente, con motivo de la incoación de numerosos procesos penales por delitos de corrupción vinculados a los principales dirigentes del gobierno de Fujimori Fujimori, la Corte Superior de Lima, su órgano de gobierno, instituyó un subsistema penal para conocer de esos delitos. Esos órganos jurisdiccionales –Salas Penales y Juzgados Penales especializados– pasaron el examen de constitucionalidad. El Tribunal Constitucional rechazó tanto que se había vulnerado la garantía del juez ordinario predeterminado por la ley cuanto la legalidad de su propia creación por una decisión de gobierno interno[53]. En varias sentencias, entre ellas las STC Nos. 290-2002-HC/TC, del 06.01.2003; 1076-2003-HC/TC, del 09.06.2003; y, 1013-2003-HC/TC, del 20.06.2003, se precisó que la norma administrativa de creación estaba autorizada genéricamente por la Ley Orgánica del Poder Judicial y solo configuró una Subespecialidad penal dentro del propio ordenamiento judicial integrada por jueces preexistentes de la carrera judicial –no un nuevo orden jurisdiccional, que debía crearse por ley–, que la atribución competencial para el conocimiento de las causas antes indicadas se realizó sobre la base de criterios objetivos que además no vulneraron el derecho al juez imparcial ni la independencia judicial[54].

---

[53] Mayores referencias: SAN MARTÍN CASTRO, César: "Derecho Procesal Penal", 2ª ed., Grijley, Lima, 2003, T. I, pp. 153-158.

[54] Eduardo DARGENT destaca la eficacia de ese modelo de organización judicial en el caso peruano, en la que se invirtió en su fortalecimiento. En ese subsistema se incoaron

Es recomendable, por tanto, la estructuración de un subcircuito judicial, por lo menos, tendencialmente centralizado; y, dentro de él, para garantizar eficacia en la persecución del delito, la configuración de una Fiscalía Especializada de alcance nacional, dotada de suficientes recursos, con una organización policial de apoyo y con un cuerpo de peritos bajo su mando, sean propios o destacados por otras entidades públicas. La Fiscalía, a su vez, debe estar muy ligada al Sistema Nacional de Control, a la Superintendencia de Banca y Seguros, y a las Comisiones Parlamentarias de Fiscalización, así como tener la capacidad operativa de instituir equipos de investigación y de recolectar e interpretar adecuadamente información relevante para fundar su acusación.

2° El papel del Fiscal de la Nación, a raíz de lo dispuesto por el artículo 41° de la Constitución, que dice: "Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de tercero o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial", tiene una clara vocación de especialidad. Se le impone una obligación y marca en su actuación una conducta funcional específica para ese delito. Ahora bien, esa 'formulación de cargos', ¿afecta la competencia objetiva del Juez?, ¿constituye un requisito de procedibilidad?, ¿cuál es el rol del Fiscal de la Nación y su relación con el Sistema Nacional de Fiscales?

A. La Ley Orgánica del Ministerio Público, LOMP –Decreto Legislativo N° 52, del 10.03.1981– y el ACPP 1940, como regla general, no confiere a la máxima autoridad del Ministerio Público una intervención específica en determinados delitos. La persecución está encargada al conjunto de Fiscales que integran el Ministerio Público, y las directivas que podía emitir el Fiscal de la Nación solo tienen un ámbito general vinculado a la organización y al diseño estratégico de la actuación de la institución y del Sistema de Fiscales.

---

126 procesos con 1384 procesados, de los cuales 106 con mandato de detención, así como se recuperó 150.876.966,00 dólares americanos de cuentas en el extranjero, y se ha congelado 82.005.676,00 dólares americanos que están en vías de recuperación ["Juzgando a los señores. Reflexiones sobre los procesos anticorrupción en el Perú", en PORTOCARRERO S., Felipe (editor), "El pacto infame. Estudios sobre la corrupción en el Perú", Pontificia Universidad Católica del Perú / Universidad del Pacífico / Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2005, pp. 386-387].

Sin embargo, la citada Ley incorporó tres excepciones:

1) El artículo 80° LOMP prevé que si el Fiscal de la Nación, en el ejercicio de sus funciones, toma conocimiento de una conducta o hechos presumiblemente delictuosos, remitirá los documentos que lo acrediten, así como sus instrucciones al Fiscal Superior que corresponda, para que este, a su vez, lo transmita al Fiscal Provincial competente para que interponga la denuncia penal o abra la investigación policial previa que fuere procedente. Esta norma, de un lado, ratifica la exclusión de la Fiscalía de la Nación de las funciones típicas de persecución penal, pues ante la noticia de un hecho delictivo se limita a comunicar lo sucedido a la Fiscalía correspondiente, aunque –esto es lo significativo– tiene un poder de cursar instrucciones sobre cómo proceder, que por cierto pueden comprender la orden de promover la acción penal. En todo caso, la Fiscalía de la Nación no promueve directamente la acción penal, lo hace el Fiscal Provincial que corresponda.

2) El artículo 66°.4 y 5 LOMP lo autoriza a decidir el ejercicio de la acción penal contra los Jueces de primera y segunda instancia, y contra los Fiscales Provinciales y Superiores cuando, previa la investigación respectiva por la Fiscalía Suprema de Control Interno, advierta la comisión de delitos cometidos en su actuación funcional, a mérito de denuncia o queja del Ministro de Justicia, de una Junta de Fiscales o del agraviado, y del Presidente de la Corte Suprema. Desde luego, entre los delitos que importan la intervención de la Fiscalía están los asociados a la corrupción, como los de prevaricato y abuso de autoridad.

3) El artículo 66°.6 LOMP, norma anterior a la Constitución y, sin duda, fuente de la misma, prescribe que es atribución del Fiscal de la Nación: "Formular cargos, de oficio o por denuncia de cualquier persona, mediante la acción judicial que corresponda o la diligencia preparatoria pertinente, contra los funcionarios y servidores públicos que deban hacer declaración jurada de bienes y rentas por disposición legal o que administren o manejen fondos del Estado o de organismos sostenidos por él, cuando se presume enriquecimiento ilícito, ante el Juez o Tribunal competente (...)".

Salvo la primera excepción, y más allá de que en los dos últimos supuestos no se utilicen los mismos términos: en el primero, se dice 'decidir el ejercicio de la acción penal', y el segundo 'formular cargos mediante la

acción judicial que corresponda', es evidente que en ambos casos el Fiscal de la Nación debe concretar el hecho punible y al imputado, y sobre esa base ordenar que el Fiscal que corresponda, siguiendo su mandato, promueva la acción penal. Como la Ley, en estos casos, le atribuye una potestad de recibir denuncias y realizar las indagaciones preliminares correspondientes, es obvio que, en armonía con el encargo recibido, debe resolver lo que corresponda y si concluye que existe fundamento razonable para promover la acción penal debe ordenar hacerlo al Fiscal respectivo. Esa decisión, que se plasma en una resolución o, según el NCPP 2004, en una Disposición (vide artículos 122°.2 y 336°) ya importa un acto, inicial pero necesario, de promoción de la acción penal, que luego se perfeccionará con la denuncia formalizada o emisión de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria.

B. Las normas comentadas están dirigidas al Ministerio Público, en particular al Fiscal de la Nación; sus efectos se concentran a esa institución. No comprenden al órgano jurisdiccional, ni entrañan un supuesto de competencia material alternativo al común u ordinario, que por su relevancia constitucional debe ser dispuesto por norma expresa y claramente dirigida a alterar las reglas ordinarias de atribución competencial.

C. Siendo así, procesalmente está configurada como un presupuesto o impedimento procesal vinculado al acusador público. La promoción de la acción penal requiere de una decisión del Fiscal de la Nación, luego, si esta no se produce no es posible incoar un proceso penal ni que el órgano judicial se pronuncie sobre el fondo del asunto. Es pues un requisito de procedibilidad, cuyo incumplimiento origina una resolución judicial de inadmisión.

4. Técnicas de investigación proactivas. Aspectos generales

1° Como ya se anotó, la segunda perspectiva, esta vez de carácter funcional procesal, está ligada a la incorporación de determinadas instituciones procesales, necesarias para garantizar eficacia del resultado judicial contra los actos corruptos. Son las denominadas "técnicas de investigación proactivas", en las que el principio constitucional de proporcionalidad de cara a su utilización debe ocupar un lugar central a tono con la gravedad y complejidad del delito, dado que en su concepción y aplicación están en juego dos intereses o bienes jurídicos de relevancia constitucional; de un lado, el interés general y, de otro lado, los derechos del imputado.

2° Esencialmente las técnicas de investigación especiales se han concebido con el objetivo de superar problemas probatorios, radicados en la delincuencia organizada, a fin de acceder a la compleja estructura organizativa para obtener información. En tanto se está ante un aparato organizado de poder, uno de cuyos ejes de actuación es la distancia espacio-temporal entre órganos de ejecución directa y centro de decisiones, el denominado "hombre de atrás", resulta indispensable arbitrar técnicas nuevas e innovadoras.

(A) La CICC –artículo 40°– por ejemplo, ha previsto la limitación del "Secreto Bancario" a los efectos de identificar, rastrear, inmovilizar, confiscar y decomisar los bienes obtenidos o derivados de actos de corrupción, los bienes utilizados en la comisión de actos de corrupción, y los bienes producto de dichos bienes, aunque sin identificar las concretas técnicas especiales de investigación. En igual sentido lo ha hecho la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (artículo 60°).

(B) Otros mecanismos, reconocidos en el Derecho Comparado, dice ÜBERHOFEN, son: el testigo de la corona o la utilización de arrepentidos, la interceptación telefónica o acústica, y el agente encubierto. Estas instituciones, por su amplio e intenso efecto intervencionista sobre los derechos fundamentales, como es obvio, están vinculados a conductas graves y a la delincuencia organizada.

(C) También es de mencionar, en esa misma línea, la entrega vigilada. Así consta en el artículo 50° de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción. También la protección de denunciantes, así como de testigos y peritos (artículos 32° y 33°). La Convención Europea sobre blanqueado, rastreo, embargo y confiscación de los productos del crimen del 08.11.90, en su artículo 2°.2 prevé las órdenes de vigilancia de cuentas bancarias, la observación o interceptación de telecomunicaciones, el acceso a sistemas informáticos y las órdenes de elaboración de determinados documentos.

(D) El NCPP 2004 contempla como actuaciones denominadas, según el modelo italiano, "búsqueda de pruebas y restricción de derechos", el levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria (artículos 235°-236°), y la intervención de comunicaciones en un sentido amplio (artículos 230°-231°). También incorpora, como medida de coerción procesal la incautación de efectos provenientes del delito y de los instrumentos del mismo (artículos 316°-320°), al igual que reglas específicas respecto a

protección de órganos de prueba (artículos 247°-252°). Como "actos especiales de investigación" autoriza la circulación y entrega vigilada de bienes delictivos, y el agente encubierto (artículos 340° y 341°); y, por último, regula el proceso de colaboración eficaz para canalizar la información de los arrepentidos y otorgarles los beneficios premiales que correspondan (artículos 472°-481°).

5. El arrepentido

1°. Como explica PRITZL, la introducción de esa figura sería doblemente beneficiosa. Por un lado, quienes demuestren en forma fehaciente que están dispuestos a abandonar la corrupción practicada en el pasado, tendrían el aliciente de una disminución de la condena; por el otro, podrían tomar estado público informaciones internas más precisas acerca de la corrupción sistémica(55).

2°. Es de tener muy claro que no solo se trata de que las sanciones estén en función de los daños sociales del acto corrupto; del lado privado, a los beneficios obtenidos del acto corrupto; y, del lado de los funcionarios, a la cuantía del pago que recibe y a la probabilidad que se detecte. Hace falta, concurrentemente, que la autoridad pueda obtener pruebas relevantes, lo que se dificulta porque a menudo los partícipes son los únicos que conocen el trato corrupto; de suerte que los partícipes (premios jurídico-penales) o quienes conozcan del delito (recompensas) deben tener un incentivo para la denuncia(56). Son interesantes al respecto la "Ley de Denuncias Falsas"

(55) Rupert, F. J., PRITZL: "Corrupción y rentismo en América Latina", CIEDLA / Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2000, p. 347. Carlos Enrique EDWARDS, se muestra favorable a esta institución pues permite obtener información vital para desbaratar a una organización delictiva superior, de suerte que los premios que el arrepentido obtiene se le otorga a cambio de obtener información desde el interior de la organización delictiva, que de otro modo no se obtendría [El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada, Ad Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 32].

(56) Es interesante, al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España. Así, en la STS del 24.06.2004, declaró que la institución del arrepentido tiene una finalidad esencialmente práctica o utilitaria, consistente en conseguir la colaboración-delación de quienes, por dedicarse a determinado género de delincuencia, pueden contribuir a su debilitamiento; es decir, la razón de dicho tratamiento beneficioso o de benignidad es de pura política criminal, orientado a favorecer la lucha contra el delito ejecutado por delincuentes

USA, que fija recompensas a los denunciantes y protege de represalias a informadores del sector privado; y, la "Ley de Protección de denunciantes-confidentes" USA, que protege de represalias a los informadores dentro de las agencias gubernamentales.

3°. Según el análisis de Derecho comparado de ÜBERHOFEN, regulaciones en orden al denominado "testigo de la corona" para delitos de corrupción, en especial cohecho, existen en varios países (sin perjuicio del mundo anglosajón que constituyen una práctica general, China, Grecia, Colombia, Polonia, Portugal, Rusia, Eslovenia, España y Turquía), dictadas en el entendido de que se trata de figuras penales especialmente difíciles de descubrir, porque ambas partes carecen de interés en la publicidad. La legislación nacional, siguiendo el modelo colombiano, que se inspiró en la legislación de Puerto Rico, instituyó –como se anotó anteriormente– un proceso especial denominado de "colaboración eficaz" –artículos 472°-481° NCPP 2004–, en el que se contempla específicamente los delitos de concusión, peculado, corrupción de funcionarios(57).

4°. No obstante, como plantea HASSEMER, en una línea de prevención técnica, puede ser más beneficioso –por lo que es del caso instarlo decididamente–, de un lado, garantizar que las personas que lleguen a observar o experimentar algo que estiman sospecho de corrupción puedan denunciarlo confiadamente a un organismo idóneo; y, de otro lado, reconocer al órgano jurisdiccional la posibilidad de atenuar o prescindir de la pena si el autor intenta manifiestamente, dentro de sus posibilidades, reparar el daño, lo

organizados, articulados mediante una especie de arrepentimiento activo que, comenzando por el abandono voluntario de la actividad delictiva, continúe con la confesión de los hechos y finalice en colaboración eficaz. A ello hay que agregar, como señala Jacinto GARCÍA PÉREZ, que se trata de estimular las conductas de colaboración con la Administración de Justicia, tan escasas particularmente en esta clase de "asuntos" manejados por organizaciones que tienen capacidad para imponer comportamientos de sumisión y silencio a sus miembros y colaboradores ["El 'arrepentimiento' en los delitos de narcotráfico. Notas jurisprudenciales", en La Ley, Año XXVIII, N° 6702, viernes, 27 de abril de 2007].

(57) Pablo SÁNCHEZ VELARDE, reconoce que el procedimiento de colaboración eficaz responde a los fines de oportunidad y búsqueda de elementos de prueba en el esclarecimiento de delitos y de autores en el ámbito de la transacción penal, como un medio de lucha –no convencional– contra el crimen organizado, informado, entre otros principios, por los de eficacia, oportunidad y comprobación ["Manual de Derecho Procesal Penal", Idemsa, Lima, 2004, pp. 932-933].

que permite buscar la justicia material valorando la actitud del autor frente a su propio hecho.

5°. Los problemas que presenta el arrepentido están en función de las exigencias constitucionales de la prueba y al derecho de defensa. Básicamente, el arrepentido 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. Es importante, al respecto, la jurisprudencia del TEDH, que aceptó su legitimidad, aunque sin concederle valor de prueba autónoma, sino el de mero indicio procedimental para proceder por su intermedio como medio de investigación (SS de 06.09.78; de 27.09.90; y de 20.11.89). Es importante la STEDH de 06.04.2000, Asunto Labita *vs.* Italia, pues en el párrafo 157, amén de reconocer su eficacia en la lucha contra la mafia, precisa que tales declaraciones están abiertas a manipulaciones y a menudo se realizan para obtener ventajas de derecho material, o por venganzas personales; y, en el párrafo 158, impone la existencia de que las declaraciones de los arrepentidos deben corroborarse con otras pruebas, además los testimonios de oídas deben sustentarse en pruebas objetivas. Ese es el caso del NCPP 2004 que en el artículo 158°.2 estipuló que: "En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, solo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria".

6. El agente encubierto

1° El problema jurídico de estas técnicas, de reconocido valor, en tanto enderezadas a la eficacia de la investigación para la defensa de la sociedad frente al crimen organizado, tiene que ver igualmente con lo que puede significar para las garantías del acusado, concretamente su derecho a conocer la identidad de quien lo incrimina y poder interrogarlo. Esta técnica, que posibilita el otorgamiento y la utilización de una identidad supuesta a un policía, que puede mantenerse en el eventual proceso judicial posterior, se completa con el régimen de medidas de protección[58].

[58] El agente encubierto (*undercover agent*) es un funcionario de policía que realiza su labor de investigación ocultando su condición de agente estatal, infiltrándose en ocasiones

2° La jurisprudencia del TEDH, por un lado, ha declarado que las informaciones confidenciales tienen el carácter de indicios para proceder con ellos como medios de investigación, pero nunca como prueba, ya que limitan gravemente la defensa y con ello se viola el derecho a un proceso equitativo y al valor de convicción que para el Juez tiene el apreciar con sus propios ojos y sentidos, de forma inmediata, la globalidad del testimonio prestado en juicio y ante el público y el acusado, por el propio delator [Asuntos Kostovski, de 20.11.1989, y Windich de 27.09.1990].

3° Por otro lado, el TEDH en las sentencias recaídas en los Asuntos Delta *vs.* Holanda, 19.12.1990, y Lüidi *vs.* Suiza, 15.06.1992, reconoce la legitimidad de proteger testigos que puedan ser susceptibles de amenazas o represalias, a la vez que legitima el recurso a los infiltrados o informadores encubiertos. Igualmente admite que la identidad de tales testigos (solo nombres y apellidos) puede ocultarse durante el sumario, pero no en el plenario, aunque pueden declarar de modo oculto. La STEDH de 23.04.1997, recaída en el Asunto Van Mechlen y otros *vs.* Holanda, reconoce que los policías pueden ser objeto de protección garantizando su anonimato. El TEDH en el Asunto Doorson *vs.* Holanda –STEDH de 26.03.96– llegó a tolerar el anonimato del testigo, siempre que el abogado de la defensa pueda interrogarlo y tal testimonio no sea determinante para la condena. En la STEDH recaída en el Asunto Asch *vs.* Austria, del 26.04.1991, luego de sostener que la evidencia normalmente debía ser producida ante la presencia del acusado, en un juicio público, en el que aquel pudiera realizar las preguntas que considerara necesarias, y luego de expresar que no fue posible llevar a cabo dicha medida con el imputado y su

en la organización criminal, para lo cual podrá llegar a adoptar una identidad supuesta [DELGADO MARTÍN, Joaquín, "La criminalidad organizada", JM Bosch Editor, Barcelona, 2001, p. 47]. El Tribunal Federal suizo, por ejemplo, ha declarado que para que la intervención de un agente encubierto no constituya una amenaza para la vida privada, el individuo no necesita estar protegido por ciertas disposiciones tales como las que brindan protección contra las vigilancias secretas de las comunicaciones; el autor de un delito que no es de ninguna forma coaccionado, trata libremente con una persona de la cual ignora su calidad de policía, se encuentra en libertad para tomar sus decisiones, de forma tal que no sufre ningún ataque a una garantía constitucional; los ciudadanos no tienen ningún derecho a que los funcionarios de policía le anuncien que están vigilando la comisión de una infracción [vide MONTOYA, Mario Daniel: "Informantes y técnicas de investigación encubiertas", Ad Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 176].

defensor, resolvió que ello no privaba al acusado de un proceso justo por cuanto no fue la única evidencia en la cual se basó el juez para llegar a un fallo condenatorio, sino que también se tuvo en cuenta otras declaraciones y dos certificados médicos(59).

4° La STEDH, de 09.06.98, recaída en el Asunto Texeira de Castro *vs.* Portugal, señaló el cuidado que debe tenerse cuando se analiza la actuación de un "agente encubierto", que puede degenerar en un agente provocador, lo que está prohibido pues da lugar a un proceso penal no equitativo. Si la actividad de los policías no está controlada por un magistrado ni existe una investigación abierta o una operación de represión preestablecida, si no existen indicios procedimentales que permitan sospechar que el afectado está dedicado al delito por el que se interviene, si en su poder no se encontraron bienes delictivos ni adquirió más de lo decidido, si solo se examinó de una manera puramente pasiva la actividad del perjudicado y, por el contrario, se ejerció una influencia para incitarle a cometer el delito, el conjunto del procedimiento es violatorio del debido proceso.

(59) Aclara GIMENO SENDRA que cuando las partes soliciten conocer la identidad del agente encubierto, el Tribunal solo revelará la identidad falsa, con la que actuó en la investigación, nunca la verdadera ["Derecho procesal penal", Ob. cit., p. 472]. El anonimato es esencial por tres motivos: a) la seguridad del agente; b) su utilización *a posteriori* en otra investigación; y, c) la protección requerida en el caso en que se encuentra trabajando al tiempo de la citación, en aclarar otro caso, corriendo los riesgos correspondientes si aparece en juicio a declarar [MONTOYA, "Informantes y técnicas de investigación encubiertas", Ob. cit., pp. 177-178].

Persecución del delito tributario y derecho al silencio y a la no autoincriminación (*)

"El origen del proceso penal no está en la necesidad de la defensa social, sino en la necesidad de la defensa del Derecho".

GIUSEPPE BETTIOL (1)

SUMARIO: I. Introducción. II. La garantía procesal de defensa. III. Derecho Tributario y no autoincriminación.

I. INTRODUCCIÓN

§ 1. El delito tributario o fraude fiscal, según MUÑOZ CONDE, puede definirse como aquella conducta de un agente económico en virtud de la cual lesiona la Hacienda Pública, en concreto, la recaudación tributaria. El presupuesto de esta figura penal es la existencia de una determinada relación jurídica tributaria, de un sujeto activo, que es el obligado tributario –en estricto sentido, el contribuyente–, y de un sujeto pasivo, que es el titular

(*) Ponencia presentada al VIII Seminario Internacional de Derecho Constitucional y Derecho Tributario del Tribunal Constitucional de Bolivia.

(1) "Instituciones de Derecho Penal y Procesal", Ed. Bosch, Barcelona, 1977, p. 181.

de la Hacienda Pública, es decir, el Estado, las Municipalidades y, de existir, los gobiernos regionales y las demás instituciones autónomas del Estado[2].

La norma penal tributaria tutela, en consecuencia, la Hacienda Pública o el Erario público, que en rigor constituye un objeto jurídico de protección con una impronta patrimonial, pero definida desde la óptica de los intereses públicos, esto es, de intereses supraindividuales de carácter colectivo[3]. Se protege, en suma, como apunta MORENILLAS CUEVA, el proceso de recaudación de ingresos y de distribución de los mismos en el gasto público[4].

§ 2. El fundamento constitucional de la tutela penal tributaria se encuentra, sin duda, en el deber de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los servicios sociales (vid.: art. 18°.d) Const. Bolivia; art. 29°. 1 Declaración Universal de Derechos Humanos)[5]; deber que, desde luego,

---

[2] MUÑOZ CONDE, Francisco: "Derecho Penal - Parte Especial", 13° Edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001. pp. 991/992.

[3] MORALES PRATS, Fermín y otros [QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: Director]: "Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal", Ed. Aranzadi, Navarra, 1999. p. 755.

[4] MORENILLAS CUEVA, Lorenzo [COBO DEL ROSAL, Manuel: Coordinador]: "Derecho Penal Español –Parte Especial", Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 613. Es de recordar, como enseña FERREIRO LAPLATZA, que los tributos sirven, se utilizan, tienen por fin allegar recursos dinerarios al Estado y demás entes públicos para que éstos, utilizando estos recursos, gastándolos, pueden cubrir las necesidades públicas ["Curso de Derecho financiero español", 16° Edición. Marcial Pons. Madrid. 1994, p. 168]. En esa misma perspectiva. BRAMONT ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO postulan, siguiendo a BUSTOS RAMÍREZ, que el bien jurídico tutelado es el proceso de recaudación de ingresos y de distribución o redistribución de los egresos ["Manual de Derecho Penal - Parte Especial", 3ra. Edición, Ed. San Marcos, Lima, 1997, p. 476].

[5] Más precisa es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, cuyo artículo 36° estipula: "Toda persona tiene el deber de pagar los impuestos establecidos por la Ley para el sostenimiento de los servicios públicos". El establecimiento no sólo de derechos sino también de deberes de las personas frente a la sociedad, señala RUBIO CORREA, Marcial, es una labor normativa importante porque educa al ciudadano en el respeto a la sociedad de la que tiene derechos, y lo acostumbra a ver no sólo beneficios sino también cargas y responsabilidades; importancia que también se resalta porque la jurisprudencia tendrá siempre elementos de juicio adicionales para fundamentar responsabilidades bajo forma de principios allí donde las normas de detalle no han considerado todas las limitaciones que puedan establecerse a los excesos de la conducta humana ["Estudio de la Constitución Política de 1993", Tomo 2, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1999. p. 410].

está sometido a los principios constitucionales de generalidad, igualdad y de capacidad económica[6], así como de no confiscatoriedad[7]. La existencia de una relación jurídico - tributaria[8] es lo que, a final de cuentas, legitima la criminalización de conductas que atentan contra la Hacienda Pública, en tanto que la limitación de un derecho fundamental a título de pena se sustenta a su vez en la lesión o puesta en peligro de un interés constitucio-

---

[6] Como apunta FERREIRO LAPATZA, los primeros principios, íntimamente ligados, importan que todos deben soportar las cargas tributarias y todos son iguales a la hora de contribuir al sostenimiento del Estado, los cuales a su vez se matizan con el tercer principio, el de capacidad económica, que es una forma de entender la generalidad y la igualdad tributarias, pues todos deben aportar en función a su capacidad contributiva, a su riqueza o ingresos ["Curso de derecho financiero español", Ob. Cit., pp. 327/328]. Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que el principio de igualdad en materia tributaria o, lo que es lo mismo, el principio de capacidad contributiva, exige que el reparto de los tributos ha de realizarse de forma tal que se trate igual a los iguales y desigual a los desiguales, por lo que las cargas tributarias han de recaer, en principio, donde exista riqueza que pueda ser gravada, lo que evidentemente implica que se tenga en consideración la capacidad personal o patrimonial de los contribuyentes (STC del 19.12.2003, Asunto Compañía Minera Caudalosa S.A. vs. SUNAT, Exp. N° 2727-2002-AA/TC).

[7] Según nuestro Tribunal Constitucional, en doctrina sentada en la misma STC N° 2727-2002-AA/TC, este principio –que es un concepto jurídico indeterminado– informa y limita el ejercicio de la potestad tributaria estatal y, como tal, constituye un mecanismo de defensa de ciertos derechos constitucionales, empezando, desde luego, por el derecho de propiedad, ya que evita que la ley tributaria pueda afectar irrazonablemente y desproporcionadamente la esfera patrimonial de las personas. Asimismo, se encuentra directamente conectado con el derecho de igualdad en materia tributaria o, lo que es lo mismo, con el principio de capacidad contributiva. En la consideración de si un impuesto es confiscatorio –que es un principio estructural de la Constitución Tributaria–, apunta RUBIO CORREA, intervienen no sólo el valor del bien, sino también otros asuntos referidos a la política fiscal e, incluso, a la política social; asimismo, no sólo es de fijarse únicamente en la tasa del tributo sino en todos los aspectos de su operación y aplicación ["Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional", Ed. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2005, pp. 212 y 220].

[8] Explica BRAVO ARTEAGA que la obligación tributaria –entendida como una relación jurídica, nacida de la ley y que consiste en una prestación de dar, a favor del Estado y a cargo de un particular con el fin de atender a las cargas públicas– generalmente no se encuentra aislada, sino que se presenta acompañada de un conjunto de deberes, generalmente de hacer o de no hacer, que tienen por objeto asegurar el cumplimiento de la obligación tributaria principal. Este conjunto de deberes que enmarca la obligación tributaria y esta misma reciben el nombre de relación jurídico-tributaria ["Nociones fundamentales de Derecho Tributario", 3ra. Edición, Legis, Bogotá, 2002, p. 191].

nalmente relevante[9]. Desde el principio constitucional de proporcionalidad puede decirse llanamente que la Hacienda Pública precisa de la protección penal, por ser digna de protección, susceptible de protección y necesitada de protección, siempre que se entienda –y se regule en su consecuencia– que la criminalización sólo debe incidir respecto de los más graves y más intolerables ataques a ella"[10].

§ 3. El "poder tributario", como apunta GARCÍA RADA, es el medio legal para que la Administración dicte decisiones con la finalidad de satisfacer las necesidades materiales de la sociedad, a cuyo efecto impone tributos y hace cumplirlos mediante la adecuada recaudación de los mismos[11].

A partir de la noción de "poder tributario", *(i)* se reconoce a la Administración la potestad de cuidar que los ciudadanos paguen los tributos[12] creados por la Ley, para lo cual se habilitan instituciones y procedimientos destinados a tutelar el debido cumplimiento de las obligaciones tributarias[13]. Asimismo,

---

[9] El sector mayoritario de la doctrina penalista considera que la legitimidad del Derecho penal descansa en la idea de protección de bienes jurídicos –la dañosidad social de las conductas, se afirma, traduce el subprincipio de necesidad que integra a su vez el principio constitucional de proporcionalidad–, Cfr.: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros: "Lecciones de Derecho penal - Parte General", Ed. Praxis, Barcelona, 1996, p. 48. Empero, puede decirse –siguiendo a BACIGALUPO ZAPATER, Enrique– que lo que en verdad limita al *ius puniendi* estatal son los valores superiores del ordenamiento jurídico: dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, que en rigor las normas jurídicas son el objeto de protección de las normas penales, y que los límites del legislador para la creación de tales normas están marcados, a lo ya expuesto, por los derechos fundamentales que derivan del orden político constitucional ["Derecho Penal - Parte General", Ara Editores, Lima, 2004, pp. 42/44].

[10] Por todos: COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomas: "Derecho Penal - Parte General", 5ta. Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 86/87.

[11] GARCÍA RADA, Domingo: "El delito Tributario". Talleres Gráficos Villanueva, Lima. 1975, p. 23.

[12] El "tributo" puede definirse, al decir de JARACH, Diño, como aquella prestación pecuniaria, objeto de una relación cuya fuente es la ley, entre dos sujetos, de un lado el que tiene derecho a exigir la prestación, el acreedor del tributo, es decir, el Estado o la otra entidad pública que efectivamente, por virtud de una ley positiva, posee ese derecho, y de otro lado el deudor, o los deudores, que están obligados a cumplir la prestación pecuniaria [ROBLES MORENO, Carmen del Pilar Y OTROS: "Código Tributario - Doctrina y Comentario", Pacífico Editores, Lima, 2005, p. 25].

[13] La "obligación tributaria" se define, en palabras de MABARACK CARECEDO, como el vínculo de derecho en virtud que se establece entre el fisco y el contribuyente, mediante el cual

(ii) se instituyen infracciones tributarias sancionables por la Administración Tributaria y, además, se crean delitos perseguidos y sancionados por el Orden Jurisdiccional Penal del Estado[14].

§ 4. Los procedimientos tributarios que es posible identificar, en tanto facultad de la Administración Tributaria para la consecución de sus fines, son los de fiscalización o inspección y los sancionatorios. El primero, está constituido por un conjunto de actuaciones respecto de una persona natural o jurídica, a los efectos de verificar si en relación a ella se produjo algún hecho imponible, y de haber ocurrido, si cumplió oportuna y adecuadamente con la obligación a su cargo; incluye las potestades de inspección, investigación y control del cumplimiento de las obligaciones tributarias[15].

El segundo procedimiento, está constituido por aquellas actuaciones tendentes a la imposición de una sanción por haber incurrido el deudor tributario en una infracción tributaria.

Una nota característica del procedimiento tributario, en lo atinente al ámbito de las obligaciones –o, mejor dicho, deberes– formales de los administrados[16], es *(i)* la de presentar o exhibir, en los marcos de los

éste debe entregar al fisco una suma de dinero u otros bienes con valor económico, en la forma y términos previstos por la ley. [Derecho Financiero Público, McGRAW-HILL, México, 1996, p. 130].

[14] Esto sólo expresa la configuración del denominado "Estado vigilante", que genera diversas vías de control administrativo preventivo, entre las que desempeña un papel esencial la actuación de vigilancia o inspección, constitutivo del llamado "modelo de la inspección", que iniciado en el ámbito tributario se ha difundido con cierta rapidez en ámbitos como el de las condiciones de trabajo y de seguridad social, la seguridad industrial y, ahora, el del medio ambiente, los riesgos laborales. Una nota característica de este modelo es que la "relación de inspección" genera deberes de colaboración –pasiva y activa– en el ciudadano que se ve integrado en ella, quien no sólo se ve obligado a soportar (colaboración pasiva) que el proceso de obtención de datos implique injerencias en su esfera jurídica. También se ve obligado a proporcionar él mismo los datos necesarios para la inspección (colaboración activa) mediante la entrega de documentos o actuaciones análogas, y cuya infracción no sólo es sancionable administrativamente, sino que incluso pasa a sancionarse penalmente que puede derivar en una pena privativa de libertad [Cfr.: SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA: Hacia el Derecho penal del "Estado de la Prevención". En. ¿Liberad económica o fraudes punibles? (SILVA SÁNCHEZ, Director) Marcial Pons. Madrid, 2003 , pp. 313/318].

[15] BRAVO CUCCI, Jorge Antonio; VILLANUEVA GUTIÉRREZ, Walter: "Código Tributario - Doctrina y Comentario", Ob. Cit., p. 248.

[16] Explica SANABRIA ORTIZ que las obligaciones tributarias pueden ser sustanciales: pagar la deuda tributaria, y formales, que son aquellas que contribuyen a facilitar la interrelación

procedimientos de fiscalización, informes, libros de actas, registros y libros contables y demás documentos relacionados con hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias; así como (ii) el deber de proporcionar a la Administración Tributaria la información que ésta requiera, o la que ordenen las normas tributarias, sobre las actividades del deudor tributario o de terceros con los que guarden relación (v.gr.: art. 87°. 5 y 6 del Código Tributario del Perú)(17). El incumplimiento de ambos deberes tributarios constituye infracción administrativa de carácter formal –como tal, es de carácter objetivo y no causa perjuicio económico aunque sí impide el correcto desenvolvimiento del Fisco– y es sancionada, entre otras, con multa (v.gr.: arts. 172°.5 , 177° y 180° del Código Tributario del Perú)(18).

§ 5. Sin embargo, un posible conflicto con este deber de colaboración del contribuyente con la Administración Tributaria en los marcos de un procedimiento tributario se encuentra en el derecho fundamental de toda persona "a no ser obligado a declarar contra si mismo ni a declararse culpable" (vid.: art. 8º.2.g) de la Convención Americana de Derechos Humanos)(19). Corresponde, pues, dilucidar el ámbito estricto de este derecho

---

tributaria ["Derecho Tributario e Ilícitos Tributarios", 4ta. Edición, Ed. Gráfica Horizonte, Lima, 1999, p. 267]. Las últimas, que BRAVO ARTEAGA, como hemos anotado, califica de deberes tributarios, pueden existir sin que necesariamente exista la obligación principal, por lo cual se puede decir que tienen una existencia jurídica autónoma, aunque naturalmente la razón de ser de su establecimiento en la ley no es otra que la de determinar si la obligación tributaria existe o no y la de buscar su cumplimiento en caso de que se configure [Ob. Cit., p. 194].

(17) Estas últimas constituyen "obligaciones formales de carácter activo", de hacer. A través de ella se busca afirmar el poder de la Administración "...para solicitar la información que precise sobre la obligación tributaria del contribuyente o de un tercero sobre el cual el contribuyente disponga razonablemente de información" [SANABRIA ORTIZ, Rubén: Ob. Cit., pp. 272].

(18) Los deberes tributarios tienen un carácter esencialmente instrumental, pues tienen una función de facilitar al Fiscal la investigación tributaria, así como producir un acto administrativo concreto que declare la existencia de dicha obligación y realizar las actuaciones recaudatorias necesarias para la percepción de los tributos. Los deberes aquí destacados están vinculados a la investigación y a la recaudación: en el primer ámbito se encuentra el deber de suministrar información ocasional, y en el segundo el deber de dar respuesta a requerimientos y emplazamientos [BRAVO ARTEAGA, Juan Rafael: Ob. Cit., pp. 196/199].

(19) El artículo 14° de la Const. de Bolivia señala, como garantías de la persona, entre otras, que no se la podrá "...obligar a declarar contra si mismo en materia penal, o contra sus parientes consanguíneos hasta el cuarto grado de inclusive, o sus afines hasta el segundo, de acuerdo al cómputo civil". Un punto a dilucidar es el alcance de esa expre-

fundamental y correlacionarlo adecuadamente con el deber de colaboración del contribuyente con la Administración Tributaria, así como determinar si en caso de colisión la evidencia obtenida de esa forma debe o no ser excluida por inconstitucional, es decir, si se trata de una prueba de valoración prohibida.

II. LA GARANTÍA PROCESAL DE DEFENSA

§ 6. Tanto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en concreto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP– y la Convención Americana de Derechos Humanos –CADH–, cuanto las Constituciones de los Estados reconocen la "defensa en juicio" como una institución imprescindible de la propia noción de proceso, sin la cual no puede haber proceso jurisdiccional[20]; está, al decir de RAMOS MÉNDEZ, íntimamente ligada con la de igualdad de las partes y respeto de la audiencia y contradicción bilateral[21]. Apunta al respecto SCHLÜCHTER que la defensa, o "audiencia" en términos más amplios, expresa el respeto del ordenamiento jurídico ante la dignidad del hombre en un sentido muy profundo y, además, favorece a otro fin procesal que consiste en evitar las decisiones injustas[22].

§ 7. La defensa, sin embargo, se expresa tanto como derecho individual de una parte procesal cuanto como una garantía objetiva. La defensa es, en suma, un derecho fundamental y, como tal, tiene un doble carácter

---

sión al no mencionar expresamente el derecho al silencio y a no declararse culpable, para lo cual –en todo caso– debe tenerse presente tanto la norma convencional americana ya citada cuanto el literal g) del apartado tres del artículo 14° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP–, que estipula que una garantía procesal mínima es que toda persona acusada de un delito tiene el derecho a la garantía de "...no ser obligada a declarar contra si mismo ni a confesarse culpable".

[20] El artículo 16° de la Const. de Bolivia, como garantías de la persona –integrante del Título Segundo de la misma– reconoce en su apartado II: "El derecho de la persona en juicio es inviolable". Por su parte, la Constitución del Perú –en términos equivalentes– en el Capítulo VIII 'Poder Judicial', y bajo el rubro principios y derechos de la función jurisdiccional previsto en el artículo 139°, prescribe en el apartado 14°: "El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso".

[21] RAMOS MÉNDEZ, Francisco: "El sistema procesal español", J.M. Bosch, Barcelona. 2000. p. 44.

[22] SCHLÜCHTER, Ellen: "Derecho Procesal Penal", 2da. Edición reelaborada, Ed. Tirant lo Blandí 1999, p. 10.

o función: a la vez que un derecho individual, es un elemento esencial del ordenamiento jurídico, funciona como una garantía del derecho objetivo(23). Señala, al respecto, CAROCCA PÉREZ que la dimensión subjetiva de la defensa no la agota, pues debe resaltarse su perfil objetivo o institucional, aspecto que permite considerarla como un verdadero requisito para la validez de un proceso, es decir, como una "garantía" de la configuración del propio juicio jurisdiccional válido, de actuación de las partes; es concebida como una garantía fundamental de toda estructura jurídica que mereciera el nombre de tal, que a su vez puede ser conculcada tanto por omisión del legislador como por el juez que tramita un proceso concreto(24).

§ 8. Lo importante de este modo de abordar la defensa es su consideración de "garantía constitucional", a los efectos de resaltar su calidad de medio para asegurar, para lograr con seguridad o certidumbre, un determinado fin. La noción "garantía" destaca la idea de protección jurisdiccional de la persona, de exigencia de la observancia –de grado de cumplimiento– por los poderes públicos de ese ámbito jurídico reservado a la persona humana(25).

---

(23) La doctrina constitucionalista peruana, que sigue la española y ésta a la alemana, asume dicha concepción. CASTILLO CÓRDOVA apunta que "...todos los derechos fundamentales cuentan con un doble ámbito en su contenido constitucionalmente protegido, uno subjetivo que contiene todas las facultades de acción que el derecho reserva a su titular y que por tanto exige la abstención por parte del poder público; y otro objetivo o institucional que contiene la obligación del poder público de realizar acciones positivas necesarias a fin de lograr el pleno ejercicio y la plena eficacia de los derechos fundamentales en el plano de la realidad'. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional Peruano en la STC del 16.4.2003, N° 2050-2002-AA/TC. ["Elementos de una teoría general de los Derechos Fundamentales", Ara Editores, Lima, 2003, p. 157].

(24) CAROCCA PÉREZ, Alex: Garantía constitucional de la defensa procesal, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1998, pp. 22/23. ANDRÉS IBAÑES, Perfecto, en esa misma línea, nos dice que una garantía es 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 ["La función de las garantías en la actividad probatoria". En: AA.VV: Valoración de la prueba, F&G Editores, Guatemala, 1996, p. 78].

(25) CAROCCA PÉREZ, Alex: Ob. Cit., pp. 62/63. Sostiene, al respecto, RAMOS MÉNDEZ, Francisco, que la Constitución ha fijado valores mínimos del sistema jurídico; que éstos son los parámetros homologables que ha de cumplir para ser aceptado como tal y para que se preste el servicio que se espera: que a estos valores con proyección en todos y

Por su propia configuración la defensa procesal es de concebirse como garantía genérica. Toda garantía genérica guía el desenvolvimiento de la actividad procesal y, siguiendo a RAMOS MÉNDEZ, se proyecta en bloque en todo el ámbito procesal penal, así como son expansivas y polivalentes, pues una misma garantía tanto se la encuentra en una fase del proceso como en otra(26). La defensa puede entenderse, entonces, no sólo como un derecho del imputado - acusado –también se entiende que alcanza a otras personas que pueden intervenir en el procedimiento penal, y no sólo en ese ámbito–, sino algo más; para el órgano jurisdiccional la presencia del acusado es un deber y para éste es un derecho no renunciable. Asimismo, despliega su eficacia a partir del momento en que pueda entenderse que existe imputación, sea formal o no, contra una persona determinada(27).

§ 9. MAIER, por ejemplo, plantea una noción amplia de defensa, absolutamente pertinente a nuestro objetivo. Nos dice que "comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él y la de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o atenúa (...) esas actividades pueden sintetizarse en (i) la facultad de ser oído, (ii) la de controlar la prueba de cargo que podrá utilizarse válidamente en la sentencia, (iii) la de probar los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal, y (iv) la de valorar la prueba producida y exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable según su posición"(28).

Desde esta perspectiva es posible identificar los derechos que a su vez integran la garantía de defensa en juicio. Como enseña GIMENO SENDRA,

---

cada uno de los elementos del sistema procesal se les denomina garantías constitucionales; que esta denominación, preferible a la de "principios". pues pone su acento en el grado de cumplimiento y no en la mera enunciación: que las garantías están ahí para exigir su observancia, son algo cuya verificación es permanentemente controlable, y como tal dan cobertura a todo el sistema de tutela ["El sistema procesal español", Ob. Cit., pp. 31/32].

(26) RAMOS MÉNDEZ, Francisco: El proceso penal. Tercera lectura constitucional. J.M. Bosch. Barcelona, 1993, p. 9.

(27) MONTERO AROCA, Juan y otros: "Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal", 12da Edición. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004, p. 29.

(28) MAIER, Julio B.J.: "Derecho Procesal Penal". Tomo I, 2da. Edición, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 547.

el presupuesto básico de la defensa es el "derecho de audiencia", a partir del cual se instituye la contradicción procesal, para la que a su vez es imprescindible conocer la acusación formulada contra el imputado; y, el adecuado ejercicio de la defensa se traduce en una serie de derechos instrumentales, también de rango constitucional: *(i)* derecho de asistencia de abogado; *(ii)* derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes; y, *(iii)* derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable[29].

§ 10. Si bien el imputado-acusado tiene la obligación de comparecer cuantas veces sea citado por el órgano jurisdiccional, lo que sencillamente expresa el propio estado de sujeción al proceso que le es impuesto por imperativo legal, en cambio no tiene la obligación de declarar ni en el procedimiento preliminar ni en el juicio oral[30]. Naturalmente, acota MONTERO AROCA, si esa obligación no existe no cabe hablar de declarar contra sí mismo o de confesarse culpable, con lo que se configura –desde el punto de vista positivo– el derecho a guardar silencio, a partir del cual deben reinterpretarse muchas normas de la Ley procesal penal, y del que debe ser informado el imputado-acusado[31].

---

[29] GIMENO SENDRA, VICENTE: "Derecho Procesal Penal", 1ra. Edición, Colex, Madrid, 2004, p. 205. El derecho al silencio, afirma QUISPE FARFÁN, FANNY, requiere, necesariamente, de la información al imputado de que goza de este derecho, a fin de que pueda hacerlo valer; este derecho de advertencia constituye uno de los principales mecanismos de protección del derecho a la no incriminación, es un presupuesto esencial para el ejercicio del *ius tacendi*, en tanto que cumpliendo una función informativa, va a permitir la elección del tipo de comportamiento ["La libertad de declarar y el derecho a la no incriminación", Ed. Palestra, Lima, 2002, pp. 58 y 98].

[30] En un Código acusatorio la declaración del imputado –con mayor precisión, la primera declaración del imputado, que suele denominarse en los Códigos pasados "indagatoria" o "instructiva"–, expone CAFFERATA NORES, "...es una oportunidad para que aquél ejercite su defensa material. Es un medio de defensa y no un medio de prueba. Existe la indagatoria, no para que el imputado confiese, no para lograr pruebas en su contra, sino para que (finalidad totalmente opuesta) pueda ejercitar su defensa material. Claro que si éste quiere confesar el delito, podrá hacerlo, pero esta confesión no es el fin de la indagatoria. Sería una especie de resultado casual, permitido pero no buscado por la ley" ["El Imputado", Ed. Marcos Lerner, Editora Córdova, 1982. p. 192]. Esta consideración de que la declaración del imputado tiene su naturaleza primera y fundamental de servir a su autodefensa material, no obsta, apunta VÁSQUEZ SOTELO, a que se le considere como fuente o medio de prueba y especialmente si se resalta desde la óptica del juez, en tanto que proporciona al juez, según FENECH, elementos para formar su convencimiento sobre la verdad de los hechos que han de servir de fundamento a su decisión ["Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal", J.M. Bosch. Barcelona. 1984, pp. 111 y 116].

[31] MONTERO AROCA, Juan y otros: "Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal", Ob. Cit. p. 35.

Acota, al respecto, Albín ESER que el *privilege against self-incrimination*, que surge del movimiento de reforma inglés, es un aspecto parcial de la libertad de declaración del inculpado; que la libertad, como se sabe, tiene dos aspectos: uno negativo, el derecho de no declarar, para no tener que imputarse a sí mismo; otro positivo, el derecho de declarar, para poder descargarse de la sospecha, a través de la defensa activa; y, que este reconocimiento de no declarar, a su vez, presupone que el procedimiento penal no puede ser la búsqueda de la verdad a cualquier precio, sino la prueba de culpabilidad del autor, respetando su dignidad humana(32).

§ 11. El derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable, que algún autor engloba en el derecho a no autoincriminarse(33) es calificado propiamente de un derecho de "autodefensa", nacido como garantía del individuo frente al poder del Estado(34). Señala FAYOS GARDO que se trata de un derecho que da la posibilidad a cualquier persona que es objeto de inculpación a defenderse, no actuando contra sí mismo si no lo desea y por lo tanto permaneciendo callada y no admitiendo ni los hechos ni el derecho derivado de los mismos que se le imputa; este derecho imposibilita que nadie pueda ser obligado a actuar en contra suya y, sobre todo,

(32) ESER, Albín: "Temas de Derecho penal y Procesal penal", Ed. IDEMSA, Lima, 1998, pp. 21/22. La prohibición de la autoincriminación constituye, por su propia naturaleza, nos dice KIRSCH, Stefan, un derecho de la personalidad de alto valor constitucional, cuya justificación se halla, invocando a HEGEL, en el pensamiento de que es un derecho natural de toda persona ocultar las propias faltas, sin que puede exigírsele que menoscabe su propia esfera jurídica mediante la manifestación de alguna de ellas [¿Derecho a no autoinculpase? En: La insostenible situación del Derecho penal, Ed. Comares, Granada, 2000, p. 253]. El gran problema, desde luego, es la delimitación del campo de aplicación de este principio.

(33) Tiene expuesto el Tribunal Constitucional peruano que todo procesado goza del derecho fundamental a la no autoincriminación una de cuyas manifestaciones incluso autoriza al inculpado a guardar un absoluto silencio y la más imperturbable pasividad durante el proceso, en el correcto supuesto de que debe ser la parte acusadora la encargada de desvanecer la inocencia presunta (STC del 14.4.2003, Asunto Renán Alegre de la Cruz, Exp. N° 719-2003-HC/TC. párr. 6).

(34) El reconocimiento de este derecho, y su positivización, apunta FENECH NAVARRO, responde a la necesidad histórica de expulsar de nuestro ordenamiento la vigencia de las máximas *confessio est regina probationum* y *confessus pro convicto habetur*, de manera que, adelanta HUERTAS MARÍN, la confesión dejara de ser un objetivo ineludible a alcanzar por el órgano judicial y al tiempo perdiera el peso específico de que había gozado anteriormente ["El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba", J.M. Bosch, Barcelona, 1999, p. 286].

niega la posibilidad de utilizar medios coercitivos para obtener declaraciones o confesiones del inculpado en un procedimiento penal[35].

El derecho al silencio *–ius tacendi– y el* derecho a no declarar contra si mismo[36] –este último complementario del primero–, como aclara ASENCIO MELLADO, son opciones que se reconocen al imputado para defenderse en el proceso en función a lo que estime más conveniente para sus intereses. En tal virtud, es lícito que o bien declare, y lo haga en la extensión que desee –no puede ser forzado, inducido o engañado para que lo haga–, o bien que guarde silencio –total o parcial, en cualquier fase del procedimiento o en todas y a lo largo del mismo en su conjunto, conducta de la que no cabe extraer ninguna colusión positiva o negativa[37]– al amparo del derecho constitucional que se le reconoce a no prestar declaración

---

[35] FAYOS GARDO, Antonio: "Los derechos fundamentales a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable en la Lecrim". Revista Justicia, 1993, números I - II, pp. 291/292. Ambos derechos, como ha sostenido el TCE en su STC del 21.12.1995, prestan cobertura al genérico derecho de defensa en su "manifestación pasiva", esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable.

[36] Enseña MANZINI, Vincenzo: "la autodefensa se considera como una incoercible manifestación del instinto de libertad y, por tanto, se ha considerado inicuo e inhumano sujetarla a vínculos jurídico-morales, reconociendo el principio general 'nemo tenetur se detegere: nadie está obligado a delatarse', o más ampliamente, nadie puede ser obligado a obrar en su propio daño". Agrega el citado autor, que se trata, no de un verdadero y propio derecho subjetivo, sino de un interés de naturaleza procesal, que se tutela mediante la tolerancia de ciertas acciones u omisiones dañosas para el procedimiento penal ["Tratado de Derecho procesal penal". Tomo II. Ed. EJEA. Buenos Aires, 1951, pp. 572 y 422].

[37] El TEDH ha matizado esa afirmación, sosteniendo que las inferencias que un Tribunal puede obtener del silencio y comportamiento del imputado tenga el efecto de cargar el peso de la prueba de la acusación a la defensa, vulnerando el derecho a la presunción de inocencia; además, cuando existe prueba de cargo contra el imputado, el no dar una explicación de su conducta, permite inferencias en su contra (STEDH del 18.2.1996. Asunto John Murray v. Reino Unido, párrs. 54 y 55). Empero, con razón, señala LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, únicamente es posible tomar en consideración el silencio del acusado en aquellas situaciones que claramente demandan de el una explicación, las que no han sido concretadas por el TEDH y es difícil aceptar que pueden concurrir, pues en dichos supuestos serán las pruebas las que fundamenten la condena y no la falta de explicación del acusado sobre las mismas ["Tratado de Derecho Procesal Penal", Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, p. 553].

alguna si así lo considera más beneficioso para su situación personal[38]; a su vez, el derecho a no declarar contra si mismo y a confesarse culpable implica dos notas esenciales: (i) libertad para declarar, tanto en la decisión de hacerlo cuanto en su contenido, y (ii) ausencia de consecuencias procesales en caso de que mienta –la mentira del imputado no puede ser tomada como delito ni como infracción procesal–, lo cual dimana de la consideración de que el silencio y las declaraciones del imputado han de ser asumidas fundamentalmente como un medio idóneo de defensa[39]. En el proceso penal no rige *Id ficta confessio* ni el sistema social tiene la capacidad para conseguir confesiones no voluntarias[40].

§12. Cabe aclarar que este derecho es de ejercicio optativo. El imputado puede renunciar a su ejercicio[41]. Esta renuncia, desde luego, presupone la

---

[38] Apunta VOLK, Klaus que "La auténtica razón de por qué no pueden extraerse conclusiones del silencio poco tiene que ver con los derechos humanos, los derechos fundamentales u otros principios básicos del Estado de Derecho, sino que radica simplemente en que tales inferencias nunca resultan inequívocas y no tienen ningún valor acreditativo de la verdad, es decir, en que no resulta útil recurrir a ellas: nadie sabe, en verdad, cuál es el sustitutivo de la negativa a declarar, pues lo que el inculpado habría declarado no se sabe y su declaración no puede inventarse o construirse" [Concepto y prueba de los elementos subjetivos. Revista Peruana de Jurisprudencia y Doctrina Penales, N° 3 (2002), Lima, p. 414].

[39] ASENCIO MELLADO, José María: Prueba prohibida y prueba preconstituida, Ed. Trivium, Madrid, 1989. pp. 123/127. Precisa ROXIN que conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal Alemán el principio del *fair trail* exige negar cualquier valor probatorio al silencio del procesado, lo cual vale no sólo cuando éste guarda total silencio o niega su autoría, sino también cuando se niega a declarar ante la policía o en cualquier otro momento concreto, incluso el silencio tampoco podría ser valorado negativamente en el caso, poco probable, de que fuera una persona completamente inocente quien callara en esa concreta situación ["La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2000. pp. 123/124]. En igual sentido: PAZ RUBIO, José María, cuando acota: "El silencio del acusado, en ningún caso es presunción de confesión" ["La prueba en el proceso penal", Colex, Madrid, 1999, p. 89].

[40] Sostiene MONTERO AROCA que este derecho introduce una diferencia de mucho calado respecto del proceso civil, pues en las normas reguladoras del proceso penal –a diferencia del civil– no sólo no puede imponerse al acusado obligación ni carga alguna relativa a su declaración, sino que incluso no puede permitirse que el juez extraiga consecuencias negativas para aquél del ejercicio de su derecho al silencio, así como tampoco del hecho de haber mentido tampoco puede extraerse consecuencia perjudicial alguna ["Principios del proceso penal – una explicación basada en la razón", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 156/158].

[41] CAROCCA PÉREZ no considera correcto considerar que este derecho es renunciable, pues en realidad el imputado –en recto sentido– no hace uso del indicado derecho,

previa información o advertencia del derecho que deja de ejercer y que la renuncia al mismo sea libre y voluntaria –el imputado no puede ser forzado, inducido o engañado para que declare o confiese–[42], a la vez que sujeta al auxilio del respectivo asesoramiento letrado[43].

---

en tanto que la renuncia propiamente dicha importaría que podría darse valor probatorio a las declaraciones del imputado, lo que nunca es posible [Ob. Cit., p. 483]. Es claro, sin embargo, que la declaración del imputado aún cuando constituye una manifestación de la autodefensa, él libremente y asesorado por un Letrado puede, según su propia estrategia defensiva, puede admitir los hechos o, incluso, negarlos ofreciendo una coartada; por tanto, si decide declarar, en la amplitud que desee, muy bien puede valorarse por el Tribunal.

[42] La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Asunto Castillo Petruzzi v. Perú, SCIDH del 30.5.1999, estableció que la exhortación a un imputado a decir la verdad, en tanto ella no implique una amenaza de pena u otra consecuencia jurídica adversa para el caso de que el exhortado faltara a la verdad no vulnera la cláusula de prohibición de obligación a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; de igual manera, esa cláusula impide que se requiera a los inculpados a rendir juramento o formular promesas de decir la verdad, en tanto ello contraría el principio de libertad de aquellos para declarar o abstenerse de hacerlo [Vid.: HUERTA GUERRERO, Luis Alberto: "El debido proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Ed. Comisión Andina de Juristas, Lima, 2003, pp. 59/70]. Puede decirse, entonces, con GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl, que el principio *nemo tenetur* alude a que del silencio del inculpado no puede –o más bien, no debe– derivarse ninguna consecuencia desfavorable para él, porque lo contrario sería un silencio autoinculpatorio, incluso por aplicación del derecho de defensa el imputado no tiene un deber de probidad ["La valoración del silencio del inculpado". En: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 3/2002, pp. 192 y 194].

[43] Ha expresado, por ejemplo, el Tribunal Constitucional de España, que se reconoce el derecho fundamental a no confesar *si no quiere* [STC del 25.5.1987, Sala 2da], y que se prohíbe la prueba de confesión en cuanto perjudique a los culpables, que a su voluntad pueden o efectuarla contra sí mismos [ATC del 16.1.1985]. El Tribunal Supremo Español, igualmente, ha establecido que una confesión no puede ser valorada si quien la presta no ha contado con la información del derecho a no declarar contra sí mismo ni con la asistencia letrada, es más se trata de una diligencia nula de pleno derecho al haberse conculcado un precepto de orden público y faltado las garantías mínimas exigibles para su validez como prueba y causante de una indefensión material [vgr.: STS del 1.10.1992 y del 6.6.1997]. En igual sentido, el TCE en la STC 86/1995, del 6 de junio. Pon. Sr. GIMENO SENDRA, estipuló que la declaración confesoria del imputado, que permita basar en ella una condena penal, entre otros factores concurrentes, necesita que se haya hecho al imputado las advertencias legales, si fue informado de sus derechos y si en la declaración estuvo presente un abogado encargado de asistirle. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como recuerda O'DONNELL, Daniel, ha señalado en los Informes Miskito y Guatemala –1984 y 1983, respectivamente– que la protección eficaz del derecho a la no autoincriminación exige que nadie sea interrogado sin la presencia de un juez y un abogado defensor, y en

Es de puntualizar, sin embargo, que el reconocimiento del derecho o la posibilidad de guardar silencio: *ius tacendi,* de universal aceptación, llega hasta allí, pues ante esa renuncia se suscitan las diferencias. En el sistema eurocontinental, como se ha dejado expuesto, el imputado que quiere declarar no sólo no presta juramento, sino que las mentiras que pueda exponer en su autodefensa no le generan efecto lesivo alguno(44). En cambio, como explica VÁSQUEZ SOTELO, "En el sistema anglonorteamericano el imputado es advertido que no 'tiene que decir nada', y de que, por lo tanto, puede guardar silencio. Pero si decide hablar, 'todo cuanto diga se recoge por escrito y será utilizado contra él'; es decir, si declara lo hace como testigo, con lo cual se niega al inculpado el derecho o posibilidad de mentir en su propio provecho en aras del principio de probidad y de seriedad de los actos del proceso penal"(45).

§ 13. Por último, el ámbito de los derechos en cuestión es un aspecto sumamente complicado, cuya exacta dilucidación permitirá sentar las bases para resolver los múltiples problemas que las exigencias sociales y la

---

la indagatoria la comparecencia de un abogado defensor es un requisito indispensable del debido proceso ["Protección Internacional de los Derechos Humanos", Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988. p. 174].

(44) Es interesante, al respecto, la posición sentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina que, apartándose de la concepción anglosajona, ya en 1864 estipuló la citación de un imputado a comparecer para absolver posiciones, bajo juramento, constituye un acto de solemnidad tal (en la obligatoriedad de las respuestas a brindar), que lo torna violatorio de la prohibición de declarar contra sí mismo (Cf. Fallos, 1:350). En otro fallo posterior (Cf. Fallos, 281:177) acotó que el juramento entraña una coacción moral que invalida los dichos expuestos en esa forma, pues no hay duda que exigir juramento al imputado a quien se va a interrogar, constituye una manera de obligarle a declarar en su contra, por lo que la declaración de quien es juzgado por delito, faltas o contravenciones, debe emanar de la libre voluntad del encausado, quien no debe verse siquiera enfrentado con un problema de conciencia, cual sería colocarlo en la disyuntiva de faltar a su juramento o decir la verdad [vid.: TEDESCO, Ignacio E.: "La libertad de la declaración del imputado". En: AA.VV: Las garantías penales y procesales, (HENDLER, EDMUNDO: Coordinador), Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001, p. 55].

(45) VÁSQUEZ SOTELO, José Luis: "Presunción de inocencia e íntima convicción del Tribunal", J.M. Bosch, 1984, p. 97. En igual sentido aclara TEDESCO: "Los dos caminos recorridos por ambas tradiciones, la anglosajona y la continental, condujeron a entender la libertad de declaración de todo imputado de manera diversa. En un caso, se reconoce en él la calidad de testigo, debiendo –en consecuencia– prestar el correspondiente juramento. Pero en el primero, su comparecencia es voluntaria, mientras que en el segundo está obligado a comparecer" [Ob. Cit., p. 54].

necesidad de garantizar su ejercicio demandan al Derecho Constitucional y al Derecho procesal.

Este derecho instrumental se circunscribe a las declaraciones(46) del imputado que exterioricen un contenido concreto, incriminatorio, de admisión de culpabilidad(47). El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las Constituciones de los países democráticos, como anota ASENCIO MELLADO, entienden que la declaración es una conducta positiva no exigible al imputado, quien además por imperio del derecho a la presunción de inocencia, por inversión de la carga de la prueba –y en relación con lo anterior–, no está obligado a colaborar activamente en el proceso y ello no sólo por medio de no prestar declaración alguna o de un determinado contenido, sino tampoco a través de la exigencia de realización de cualquier conducta que entrañe un comportamiento positivo, esto es, una acción cualquiera de movimiento. Nada se opone, por cierto, al establecimiento de una obligación personal que implique el deber del imputado de soportar pasivamente injerencias en su cuerpo, con las limitaciones necesarias, de las que extraer datos de carácter objetivo idóneos a la investigación penal(48).

---

(46) Una "declaración", en puridad, es una deposición, manifestación o explicación que realiza una persona acerca de los hechos sobre los que versa la causa. Entraña tanto un acto de conocimiento y como de voluntad, y responde a un requerimiento concreto de la autoridad competente.

(47) Cabe aclarar, conforme lo ha precisado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la prohibición de juramento no se extiende a los testigos y, por tanto, las sanciones que se le impongan por no hacerlo no vulneran el derecho a la no autoincriminación. Ha dicho el TEDH: "El juramento es un acto solemne por el que la persona afectada se obliga ante el Juez Instructor a contar, (...) 'toda la verdad y nada más que la verdad'. Aunque es obligación del testigo prestar juramento y las multas por negarse a hacerlo implican cierto grado de coerción estas últimas no están pensadas para asegurar que lo declarado ante el Juez es verdad no para forzar a los testigos a declarar.– En otras palabras, las multas impuestas al demandante no constituían una medida tal que le compeliese a declarar en contra de sí mismo pues se adoptaron antes de que tal riesgo pudiese crearse" (STEDH del 20.10.1997, Asunto Serves v. Francia, párr. 47).

(48) ASENCIO MELLADO, José María: "Prueba prohibida y prueba preconstituida", Ob. Cit.. pp. 143/144. En igual sentido se pronuncia MORENO CATENA [cfr.: "El proceso penal". Volumen II. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 1509]. Las intervenciones corporales, ha dicho más recientemente el TCE en su STC 161/1997, de 2 de octubre, Pon. Sr. VIVER PI-SUNYER, "...no constituyen actuaciones encaminadas a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos o su interpretación o valoración de los mismos, sino simples pericias de resultado incierto que, con independencia de que su mecánica concreta

§ 14. Queda claro, entonces, que la cláusula en referencia, de no autoincriminación –*nemo tenetur se ipsum accusare*[49]–, se circunscribe *(i)* a la no exigencia de una conducta activa del imputado que entrañe una declaración que exteriorice un contenido, y *(ii)* siempre que esa declaración importe el reconocimiento inmediato de una infracción. En consecuencia, desde una perspectiva estricta, no puede pedirse coactivamente al imputado que declare y responda compulsivamente a un interrogatorio, cuyas respuestas puedan incriminarlo al importar el reconocimiento, expreso o tácito, de la comisión de una infracción, sea penal o administrativa, en tanto esta última integra el *ius puniendi* estatal[50].

---

no requiere sólo un comportamiento exclusivamente pasivo, no pueden catalogarse como obligaciones de autoincriminarse, es decir, como aportaciones o contribuciones del sujeto que sostengan o pueden sostener directamente, su propia imputación penal o administrativa ...". En contra GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, quien apunta que el imputado no debe soportar injerencias corporales y, como tal, puede negarse a que le extraigan muestras de orina, semen, DNA, o bien negarse a que se le tomen pruebas para realizar dictamen en caligrafía o dactiloscopia [Ob. Cit., p. 205]. Ante una prueba pericial sobre el cuerpo de una persona, sin embargo, no puede decirse que por medio de las muestras que se obtengan se imponga al imputado una declaración de culpabilidad. En igual sentido se pronuncia ROXIN, quien expresa que los exámenes corporales (extracción de sangre, punción lumbar, suministro coercitivo de vómitos), en tanto se obliga al imputado a tolerar pasivamente el examen, y no le impone cooperar también de modo activo en él, no viola el principio de pasividad –en el último supuesto, aclara el autor, el vómito no puede considerarse como acción activa, sí lo es cambio someter al imputado a test de alcohol a través de la respiración utilizando aparatos electrónicos– ["Derecho Procesal Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 290/291].

[49] Existen otras dos expresiones, que en todo caso son sinónimas: *nemo tenetur se detegere* (nadie está obligado a delatarse), y *nemo tenetur edere contra se* (nadie viene obligado a declarar contra sí mismo).

[50] Es sabido que la Administración, para el cumplimiento de sus fines, asume directamente una potestad sancionadora que se concreta en dos campos: como facultad disciplinaria y como facultad correctiva o gubernativa. Esta última se dirige a la generalidad de los administrados y persigue que la Administración pueda cumplir sus fines. Entre sanción administrativa y sanción penal sólo existe una diferencia en razón de su gravedad, de ahí que, en principio, están sometidas a las mismas garantías constitucionales: legalidad –el Tribunal Constitucional Peruano desdobla en dos esa garantía, que la vincula al principio de seguridad jurídica, al identificar la de legalidad propiamente dicha, de carácter formal y referida a la exigencia de una norma con rango de ley, y la de tipicidad, que exige la precisión de la conducta antijurídica en la ley, que en lo administrativo no es absoluta pues en vía de colaboración puede ser completada por el reglamento, STC del 16.4.2003, Asunto Flor Milagros Ramos Calque, Exp. N° 2050-2002-AA/TC–, culpabilidad, e intervención

III. DERECHO TRIBUTARIO Y NO AUTOINCRIMINACIÓN

§ 15. Como ya se ha sostenido, el poder tributario del Estado permite instituir procedimientos para garantizar el fiel cumplimiento de las obligaciones y de los deberes tributarios de los ciudadanos y, a su vez, a instituir sanciones a quienes los infrinjan. Es así que en el marco de un procedimiento tributario, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87° incs. 5 y 6 del Código Tributario del Perú –norma común en el Derecho Tributario eurooccidental–, puede exigirse, coactivamente, a una persona, natural o jurídica, tanto que presente o exhiba informes, libros de actas, registros y libros contables y demás documentos relacionados con hechos susceptibles de generar obligaciones tributarias, cuanto que proporcione a la información que la Administración Tributaria requiera, o la que ordenen las normas tributarias, sobre las actividades del deudor tributario o de terceros con los que guarden relación (v.gr.: art. 87° incs. 5 y 6 del Código Tributario del Perú)(51).

§ 16. Los problemas se presentan cuando se pone en relación esos preceptos con la cláusula de no autoincriminación: guardar silencio y no confesarse culpable. Pero, no se trata de la aparente colisión entre una norma constitucional y una norma con rango de ley o de segundo orden, en rigor se está un aparente conflicto entre dos normas constitucionales:

---

de la jurisdicción, desde un inicio en el caso de las sanciones penales, y final o a través de una acción judicial de impugnación en el caso de las primeras (cfr.: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –STEDH– del 29.4.1988. Asunto Belilos). La sanción penal –a diferencia de la sanción administrativa– está en función a la mayor importancia de los bienes jurídicos que se afectan y a la gravosidad de la intervención sobre ellos y por su efecto estigmatizante. Vid.: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros: "Lecciones de Derecho penal - Parte General", Ed. Praxis, Barcelona, 1996, p. 14.

(51) La legislación administrativa en general, como acota SILVA SÁNCHEZ, parte de que el ciudadano sujeto a inspección tiene deberes de colaboración, no sólo pasiva, sino también activa con la Administración, en la medida en que estos vengan establecidos por ley. Se da por sentado que el inspeccionado se convierte, de este modo, en garante del buen fin de la inspección ["Hacia el Derecho Penal del "Estado de la Prevención"", Ob. Cit., p. 324]. Cuando el imputado se niega a colaborar, a aportar pruebas, el Derecho material recurre a "sustitutivos" al imponer numerosos deberes relativos a la documentación, registros, contabilidad, custodia, etc. [así. v.gr.: VOLK, Klaus: "Concepto y prueba de los elementos subjetivos", Ob. Cit., p. 412]. Esa base material, luego, da pie a la posibilidad de exigir al Administrado a que presente esos documentos y, en su caso, a conminar su incumplimiento con una sanción.

un derecho fundamental y un bien constitucionalmente protegido. En el orden tributario los deberes tributarios emergen del deber constitucional de pagar impuestos para el sostenimiento de los servicios públicos [vid.: artículos 36° de la DADH, 29°. 1 de la DUDH, y 18°, d) de la Constitución de Bolivia]; y, en tal virtud, la ley ordinaria impone al ciudadano facilitar la práctica de inspecciones y comprobaciones y a proporcionar a la Administración los datos, informes, antecedentes y justificantes que tenga relación con el hecho imponible, así como aportar cuantos documentos o antecedentes sean precisos para probar los hechos y circunstancias consignados en sus declaraciones.

Este deber de colaboración, por ende, niega que a su vez exista un derecho absoluto e incondicionado a la reserva de los datos económicos del contribuyente con relevancia fiscal y esgrimible frente a la administración tributaria, porque de existir su ejercicio haría virtualmente imposible la labor de comprobación de la veracidad de las declaraciones de los contribuyentes y la Hacienda Pública y, en consecuencia, dejaría desprovisto de toda garantía y eficacia el deber tributario que la Constitución consagra, impidiendo de este modo una distribución equitativa del sostenimiento de los gastos públicos en cuanto bien constitucionalmente protegido"[52]. De inicio, es de sostener que exigir al contribuyente información para constatar la veracidad de sus declaraciones a la Hacienda Pública no importa una exigencia de la difícil prueba de su inocencia, sino un requerimiento para que aporte datos que puedan ayudar a la investigación (cfr.: STCE 110/1984, de 26 de noviembre).

§ 17. Pero ¿determinados requerimientos coercitivos de la Administración dirigidos al obligado tributario para la aportación de datos o para que preste declaración puede afectar la cláusula de no autoincriminación? La respuesta, a mi juicio, pasa por tener presente no sólo lo que se debe entender por "declaración" a los fines y fundamentos del derecho a la no autoincrimi-

---

[52] GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles: "Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos", Colex, Madrid. 2000, pp. 156/158. Cfr.: SSTCE 110/1984 y 642/1986. Al respecto, precisa PERINI, siguiendo una posición doctrinaria de exclusión o irrelevancia de la aplicación del *nemo teneturen* el ámbito sustantivo, que existe un deber de conservar la documentación contable, aunque ello implique conservar las pruebas de su delito y, con ello, autoacusarse: en otras palabras, se indica que el derecho de defensa no puede distorsionarse hasta el punto de conformar un salvoconducto para delinquir [tomado de SILVA SÁNCHEZ, "Hacia el Derecho penal de la prevención", Ob. Cit., p. 326].

nación –concepto que ya hemos definido, vid.: nota 44– y si esa cláusula –en su concepción de *nemo tenetur no detegere*– incluye un entendimiento amplio del denominado "derecho de no colaboración" por parte del imputado, que de ese modo se puede entroncar con la garantía genérica de presunción de inocencia, uno de cuyos elementos –que integra su contenido esencial– es que la prueba de la imputación incumbe al acusador y, por tanto, no corresponde al encausado probar su inocencia o la ausencia de fundamentos de la acusación[53], aunque –a su vez– a los efectos del juicio de proporcionalidad, tal vez, debe analizarse el ámbito del deber que constitucionalmente se impone al ciudadano en determinados ámbitos de su actividad social.

Considero que el punto esencial para dilucidar este problema son las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaídas en los asuntos Funke v. Francia (STEDH del 25.2.1993), Bendenoun v. Francia (STEDH del 24.2.1994), Saunders v. Reino Unido (STEDH del 17-12-1996), y J. B. v. Suiza (STEDH del 3.5.2001), que se han pronunciado sobre este espinoso tema.

§ 18. La sentencia Funke tiene como antecedente lo siguiente: Agentes de Aduana y de la Policía Judicial francesa realizaron una inspección en el domicilio del Sr. Funke a fin de obtener información relativa a sus bienes en el extranjero –él había admitido que era o había sido titular de varias cuentas bancarias en otros países–, y encontraron –e incautaron– talonarios de cheques y documentos de bancos extranjeros, así como la factura extendida por la reparación de un vehículo efectuado en Alemania y dos cámaras fotográficas, por lo que posteriormente se le requirió que entregue los documentos bancarios de sus cuentas en Alemania, Polonia y Suiza relativos a los tres años inmediatamente anteriores. El Sr. Funke, primero, adquirió el compromiso de aportarlos, pero luego cambió de parecer y comunicó al Servicio de Aduanas la imposibilidad, que no justificó, de aportar la documentación exigida. Como se iniciaron procedimientos judiciales para obtener los documentos requeridos y se le impuso dos multas por negarse a hacerlo, se planteó una demanda ante el TEDH.

---

(53) Tiene expresado KIRSCH, siguiendo a KK-PFEIFFER, por ejemplo, que más allá del ámbito estricto de lo que es la propia contestación a la acusación, el principio del derecho a la no autoinculpación garantiza que el imputado no pueda verse obligado de algún otro modo a colaborar en la formación de una convicción que vaya en contra suya; cualquier presión que sobre él se ejerza para que colabore activamente o para que participe en la formación de esta convicción es ilícita ["¿Derecho a no autoinculparse?", Ob. Cit., p. 254].

En el Párrafo 44 de dicha sentencia, aceptando la razonabilidad de la demanda, el TEDH estipuló: "Este Tribunal advierte que Aduanas aseguró la condena del Sr. F. como medio de obtener ciertos documentos que creían que debían existir aunque no estaban seguros de ello. Al no ser capaces o no desear obtenerlos de otro modo, intentaron compeler al demandante a que diese él mismo pruebas de los delitos que presuntamente había admitido cometer. Las especiales características de las leyes aduaneras no pueden justificar tal infracción del derecho de cualquier 'acusado' de un delito penal, en el sentido autónomo de la expresión del artículo 6. de permanecer en silencio y a no contribuir a incriminarse él mismo".

§ 19. La sentencia Bendenoun tiene como antecedente lo siguiente: el Sr. Bendenoun –titular de una empresa dedicada al comercio de monedas antiguas, objeto de arte y piedras preciosas– fue investigado por el Servicio de Aduanas de Francia, institución que luego, por mandato del Código Tributario, trasladó al Fisco el resultado de sus investigaciones, de modo que este, sobre esa base, finalmente, le requirió el pago de varios impuestos no declarados y pagos. Las autoridades administrativas del Servicio Fiscal, el Tribunal Administrativo de Estrasburgo y el Consejo de Estado, según la demanda del Sr. Bendenoun, no le permitieron acceder a las actuaciones para defenderse.

Lo importante de la Sentencia Bendenoun –el afectado recurrió al TEDH y éste la rechazó porque durante el proceso judicial que ulteriormente se le inició sí había tenido acceso a las actuaciones incriminatorias– es que extendió la protección de dicha cláusula a los procedimientos tributarios, en tanto que las sanciones que podían derivar de ellos podían calificarse, de modo amplio, de "penales".

§ 20. La sentencia Saunders tiene como fundamento de hecho el siguiente: el Sr. Saunders era Presidente y Director General de una empresa, la cual –en competencia con otra– logró adquirir una tercera sociedad, para lo cual provocó en la Bolsa de Londres un alza ilegal y concertada con terceros del precio de las acciones de su empresa, que al concretarse la transacción cayeron sensiblemente. El Departamento Británico de Comercio e Industria inició investigaciones al respecto y, al culminarlas, trasladó las actuaciones a la Policía y a la Fiscalía, entre ellas las transcripciones de las entrevistas llevadas a cabo por los inspectores administrativos, a consecuencia de lo cual el Sr. Saunders fue procesado, acusado y condenado por los tribunales ingleses.

El TEDH señaló, en primer lugar, que el derecho a permanecer en silencio a las preguntas de la Policía y a no declarar contra sí mismo, están universalmente reconocidos como principios internacionales que descansan en el mismísimo corazón del concepto de juicio justo (párr. 68). En segundo lugar, que el derecho a no declarar contra sí mismo no se extiende al uso en procedimientos penales de material que pueda obtenerse del acusado por medio de métodos conminatorios, pero que tengan existencia independiente de la voluntad del acusado, tales como, entre otros, documentos obtenidos en virtud de una orden judicial, muestras de sangre, aliento, orina o muestra corporales para el examen del ADN (párr. 69)[54]. En tercer lugar, son respuestas incriminatorias aquellas que implican la admisión de conocimiento de información a partir de la cual se sustenta un cargo penal, y son conminatorias si éstas se dan al amparo de una legislación que sanciona al declarante si no absuelve las preguntas del interrogador oficial, por lo que no pueden ser utilizadas en un proceso penal, sin que a ello obste que el procedimiento sea simple o complejo (párrs. 71 y 74)[55]. En cuarto lugar, el hecho que las declaraciones se realicen antes de la incoación del proceso penal no impiden que su utilización vulnere el derecho a no declarar contra sí mismo (párr. 74).

§ 21. La sentencia J.B., asimismo, tiene como antecedente lo siguiente: La Administración de Federal de Impuestos tomó conocimiento que el actor había realizado inversiones que no habían sido declaradas, por lo que se inició un procedimiento por evasión de impuestos –este procedimiento, según el Tribunal Federal Suizo, es un verdadero proceso penal, que lleva asociado una multa que tiene que ser pagada además de los impuestos evadidos, y que la multa tiene funciones disuasivas y punitivas–. En ese marco, la Administración le solicitó que presentara todos los documentos

[54] En la STEDH del 21.12.200, Asunto Heaney and McGuinness c. Irlanda, párr. 40, el TEDH no sólo estipuló que el derecho a no declarar contra uno mismo se relaciona con el respeto a la voluntad del acusado de permanecer en silencio, sino que reiteró que distinto es el supuesto cuando se obtiene, por medio del uso de facultades coercitivas, de material que tenga una existencia independiente de la voluntad de los demandantes, tales como documentos o muestras de sangre.

[55] De igual manera, en la citada Sentencia Heaney and Mc Guinness el TEDH llega a señalar, postulando la práctica inderogabilidad de este derecho, que "...la seguridad y el orden público no pueden justificar una disposición que elimina la mismísima esencia de los derechos del demandante a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo..." (párr. 59).

que tuviera relativos a las sociedades que dirigía y, luego, que declarara la fuente de las inversiones realizadas –la Administración sabía las cantidades invertidas, pero quería asegurarse que esos fondos provenían de ingresos o de la fortuna del interesado–, lo que no hizo tras reconocer que había realizado inversiones con una persona natural y en sus sociedades. Por este incumplimiento fue multado en virtud de la legislación impositiva suiza.

El TEDH estipuló, en primer lugar, que si un procedimiento seguido ante la Administración puede conducir a la imposición de una multa al advertir una infracción a la ley, que es una sanción de carácter punitivo y disuasiva –no de compensación pecuniaria de un perjuicio–, debe estar rodeado de las garantías judiciales correspondientes (párrs. 48 /49). En segundo lugar, que el derecho a no autoincriminarse presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la 'persona acusada', lo que contribuye a evitar errores judiciales y a asegurar los fines de una justicia equitativa párr. 64). En tercer lugar, que las autoridades suizas intentaron obligar al demandante a presentar documentos que les habrían proporcionado información con respecto a sus ingresos de cara a la liquidación de sus impuestos –además se quería saber si aquél había obtenido algún ingreso que no hubiera sometido a tributación–, de suerte que cualquier ingreso adicional de fuentes no sometidas a tributación que se desprendiera de los documentos requeridos podría haber constituido evasión de impuestos, y siendo evidente que la información requerida no existe con independencia de la voluntad del emplazado –como sería el caso de un tacógrafo instalado en los camiones o el sometimiento a exámenes de sangre u orina–, actuaron incorrectamente al recurrir a medios coercitivos o contrarios a la voluntad de la persona (párr. 68).

§ 22. La doctrina jurisprudencial del TEDH, a las que nos suscribimos, es particularmente comprensiva de todo el ámbito de desarrollo y expresión del derecho a la no autoincriminación. En primer lugar, no sólo reconoce la vigencia de este derecho en el estricto ámbito del proceso penal, sino también en las diligencias preprocesales. Éstas pueden ser las realizadas por la Policía Judicial o del Ministerio Público, así como las propiamente administrativas llevadas a cabo por órganos de la Administración en el amplio ámbito de su intervención en las diversas actividades sociales (v.gr.: fiscales, aduaneras, protección de la competencia, mercado de valores, etc.). Resulta extremadamente relevante que la Ordenanza Tributaria Alemana,

en su § 393 I 2, declara ilícitos los medios coactivos en el proceso tributario contra el obligado tributario cuando a través de ellos se obligue a éste a autoinculparse de la comisión de un delito o falta tributaria.

El procedimiento tributario, como se sabe, puede ser de inspección o sancionatorio. Obviamente el procedimiento sancionatorio, de cara a la jurisprudencia del TEDH, debe estar rodeado de las garantías penales correspondientes, entre ellas el derecho a la no autoincriminación. Sin embargo, respecto al procedimiento de fiscalización, gestión o inspección tributaria, cabe puntualizar, siguiendo a SILVA SÁNCHEZ, los datos obtenidos en él podrán ser luego eventualmente utilizados contra el sujeto inspeccionado en un procedimiento sancionatorio administrativo o en el procedimiento penal(56), consecuentemente, en la medida que éstos pueden afectar el mencionado derecho, igualmente, no pueden tener la calidad de prueba preconstituida legítima, a esos materiales se extiende la protección de la garantía o derecho analizado.

§ 23. En segundo lugar, las declaraciones del obligado, en tanto importan una exposición de su parte a mérito de un interrogatorio que formula la autoridad competente, cualquiera que sea la sede en que tiene lugar, sea esta administrativa o judicial, están protegidas por la cláusula de no autoincriminación(57). Por tanto, todo tipo de declaraciones, en cuanto expresen un contenido determinado, y este contenido sea incriminatorio, no pueden ser coactivamente exigibles. Esto último significa que la autoridad debe imponer, exigir u obligar a que se preste una declaración, de lo que resulta que si la declaración se emitió voluntariamente, a sabiendas que podía negarse a hacerlo, y previa información de ese derecho, tiene pleno valor probatorio y está al margen de cualquier impugnación de ilegitimidad.

La declaración que puede realizarse en sede preliminar –en el procedimiento administrativa o en la fase preprocesal–, desde luego, constará en

(56) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María: "Hacia el derecho penal del "Estado de Prevención"", Ob. Cit., p. 319.

(57) En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional Federal Alemán. El BverfG ha señalado que una declaración realizada a raíz de un deber de declarar no puede emplearse contra la voluntad del imputado en el eventual proceso penal que se siga contra él (BverfGE 56, 37; 55, 144; y 38, 105). De ese modo, expone KIRSCH, ese Alto Tribunal ha dejado sentado que las obligaciones de declarar sólo son compatibles con la Ley Fundamental en la medida en que no afecten el ámbito de protección del principio procesal penal de 'libertad de declarar contra uno mismo' [¿Derecho a no autoinculparse? Ob. Cit., p. 251].

un acta, luego ese material que contiene ese acto no puede ser aportado al proceso por carecer de valor legal, en tanto y en cuanto se hayan obtenido coactivamente y, por cierto, tengan un contenido incriminatorio, esto es, de admisión de determinada conducta ilícita, contraria en este caso a las normas tributarias.

Se equiparan, como apunta SANZ DÍAZ-PALACIOS, a las manifestaciones orales o escritas del propio obligado, de carácter autoincriminatorio, centradas en las respuestas a las preguntas formuladas por la Administración Tributaria, por ejemplo, una agenda personal –o, agregamos nosotros, libro particular, que esté bajo su control o dominio– en la que el sujeto –por sí o, continuamos agregando, por otra persona bajo su dependencia o siguiendo sus expresas directivas que de cuenta de su propia conducta– ha podido dejar constancia de determinada información autoincriminatoria(58).

§ 24. En tercer lugar, no constituye declaración autoincriminatoria susceptible de ser amparada por el derecho analizado el conjunto de materiales cuya existencia es independiente de la voluntad del obligado tributario, pese a contener una declaración en sí mismo. Esta es la *ratio decidendi* de las sentencias Saunders y J.B.

Dos tipos de materiales es posible identificar: *i)* los documentos elaborados por terceras personas, que dejen constancia de determinados hechos o actos o que contenga una declaración de voluntad de esas personas, que estén en poder del investigado o imputado(59): y, *ii)* el material cuya existencia tenga carácter obligatorio *ex lege*(60). El aporte de tales

(58) SANZ DÍAZ-PALACIOS, J. Alberto: "La articulación entre los procedimientos de gestión tributaria y el proceso penal por delito fiscal. El derecho a no declarar contra sí mismo". En: Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, Octubre (2003), N° 35, pp. 151-152].

(59) SANZ DÍAZ-PALACIOS, por ejemplo, ubica en ese grupo una carta dirigida al obligado tributario, la cual puede llegar a manos de la Administración Tributaria –o del órgano jurisdiccional– en el curso de una diligencia de entrada y reconocimiento del local de negocio [La articulación entre los procedimientos de gestión tributaria y el proceso penal por delito fiscal. El derecho a no declarar contra sí mismo, Ob. Cit., p. 150].

(60) Por ejemplo, el art. 87° del Código Tributario del Perú obliga a los administrados a: 4. "Llevar los libros de contabilidad u otros libros y registros exigidos por las leyes, reglamentos o por Resolución de la Superintendencia de la SUNAT o los sistemas, programas, soportes portadores de microformas grabadas, soportes magnéticos y demás antecedentes computarizados de contabilidad que los sustituyan, registrando las actividades u operaciones que se vinculen con la tributación conforme a lo establecido en las normas pertinentes".

materiales, puede tener lugar en virtud de una colaboración activa del sujeto, o en virtud de su "dejar hacer".

Sobre los documentos contables en general, en tanto en cuanto su llevanza está impuesta legalmente, tiene señalado por ejemplo el Tribunal Constitucional Español lo siguiente: "...son elementos acreditativos de la situación económica y financiera del contribuyente; situación que es preciso exhibir para hacer posible el cumplimiento de la obligación tributaria y su posterior inspección, sin que pueda considerarse la aportación o exhibición de esos documentos contables como una colaboración equiparable a la 'declaración' comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17°.3 y 23°.2 CE (...) cuando el contribuyente aporta o exhibe los documentos contables pertinentes no está haciendo una manifestación de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad" (STC Pleno N° 76/1990, de 26 de abril). Esto último guarda correspondencia con el párrafo 69 de la sentencia Saunders cuando hace mención, por ejemplo, a los documentos obtenidos en virtud de una orden judicial.

La doctrina jurisprudencial norteamericana del *required reports,* en cuya virtud existen actividades estrictamente reguladas, hasta el punto de que la Administración requiere por ley a las personas que se dedican a esa actividad o negocio a llevar ciertos récords o documentación, es coincidente con esta tesitura. En el Asunto Shapiro v. United States (335 U.S. 1 (1948)) –en que se cuestionaba la Ley de Control de Precios de 1942, que sujetaba los libros correspondientes al examen de los funcionarios de la Agencia– la Suprema Corte resolvió que no había impedimento constitucional para exigir la producción de los records sin conceder inmunidad alguna, al menos cuando haya alguna relación entre la actividad regulada y el interés público; los "informes requeridos" deben tener un propósito regulatorio –no criminal–, por lo que no debía usarse con relación a actividad ilegal, al menos cuando el requisito de informar iba dirigido, más bien, a un grupo asociado con actividad criminal y no al público en general, y el cumplimiento con el requerimiento crearía un riesgo sustancial de responsabilidad criminal(61).

Como se sabe, se trata de un deber formal impuesto a los administrados con una finalidad precisa: facilitar las labores de fiscalización de la Administración Tributaria.

(61) Señala CHIESA APONTE, Ernesto, que a partir de ese fallo la Corte Suprema ha venido reiterando su doctrina, por ejemplo en los asuntos Albertson v. Subversive Activities Control Board (1965), Haynes v. Unites States (1968), Marchetti v. United States (1968),

Comoquiera que la exigencia de llevar determinados libros tiene una finalidad o propósito esencialmente regulatorio –controlar el pago de los tributos, de cuya legitimidad constitucional no cabe la menor duda– la obligación de su exhibición y la necesidad de su revisión por la autoridad, aún cuando de los mismos puedan desprenderse aspectos incriminatorios al administrado no está cubierto por la cláusula de no autoincriminación.

Por otro lado, la Suprema Corte USA, en el asunto Fisher v. United States (1976) señaló de modo amplio que un contribuyente –o su abogado– no podía valerse del privilegio contra la autoincriminación para desobedecer una orden de entregar ciertos documentos preparados por el contador, aunque tales documentos pudieran contener evidencia incriminatoria bajo las leyes tributarias. En el asunto Braswell v. United States (1990) señaló que ese privilegio no se aplica a una corporación por ser una entidad artificial, pero puede tener respecto de quien cumple la orden de entrega de información en tanto la documentación pueda tener una significación testimonial, en el que el sujeto puede invocar el privilegio para excluir inferencias testimoniales. Por último, en el asunto Doe v. United States (1988) acotó que si judicialmente ordena firmar un consentimiento a un banco para que este revele los records de todas sus cuentas no se viola la cláusula de no autoincriminación porque tal consentimiento no implicaba "testimonio" alguno; empero, sólo cuando existe elemento de *factual assertion* o este tiene un contenido testimonial *–testimonial significance–* es de invocarse esa cláusula. A partir de esto último, excluye de carácter testimonial las pruebas de sangre, las muestras caligráficas (Gilbert v. California, 1967), experimentos de voces, a participar en una rueda de detenidos *(line up)* o a usar determinada ropa(62).

Aquí, sin embargo, tiene especial importancia la sentencia Funke en cuanto construye la doctrina del requerimiento de aportación de documentos inciertos, y estipula que sancionar su falta de aportación o equiparar dicha falta de aportación a la inexistencia de los referidos materiales, y

---

Leary v. United States (1969) y Grosso v. United States (1968). La finalidad regulatoria de la información impuesta por la Ley es la premisa fundamental de la doctrina del *required reports*, la cual ha de tener un alcance general y debe comprender un ámbito de interés público innegable ["Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos", Ed. Forum, Puerto Rico, 1991, pp. 178/181].

(62) CHIESA APONTE, E.: "Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos", Ob. Cit., pp. 131-134.

sancionar por este motivo, vulnera el derecho a no declarar contra sí mismo. La interpretación de esa sentencia pasa por una construcción necesaria: si se trata de documentos de obligatoria tenencia por imperio de una ley –donde el interés regulatorio prima por sobre todo– no puede considerarse que tal requerimiento sea de carácter incierto(63).

Es de significar, finalmente, que en los dos supuestos analizados: documentos elaborados por terceras personas y documentos de tenencia legal obligatoria, la voluntad del sujeto no constituye la causa última de su existencia. Es claro, por ejemplo, que la voluntad del obligado tributario interviene en la cumplimentación del libro o registro contable, pero esa voluntad no es la causa última de la propia existencia del libro o registro de que se trate(64).

§ 25. Por último, en tanto la actividad probatoria está sujeta al escrupuloso respeto de las garantías procesales, y si la defensa procesal es una garantía de jerarquía constitucional o suprema, uno de cuyos derechos instrumentales es el derecho a no declarar contra sí mismos y a no autoinculparse, la vulneración de sus preceptos hace que una prueba obtenida de ese modo ilegítimo sea inutilizable. La ineficacia de una declaración obtenida con vulneración de esa cláusula o la obtención de "materiales equivalentes" o de "contenido testimonial *(testimonial significance)*" deriva en este caso de la garantía de la presunción de inocencia(65). La "prueba prohibida", noción acuñada por BELING en 1903, es en rigor una garantía propia, de contenido procesal, que exige que la prueba debe realizarse a través de los medios que sean constitucionalmente legítimos.

En suma, si la declaración o los documentos equivalentes se obtienen con vulneración del derecho a no declarar contra sí mismos y a no autoinculparse, tal y como lo hemos desarrollado, éstos deben ser excluidos del material probatorio que fundamente el proceso y, en especial, la sentencia.

---

(63) SANZ DÍAZ-PALACIOS, J. Alberto: "Derecho a no autoinculparse y delitos contra la Hacienda Pública", Ed. Colex, Madrid, 2004, p. 260.

(64) SANZ DÍAZ-PALACIOS, J. Alberto: "La articulación entre los procedimientos de gestión tributaria y el proceso penal por delito fiscal. El derecho a no declarar contra sí mismo", Ob. Cit., pp. 150/151.

(65) Mayores referencias: SAN MARTÍN CASTRO, César: "Derecho Procesal Penal", Tomo II, 2da. Edición, Ed. Grijley, Lima, 2003, p. 884 y ss.

Principio de correlación y persecución penal de los delitos violentos en la jurisprudencia constitucional

SUMARIO: I. Introducción. **II.** El principio de correlación. **III.** Declaración de Inconstitucionalidad y Ley Nº 27569.

I. INTRODUCCIÓN

1. En el ámbito de la justicia penal, sin duda, los fallos más trascendentes del Tribunal Constitucional, entre otros, han sido los recaídos en los casos "Rutaldo Elmer Alejo Saavedra", Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC de 18.1.2001[1]), y "acción de inconstitucionalidad contra los Decretos Legislativos 895 y 897". STC de 15.11.2001[2]). La trascendencia de ambas sentencias radica en lo conflictivo de los temas que aborda y, por cierto, en los cambios y problemas que –a futuro– plantea a la jurisdicción penal ordinaria.

2. La primera sentencia resuelve un recurso extraordinario planteado por el Sr. Alejo Saavedra contra una sentencia de la Sala Superior de Derecho Público de Lima recaída en una acción de Hábeas Corpus interpuesta por él.

---

[1] Diario Oficial El Peruano 9.9.2001, pp. 4590/4591. Exp. Nº 1029-2000-HC/TC.

[2] Diario Oficial El Peruano 17.11.2001, pp. 212788/212792. Exp. Nº 5-2001-AI/TC.

El núcleo de la causa es el siguiente: el citado demandante fue acusado ante la jurisdicción penal ordinaria por la comisión del delito de terrorismo (artículos 319° y 320°.1 del Código Penal (en adelante CP.): acto terrorista realizado por miembro de organización terrorista), que es una modalidad agravada del tipo básico de "acto terrorista". La Sentencia de la Sala Penal Superior, confirmada por la Corte Suprema, lo condenó, sin embargo, por el delito de "colaboración terrorista", previsto en el artículos 321°.4 CP: organización de cursos o de centros de instrucción de grupos terroristas, que es una figura penal que integra los delitos cometidos con propósito terrorista y que está sancionada con una pena menor.

3. La segunda sentencia resuelve la acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo contra el Decreto Legislativo N° 895 –Ley contra el "Terrorismo Agravado", que la Ley N° 27235 de 20.12.1999, denominó "Terrorismo Especial" y el Decreto Legislativo N° 897 – Ley de Procedimiento Especial para la investigación y juzgamiento de los "Delitos Agravados", parcialmente derogada por la Ley N° 27472, de 4.6.2001.

El Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad por la forma de los dos Decretos Legislativos demandados y, concurrentemente, la inconstitucionalidad por el fondo: 1) del tipo básico de terrorismo especial y del hiper agravado de colaboración calificada: información para la concreción de planes criminales de la organización terrorista; 2) de las atribuciones de la Policía en sede preliminar referidas a la detención preventiva, la incomunicación y la designación al reo de un abogado por la autoridad policial; 3) de casi todas las especialidades procedimentales incorporadas en las etapas de instrucción y enjuiciamiento; y, 4) del íntegro de las potestades policiales en la investigación de los delitos agravados, referidas a la preeminencia policial sobre el Fiscal (artículos 1 a)), a la detención del implicado y a la ampliación de la detención preventiva por 15 días (artículos 1 b), c), f)), así como a la designación por la policía de un defensor de oficio para el detenido (artículo 1 g)).

II. EL PRINCIPIO DE CORRELACIÓN

1. Existe una 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.(3) Por lo demás, el artículo 298°.3 del Código Procesal Penal (en adelante CPP) 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 artículo 263° CPP obliga al Fiscal a solicitar la formulación de una acusación ampliatoria "...si de los debates resultara que el delito revista un carácter más grave que el indicado en el escrito de acusación..."(4) El citado principio, en consecuencia, no está expresamente formulado en el Código, por lo que el deber de correlación –como límite a la potestad de resolver– hay que deducirlo de la sanción procesal del citado artículos 298°.3 CPP.

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.(5) Se exige, en suma, la unidad del objeto procesal entre la acusación y la sentencia *(eadem res)*.

2. Saltando etapas en la evolución de la jurisprudencia penal ordinaria, ha sido en el curso de 1998 que el Supremo Tribunal perfiló con mayor nitidez su posición. Así tenemos la Ejecutoria de 15.9.98, recaída en el "caso

---

(3) 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 31.3 1945). Y, b) "No procede condenar por un delito que no ha sido materia de instrucción ni de la acusación fiscal' (Ej. Sup. de 25.11.1952).

(4) Lo jurisprudencia "antigua", conforme señala GARCÍA RADA, Domingo: "a su vez ha precisado en que 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 instruyo 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, 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. 1951, p. 606. Manual de Derecho Procesal Penal. Ed. Sesator, Lima, 1980, p. 324.

(5) ROXIN Claus, "Derecho Procesal Penal". Ed. Del Puerto. Buenos Aires, 2000, p. 160.

Miguel Angel Chirre Hurtado y otros",(6) en la que la desvinculación, tal como se la conoce en la doctrina procesalista, fue denominada –siguiendo la doctrina alemana– "determinación alternativa".(7)

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 tácticos 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 de la verdad real, de suerte que cumple similar propósito que el *iura novit curia* del derecho privado.

3. Creo, sin embargo, que 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.

3.1 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.(8)

3.2 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,

(6) ROJAS VARGAS, Fidel, "Jurisprudencia Procesal Penal". T. II. Ed. Gaceta Jurídica, 1999, pp. 91/95. Existe por ejemplo, una de 8 de julio de 1998 bajo ese mismo derrotero (Exp. N° 2158-98. Jaen-Lambayeque).

(7) Otros referentes jurisprudenciales: SAN MARTIN CASTRO, César: "Derecho Procesal Penal", T. I, Ed. Grijley, Lima 1999, pp. 571/577.

(8) *Vid:* LEONE, Giovanni: "Tratado de Derecho Procesal Penal", T. II, Ed. EJEA, Buenos Aires, 1963 , p. 400.

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 satisface seguramente las exigencias de otros tantos 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.(9)

3.3 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 sólo aquellos actos con un contenido de ilícito esencialmente equivalente, "circunstancias de hecho comparables desde la 'perspectiva ético-jurídica y psicológica'"(BHG 9, 394).(10)

3.4 En esa misma perspectiva, explica JESCHECK, existen casos en los que según el convencimiento del juez resulta evidente que el acusado, 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

(9) CURY URZÚA, Enrique: "Derecho Penal - Parte General", T. I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1982, pp. 90/91.

(10) MAURACH, Rinhart/ZIPF, Heinz: "Derecho Penal - Parte General". T. I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994, pp. 166/167.

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.(11)

3.5 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".(12)

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.

---

(11) JESCHECK, Hans Heinrich: "Tratado de Derecho Penal - Parte General", Vol. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, pp. 194/291.

(12) Vid:. SCIDH de 17.9.1997. Sus alcances en: SAN MARTÍN CASTRO, César: Ob. Cit., pp. 63/64.

4. El Tribunal Constitucional, en el citado "caso Rutaldo Elmer Alejo Saavedra", consideró: (i) 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 ello 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)) y, (ii) que al condenarse a un imputado por un delito distinto del acusado se vulnera su derecho de defensa, porque éste se basó en el delito acusado no en el que fue materia de condena (Fundamento Jurídico 2°,c)).

En puridad de verdad, el Tribunal Constitucional acoge una noción amplia de objeto procesal. Esta concepción ha sido reiterada por dicho Alto Tribunal en el "caso César Humberto Tineo Cabrera" (STC N° 1230-2002-HC/TC, de 20.6.2002).[13] Allí estableció: (i) 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 189). (ii) 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).

Ello, por consiguiente, exigirá una "reconceptualización" nacional de la denominada "determinación alternativa", o, mejor dicho, de la desvinculación.

5. 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

(13) Diario Oficial El Peruano del 29.8.2002, Año VI, N° 401, pp. 5266/5270.

se refiere al derecho a conocer la acusación y a la prohibición de indefensión.(14) 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.(15) El principio de contradicción, en palabras de BELING, exige al tribunal que tenga en cuenta las alegaciones tácticas 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.(16)

PEDRAZ PENALVA puntualiza que, en puridad, el derecho a ser informado a 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 de 25.3.1999, "caso Plissier y Sasso v. Francia"), 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 verdad, la razón jurídica de la imputación– que los Tribunales pudieran presentar en su contra.(17)

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,

---

(14) ARMENTA DEU, Teresa: "Principio acusatorio y Derecho penal", Ed. Bosch, Barcelona, 12995, pp. 33/34.

(15) ORTELLS RAMOS, Manuel: "El proceso penal abreviado - nueve estudios", Ed. Comares, Granada, 1997, p. 200.

(16) BELING, Ernst: "Derecho Procesal Penal", Ed. Labor, Buenos Aires, 1943, p. 26.

(17) PEDRAZ PENALVA, Ernesto: "Derecho Procesal Penal". Tomo I, Ed. Colex, Madrid. 2000. 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 [Ob. Cit., pp. 262/263].

es capaz de producir consecuencias punitivas) y la persona del imputado. El segundo, en cuando se integra al derecho de defensa, cuida que el acusado pueda manifestarse y producir todas las pruebas que estime necesarias a su interés respecto de ese objeto en su conformación inicial y sucesiva.(18)

6. 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, 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 (19). 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 se adopte al proceso de aquel contenido dialéctico que le es consustancial.(20)

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 correlativa a este derecho, en tanto expresión funda-

---

(18) ASENCIO MELLADO, José María: "Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal", Ed. Trivium, Madrid, 1991, pp. 70 y 94.

(19) SAN MARTÍN CASTRO, César: Ob. Cit., pp. 72/75.

(20) ASENCIO MELLADO, José María: Ob. Cit., p. 95.

mental 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.(21) Pero no sólo ello, sino que cuando 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.

7. 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 y ASENCIO). 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.(22) El Tribunal Constitucional Español ha señalado:

a) 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).

(21) LEONE, Giovanni: Ob. Cit., pp. 390/392.

(22) MORENO CATENA, Víctor y otros: El Proceso Penal, T. III, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 2375.

b) 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, respetando la identidad de los hechos, se trate de tipos penales homogéneos" (STC N° 205/1989).

8. 8.1 Por tanto, el alcance del principio acusatorio, para la determinación de la fundamentación táctica 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".(23)

MANZINI expone sobre este punto que: a) existe mutación esencial del hecho acusado cuando los elementos materiales o aún 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 sólo 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 o concretas circunstancias agravantes, o de simple modalidad, en forma que no dejen incertidumbre alguna sobre el objeto de la imputación ni quiten al imputado ningún conocimiento necesario para su defensa.(24)

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 im-

(23) ROXIN, Claus: Ob. Cit., p. 161. LEONE, 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" (Ob. Cit., p. 392).

(24) MANZINI, Vincenzo: "Tratado de Derecho Procesal Penal", T. IV, Ed. EJEA, Buenos Aires, 1953, pp. 361/368.

putación– 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.(25)

8.2 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, 30.10.2000).(26)

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.

---

(25) ORTELLS RAMOS, Manuel: Ob. Cit., pp. 201/203.

(26) D'ALBORA, Francisco J.: "Código Procesal Penal de la Nación", Lexis Nexis, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 871.

8.3 Desde esta misma perspectiva, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 17.1.1970 recaída en el "caso Delcourt v. Bélgica", estableció que ambas cuestiones: el hecho y su calificación, forma parte del contenido del artículo 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 sólo debe estar bien fundada en los hechos, sino en el Derecho). En el "caso Deweer", STEDH de 27.2.1980, 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 táctico, como la justificación jurídica de la misma, de modo que infringiría los derechos del artículo 6 la sentencia que se pronunciara sobre una acusación respecto a la cual lo anterior no hubiera sido previamente garantizado. En el "caso Adolf", STEDH de 19.12.1989 mencionó como derecho involucrado "el Derecho a ser informado detalladamente de la naturaleza y causa de la acusación". Finalmente, en el "caso Colak v. Alemania", STEDH de 6.12.1988, se consideró necesaria que toda posible variación de la tipificación del hecho delictivo objeto de acusación debe ser previamente comunicada a la defensa y que el Tribunal no necesariamente en la sentencia puede fallar de acuerdo a 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 sólo en los resultados de las sesiones del juicio.

8.4 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 artículos 265°.1 OPP Alemana[27]– que el Tribunal necesariamente debe ilustrar al imputado el posible cambio de tipificación, dándole oportunidad de defensa.[28] Esta técnica procesal, puntualiza Ellen SCHLÜCHTER, se utiliza para evitar que, siendo un mismo hecho procesal, al no poder variar la tipificación, se le

---

[27] Art. 265° OPP República Federal Alemana.– (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".

[28] VERGER GRAU, Joan: "La defensa del imputado y el principio acusatorio", Ed. Bosch, Barcelona, 1994, p. 142.

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.(29)

9. GIMENO, realiza seguidamente dos acotaciones: a) 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, b) que para constatar que se ha infringido los artículos 139°.3 y 14 de la Constitución 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.

RIFA 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 y declarado probado, constituya el supuesto táctico de la calificación de la sentencia; c) todos los elementos tácticos 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 táctico sea sustancialmente el mismo.(30) 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.(31)

El fallo de nuestro Tribunal Constitucional, a fin de darle un sentido muy delimitado, se circunscribió a cuestionar que en la variación de la

(29) SCHLÜCHTER, Ellen: "Derecho Procesal Penal", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 83.

(30) RIFÁ SOLER, José María / VALLS GOMBAU, José Francisco: "Derecho procesal penal". Ed. Iurgium, Madrid, 2000, p. 262.

(31) CALDERÓN CEREZO, Ángel / CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: "Derecho Procesal Penal", Ed. Dykinson, Madrid, 2002, p. 424.

tipificación llevada a cabo por el Tribunal Superior se incorporaron de oficio elementos normativos que no fueron objeto de debate contradictorio, lesionándose irrazonablemente la defensa del imputado.

Es de acotar, siempre siguiendo a GIMENO, que el juego del principio acusatorio y del derecho de defensa impiden 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. (32) Esta imposibilidad, empero, se superará en la medida en que el Tribunal plantee la "tesis" y propicie un debate contradictorio al respecto.

10. Otro tema objeto de discusión en orden al principio de congruencia, tiene que ver con la determinación si la pena pedida por el Ministerio Público –el *petitum* de la pena– tiene eficacia delimitadora del objeto del proceso penal. La doctrina 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.(33) Se agrega que la medición de 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 (artículo 139°.5 Constitución) el órgano jurisdiccional habrá de motivar específicamente no sólo 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 2.3.2000, y N° 122/2000, de 16 de mayo de 2000.

---

(32) GIMENO SENDRA, Vicente: "Los procesos penales", T. 5, Ed. Bosch. Barcelona, pp. 694/695.

(33) Por todos: CALDERÓN, Ángel / CHOCLÁN, José: "Derecho Procesal", Ed. Dykinson. Madrid. 2002, p. 426.

En el último fallo invocado, empero, existe un voto singular de dos Magistrados, en el que se considera que la posibilidad de agravar de oficio la pena, imponiendo una por encima del requerimiento fiscal, excede el sistema 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 7.6.1993), 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.(34)

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 este 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 '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".(35)

11. Conclusión. 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

(34) Vid.: MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: "La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio", Ed. Comares, Granada, 1994, pp. 88/89.

(35) DÍAZ CABÍALE, José Antonio: "Principio de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez", Ed. Comares, Granada, 1996, p. 386.

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 al derecho de defensa, en su ámbito de "previo conocimiento de los cargos".

12. 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. (36) 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.(37)

Sin embargo, la doctrina procesalista estima que ello no es así, pues importaría introducir un elemento que es ajeno a la identidad objetiva del hecho punible, centrado en la calificación jurídica, de lo que seguiría que si las partes no aceptan la "Tesis" condicionarían la actividad del tribunal.(38) 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.

III. DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y LEY N° 27569

1. La STC 5/2001-AI, de 15.11.2001, declaró Inconstitucionales los Decretos Legislativos N° 895 y 897. Es importante anotar, en vía de esclarecimiento constitucional, algunos alcances de la aludida sentencia:

1.1 Que define con toda claridad dos conceptos que la Ley N° 26950, de 18.5.1998, confundió torticeramente: seguridad nacional y seguridad ciudadana; el primero tiene como contenido la integridad territorial y el orden constitucional democrático: y, el segundo, el orden público

(36) MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: Ob. Cit, pp. 73/74.

(37) ORTELLS RAMOS, Manuel: Ob Cit., p. 166.

(38) Vid.: GIMENO SENDRA. Vicente y otros: "Derecho Procesal Penal", Ed. Colex, Madrid, 1996, p. 218.

interno: paz, seguridad y tranquilidad de los ciudadanos, sin mediar el factor político o el trasfondo ideológico.

1.2 Que el poder punitivo del Estado debe ser congruente con los principios constitucionales y razonablemente proporcionado no sólo al hecho delictivo, sino también al bien jurídico protegido, lo que exige taxatividad y determinabilidad del tipo penal, así como estricta delimitación del bien jurídico penal.

1.3 Que la propia ley autoritativa, por su incongruencia, es inconstitucional: no coincide la materia delegada con el objetivo de la delegación: combatir la delincuencia común en su expresión de bandas armadas; inconstitucionalidad que ocasiona la de los Decretos Legislativos dictados a su amparo.

1.4 Que, en cuanto al fondo, la tipificación del terrorismo especial vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad (artículo 45° Constitucional), al calificar de terrorista al que integra o sea cómplice de una banda armada. En el terrorismo, el bien jurídico tutelado es el régimen político democrático, la Seguridad Nacional; no toda banda armada es terrorista, por falta del elemento subjetivo tipificante.

1.5 Que la red de atribuciones a la policía en la fase preliminar o preprocesal lesionan la competencia del Ministerio Público, pues es la Fiscalía la encargada de conducir el proceso en dicha fase, mientras la Policía desarrolla una función ejecutiva y subordinada funcionalmente al MP. Se infringe, por ende, el art. 159°.4 de la Constitución.

1.6 Que la presunción de inocencia es un elemento que conforma el debido proceso. Contraría esa previsión que se ordene al juez dictar mandato de detención obligatoriamente. De igual manera, la prohibición de conceder libertades, adicionalmente, lesiona el derecho de defensa. Desnaturaliza el debido proceso, porque puede limitar la libertad, no resolver cuestiones previas en su momento y derivarlas al fallo definitivo.

1.7 Que los procesos no pueden continuar en el Fuero Militar, bajo ningún concepto, porque la norma ordinaria es inconstitucional: no es un delito de terrorismo.

2. El Poder Legislativo, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 204° Const. que señala que la ley demandada al día siguiente de la publicación de la Sentencia que la declara inconstitucional queda sin efecto,

dictó la Ley N° 27569, de 2.12.2001. Es de precisar que, en principio, la declaración de inconstitucionalidad de una ley, no tiene efecto retroactivo; empero, por excepción constitucionalmente prevista, incluida en el artículo 103°, II Párrafo de la Constitución se exceptúa la materia penal, al punto que el artículo 40, II Párrafo, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) N° 26435, de 10.1.1995, estatuye que se trata de un caso de excepción para revivir procesos fenecidos. Esa es, pues, la legitimidad de la Ley N° 27569.

Dicha Ley, en su artículo 1 señala que todas las personas, procesadas o sentenciadas conforme a los Decretos Legislativos N° 895 y 897 serán sometidas a nuevo juicio en la jurisdicción ordinaria con arreglo al ordenamiento jurídico penal vigente. El artículo 2° precisa que no se produce una excarcelación automática y que el plazo de detención se cuenta desde el 17.11.2001, día de publicación del fallo constitucional. El artículo 3° estatuye que el Fuero Militar remitirá todos los expedientes al Presidente de la Corte Suprema, procesos que se sujetará a nuevo procesamiento de todas las personas implicadas o, en todo caso, se adecúen las causas en trámite a lo dispuesto por esta ley.

3. Esta ley trae, sin dudas, problemas serios de interpretación, más por lo que no dice que por lo dice. Cabe señalar lo siguiente:

3.1 Que el grueso de las disposiciones de la Ley están en función al delito de terrorismo especial (D.Leg. N° 895), que es una ley estatutaria general, por cuanto tiene normas penales materiales, procesales y de ejecución penal. Las figuras de terrorismo especial fueron trasladadas, ilegítimamente por cierto, al conocimiento de la jurisdicción castrense. La Ley N° 27235 se limitó a incorporar el conocimiento de ese delito a la jurisdicción ordinaria, aunque en su Segunda Disposición Final estableció que los procesos en trámite quedaban radicados en la jurisdicción militar, lo que fue censurado constitucionalmente por el Tribunal Constitucional.

3.2 Que desde esa lógica –de las causas por delitos de terrorismo agravado o especial– debe entenderse el artículo 3°. Todas las causas que ilegítimamente, por su propio origen inconstitucional, se vieron en la Jurisdicción Militar deben remitirse a la jurisdicción ordinaria, se trate de causas en trámite como fenecidas. Obviamente, las causas por "delitos agravados", también afectas a la declaración de inconstitucionalidad, deben ser reexaminadas a la luz de las directivas contenidas en la

Sección II de los Fundamentos de la STC 5-2001-AI. Para ello rige el primer extremo del artículo 1 de la Ley que dispone preceptivamente que serán sometidas a nuevo juicio con arreglo a las normas ordinarias vigentes. Se entiende, en este último caso, si se determina la existencia de argumentos sostenidos en el fallo definitivo de tal nivel que coliden con los fundamentos del fallo constitucional; aunque, es claro, que la no declaración de nulidad será excepcional, en tanto la opción legal es por la realización de un nuevo juicio.

4. Creo, por tanto, que debe instrumentarse una lógica procedimental necesariamente diferencial según se trate de las causas por delitos de terrorismo especial o agravado y por delitos agravados. La primera pauta, de carácter general, comprensiva de ambas normas que han quedado sin efecto por la Sentencia del Tribunal Constitucional, tiene que ver si el nuevo juicio ordenado por la Ley N° 27569 comprende a los sobreseídos y a los absueltos, duda que se plantea por el hecho que la norma involucra a procesados y sentenciados.

Considero que el nuevo juicio solo puede entenderse por los condenados y, obviamente, por los procesados. No es posible comprender a los sobreseídos y absueltos por varias razones derivadas del *favor rei*. Téngase en cuenta que la posibilidad de revivir procesos fenecidos, constitucionalmente, siempre se articula en favor del reo; las normas son retroactivas, en tanto tengan efectos penales, siempre para favorecer, nunca para empeorar (artículo 103°, II Párrafo de la Constitución). Es obvio que si la revisión sólo tiene una lógica *in favor rei*, mal se puede construir para perjudicarlo; una garantía no puede funcionar para perjudicar al garantizado, violaría su propia esencia.

A ello cabe agregar un razonamiento de puro derecho ordinario. El artículo 300 CPP, en su versión modificada por el actual Cuerpo Legislativo (Ley N° 27454, de 24.5.2001), hace mención que el recurso de nulidad lo interpone el sentenciado (no dice "el condenado", vocablo utilizado por la norma primigenia) y es claro que el recurso no puede interponerlo un absuelto o sobreseído, pues el presupuesto subjetivo del agravio o gravamen no se cumpliría. Siendo así, el sentenciado es el condenado.

Por otro lado, cabe incorporar, esta vez como argumento definitivo, la vigencia del principio del *ne bis in idem*. El Tribunal Constitucional ha señalado: Primero.- Que se trata de un derecho fundamental innominado,

inserto o que forma parte del contenido esencial del debido proceso y asumible por Imperio del artículo 3° de la Constitución;[39] Segundo.- Que la potestad sancionadora del Estado exige un procedimiento debido en su dimensión formal y en su dimensión sustantiva;[40] y, Tercero.- Que la sanción sólo puede ser parte de un proceso que se guió por normas de indudable constitucionalidad o porque se resolvió aplicando normas sustantivas cuya inconstitucionalidad resulta evidente.[41] Como se trata de un derecho fundamental de la persona, la articulación del ne bis in idem tiene una clara connotación defensiva y de protección; además, siguiendo a VIVES ANTÓN, uno de ios efectos procesales del *ne bis in idem:* no dos veces por lo mismo, estriba en la proscripción del doble riesgo real.[42] Si una persona fue sometida a proceso y en esa causa, pese a su ilegitimidad de origen, se le liberó de cargos, el Estado –sea cual sea el argumento que sustente– ya perdió la posibilidad de volverlo a procesar, pues este segundo proceso sencillamente abriría un riesgo nuevo para su libertad y derechos.

5. La segunda pauta, referida a los procesos por delitos de terrorismo especial culminados en la jurisdicción militar, tiene que ver si es del caso la declaración previa de nulidad y, de ser así, ¿qué órgano lo haría? Considero que un proceso seguido ante un órgano jurisdiccional objetivamente incompetente, por razón de materia, es nulo de pleno derecho. La doctrina procesalista y el ordenamiento procesal solo consideran como excepción la incompetencia territorial, puesto que en ese caso se trata de una irregularidad no relevante al seguirse ante un juez objetivamente competente.

Una causa debe anularse irremediablemente para la continuación de actuaciones procesales. Hace falta, pues, una resolución declaratoria de nulidad. Como quiera que la Ley, en su artículo 1°, al disponer el nuevo procesamiento, no constituye un problema vital la identificación del órgano que debe hacerlo. El artículo 3° da expresa atribución al Presidente de la Corte Suprema disponer lo conveniente para ello; como tal, muy bien

---

[39] STC de 26.1.2001. "Caso Sergio Jhony Villacorta Alfaro": http://tc.gob.pe/jurisprudencia/0474-2000-AA.html.

[40] STC de 4.3.1999. "Caso Nicolás Alberto Ordóñez Meléndez": http://tc.gob.pe/jurisprudencia/0421-1998-AA.html.

[41] STC de 8.9.1999. "Caso Industria de Confección Textil S. A. y otras": http://tc.gob.pe/jurisprudencia/0145-1999-AA.html.

[42] VIVES ANTÓN, Tomás: "Ne bis in idem procesal". Revista del Poder Judicial, p. 364.

puede disponer que la nulidad la dicte la Sala Penal de la Corte Suprema o las Salas Superiores respectivas. Lo cierto es, sin embargo, que la nulidad es imprescindible para reordenar las actuaciones y sólo así debe pasar al Ministerio Público para la promoción de la acción penal, de ser el caso; nulidad que, por lo ya expuesto, no alcanzará a los absueltos y sobreseídos. Es claro, igualmente, que el nuevo proceso –y es nuevo porque el anterior se siguió ante un órgano constitucionalmente incompetente para hacerlo– sólo puede iniciarse a instancia del Fiscal, quien además, decidirá el tipo penal que debe invocar.

Los procesos en trámite seguirán el mismo derrotero. Se anularán las actuaciones en sede militar y se remitirán al Fiscal para que decida la promoción de la acción penal y el tipo penal aplicable (el delito de terrorismo especial, precisamente, ha sido anulado). En ambos casos, la norma resuelve el tema de los reos en cárcel. No serán excarcelados. Su situación jurídica está sujeta a la nueva promoción de la acción penal. En todo caso, para los efectos de fijar el plazo de detención, este se cuenta desde la fecha de publicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional. Ese cómputo, desde luego, está radicado en las disposiciones del artículo 137° CPP, pero de ninguna manera puede tomarse en cuenta para computarlo a los efectos de la compatibilidad entre días de prisión preventiva y días de pena privativa de la libertad impuesta (vid.: artículo 47° CP).

6. La tercera pauta tiene que ver con los procesos por "delitos agravados". ¿El nuevo juicio es inevitable en todos los casos? Recuérdese, por lo menos, dos datos: 1) Que el Decreto Legislativo N° 897, a diferencia del Decreto Legislativo N° 895, es una norma procesal y de ejecución penal; 2) Que la Ley N° 27472, de 5.6.2001, derogó todas las normas procesales en sede jurisdiccional y de ejecución penal, habiendo dejado subsistente todas las normas en sede policial, que son las declaradas inconstitucionales por el fondo por el Tribunal Constitucional.

Si solo entramos a lo directamente resultante de la parte dispositiva de la Sentencia del Tribunal Constitucional (Nótese que existen problemas mayores si se asume la consideración del Tribunal Constitucional al sostener que la propia ley de delegación es inconstitucional), cabe sostener:

6.1 Que las causas fenecidas seguidas al amparo de un procedimiento globalmente inconstitucional debe ser anuladas y, por tanto, remitirse al juez penal para su nuevo trámite; nuevo procesamiento que precisamente, es la opción asumida por la Ley. Es de entender que subsiste la denuncia

formalizada del Fiscal, pues no hay causales de nulidad que tengan que ver con la competencia objetiva y porque como el artículo 1 del citado Decreto Legislativo fue modificado por la Ley N° 27472, la declaración de inconstitucionalidad no le afecta al colegirse del fallo constitucional que ese hecho: la nueva ley, supera la ilegitimidad formal de origen de la norma, tanto más si los tipos penales son simplemente delitos comunes insertos en el Código Penal, aunque ya no pueden denominarse "delitos agravados", sino mencionarse por el propio ***nomen iuris***.

6.2 Que las causas en trámite deben reordenarse en el estado en que se encuentren. Si existe sentencia dictada, esta solo se anulará si se sustentó en pruebas o en un procedimiento probatorio inconstitucional: confesiones bajo arresto policial ilegal, presencia de abogados en sede policial impuestos por la Policía, imposibilidad de actuaciones probatorias por términos muy cortos, imposibilidad de emplazar como testigos a los policías que intervinieron en la investigación, rechazo de recusaciones por imperio de la ley pese a su razonabilidad. Si no hay sentencia, la nulidad podría declararse en aquellos casos en que la etapa de instrucción ya culminada, deba reabrirse para garantizar los derechos a la contraprueba del imputado, etc.

La reforma de la justicia militar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el contenido material del delito de función (*)

SUMARIO: **I.** Introducción **II.** La jurisdicción militar antes de la reforma diseñada por el D. Leg Nº 961 y la Ley Nº 28665. **III.** La reforma postulada por el D. Leg Nº 961 y la Ley Nº 28665 de 2006. **IV.** Hacia una delimitación del contenido material del delito de función. **V.** De la promulgación de la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial (Ley Nº 29182) y la "rebeldía legislativa" del Congreso de la República. **VI.** Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma de la justicia militar policial ha obedecido a la urgente democratización del juzgamiento penal, a nivel de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional a la necesidad de que esta se ajuste a los principios y garantías de un Estado constitucional de derecho y sea respetuosa de las obligaciones internacionales que en materia de derechos humanos ha asumido el Estado peruano.

(*) Este artículo fue elaborado con la ayuda del Dr. Fidel MENDOZA LLAMACPONCCA.

Para ello, la reforma ha sido promovida –aun cuando se encuentren pendientes sus resultados– en todos los niveles del poder estatal, los organismos autónomos y la sociedad civil. Ha sido de fundamental importancia el esfuerzo dirigido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el recto cumplimiento de las obligaciones estatales asumidas por el Perú de cara a la salvaguarda de los derechos fundamentales puestos en riesgo a nivel del procesamiento por los tribunales militares. En tal sentido, se ha canalizado el deber de garantía estatal asumido por el Perú ante la comunidad internacional y el derecho internacional de los derechos humanos, a través de la aceptación por nuestros tribunales de diversos pronunciamientos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recogiendo su doctrina jurisprudencial sobre asuntos de justicia militar policial, tanto a nivel de la jurisdicción ordinaria como por el propio TC.

Ahora bien, a pesar de los denodados esfuerzos por lograr el éxito de la reforma de la justicia militar policial, esta todavía se encuentra pendiente, ya que el legislador no ha tenido un auténtico espíritu de reforma que canalice las directrices ya diseñadas por el TC y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de garantías jurisdiccionales y derechos fundamentales. Los mismos que, a nivel del procesamiento por la jurisdicción especializada en lo penal militar, todavía reclaman su salvaguarda legal con el objeto de que esta se ajuste a los principios que un Estado de Derecho impone.

Esta falta de compromiso legislativo para la dación de una legítima reforma legal en materia de justicia militar ha tenido su más reciente manifestación en la promulgación de la Ley N° 29182 (nueva Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial) del 11 de enero de 2008, a través de la cual se ha reincidido en diseñar un inconstitucional esquema de organización y funciones de los órganos que habrían de asumir competencia para el juzgamiento de los delitos de función. Esto en evidente colisión con parámetros constitucionales ya establecidos en su oportunidad por el TC. Ahora bien, pese a que a la fecha no existe una sentencia de inconstitucionalidad que expulse del ordenamiento jurídico la citada ley, es previsible que se dé dicha declaratoria, toda vez que el Poder Legislativo no ha cumplido con rectitud su deber constitucional de legislar en una materia en la que existe sentencia del TC en calidad de cosa juzgada. Así mismo, dicho mandato tampoco ha sido obedecido por el Poder Ejecutivo, al promulgar dicha ley

claramente inconstitucional. De esta manera, ambos poderes han incurrido en lo que el Tribunal ha denominado "situación de rebeldía legislativa"[1].

La citada ley repite diversas cuestiones que ya han sido declaradas inconstitucionales por el TC[2], las mismas que, en su oportunidad, fueron ilegítimamente previstas por la Ley N° 28665, Ley de Organización, Funciones y Competencia de la jurisdicción especializada en materia Penal Militar Policial del 7 de enero de 2006. Se trata, entre otros aspectos de discutible constitucionalidad, de la manifiesta afectación de los principios de la función jurisdiccional de independencia e imparcialidad judicial y de la unidad y exclusividad en la función jurisdiccional; así como la conformación de un Tribunal Supremo Militar Policial constituido por vocales supremos procedentes del Cuerpo Jurídico Militar Policial en situación de actividad, el nombramiento de los citados vocales supremos por el Presidente de la República, la conducción del juzgamiento y la composición de los órganos fiscales por oficiales en situación de actividad, la creación de un Órgano de Control de la Magistratura Militar Policial independiente de la OCMA.

Frente al panorama de una inconclusa reforma de la justicia militar, las siguientes reflexiones tienen por objeto establecer el estado de la cuestión referente a los aportes para su desarrollo. Se toma como punto de partida el análisis y cuestionamiento de las sentencias de inconstitucionalidad que en la materia ha emitido el TC. Además, se presentarán los casos más resaltantes resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativos a la materia. Para ello presentaremos brevemente el marco histórico-legislativo de la justicia militar peruana con referencia a nuestro análisis de los recientes esfuerzos del TC sobre la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley N° 29182 y el D. Leg N° 961 (CJMP). En seguida, analizaremos las garantías procesales y materiales afectadas por la citada legislación de reforma. Finalmente, desarrollaremos algunos criterios rectores que permitan fundamentar y delimitar el contenido material del delito de función, los cuales han sido establecidos como pre-

[1] STC 1605-2008-PHC/TC, del 11 de enero de 2008.

[2] En sus sentencias recaídas sobre las causas N° 4-2006-AI/TC, 6-2006-AI/TC y 12-2006-AI/TC, y con antelación las causas N° 17-2003-AI/TC y 23-2003-AI/TC.

cedente vinculante por la Corte Suprema de Justicia[3], en concordancia con la jurisprudencia establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el TC.

II. LA JURISDICCIÓN MILITAR ANTES DE LA REFORMA DISEÑADA POR EL D. LEG Nº 961 Y LA LEY Nº 28665

1. Aspectos histórico-legislativos de la Justicia militar peruana

La Constitución de 1834, promulgada durante el gobierno interino del Mariscal Luis José Orbegoso y Moncada, fue la primera Constitución que estableció una referencia expresa a la jurisdicción militar. En su art. 110 calificaba como "especial" el ejercicio de jurisdicción por parte de los tribunales militares. Esta norma previó una estructura del órgano de procesamiento militar y señaló que: "habrá un Consejo Supremo de la Guerra, compuesto de vocales y un fiscal nombrados por el Congreso (...). La ley determinará los lugares donde deban establecerse estos tribunales especiales, el número de sus vocales, y sus respectivas atribuciones". Las Constituciones posteriores de 1839 (gobierno del Mariscal Agustín Gamarra), 1856 y de 1860 (primer y segundo gobierno del Mariscal Ramón Castilla) no hicieron referencia concreta a las funciones que habría de desempeñar la jurisdicción castrense, no obstante esto, funcionó fluidamente[4]. Esta evolución legislativa de inicios de la República tuvo como principales derroteros: primero, la numerosa legislación de reforma de la jurisdicción militar heredada de la colonia, promulgada durante los primeros años de la declaratoria de independencia; segundo, la Ley promulgada en mayo de 1865 que aprobó el "Código Militar peruano" durante el gobierno del General Juan Antonio Pezet, pero que no entró en vigencia por la revolución nacionalista que encabezó desde Arequipa el General Mariano Ignacio Prado, la cual depuso a Pezet; y, tercero, la aprobación del primer Código de Justicia Militar, mediante Ley del 20 de diciembre de 1898. Este primer Código de Justicia Militar fue promulgado durante el gobierno de Nicolás de Piérola y tuvo como fuente de origen la reorganización del Ejército peruano, destinada a reestructurarlo y tecnificarlo[5], a cargo de una misión francesa presidida por el Crnel. Pablo Clement.

---

[3] Resolución de Competencia Nº 18-2004, del 17/12/04, FJ 3, 5, 6 y 7.

[4] SAN MARTÍN CASTRO [2002: 105].

[5] PEREIRA CHUMBE [2002: 365]; DOIG DÍAZ [2002: 43].

Posteriormente, fueron promulgados el Código de Justicia Militar de 1939 (Ley N° 8991 del 16 de octubre de 1939, durante el gobierno del Gral. Óscar R. Benavides), el Código de Justicia Militar de 1950 (D.L. N° 11380 del 29 de mayo de 1950, durante el gobierno del Gral. Manuel A. Odría), la Ley Orgánica de Justicia Militar de 1963 y el Código de Justicia Militar de 1963 (D.L. N° 14612 y D.L. N° 14613, respectivamente, ambos del 25 de julio de 1963, durante el gobierno del Gral. Nicolás Lindley López). Luego de las sucesivas daciones de estas leyes y Códigos en materia de justicia militar, fue durante el saliente gobierno. La *Ley Orgánica de Justicia Militar* (D.L. N° 23201, del 19 de julio de 1980) y el *Código de Justicia Militar* (D.L. N° 23214, del 24 de julio de 1980) fueron dictados por el gobierno del Gral. Francisco Morales Bermudes. Finalmente, mediante D.L. N° 26677 (del 07 de octubre de 1996), se estableció un procedimiento sumario de juzgamiento que modificó el cuerpo normativo del CJM[6].

2. Del Código de Justicia Militar y la Ley Orgánica de Justicia Militar de 1980. Su declaratoria de inconstitucionalidad

El modelo de justicia militar que fue establecido en el CJM (D.L. N° 23214), la Ley Orgánica de Justicia Militar (D.L. N° 23201) y la Ley N° 24150 reguladora de la actuación de las Fuerzas Armadas durante los Estados de emergencia (Ley). Tenía como principales características: a) la afectación manifiesta de derechos fundamentales de contenido procesal mediante el recorte de garantías personales y la vulneración de principios de la función jurisdiccional; b) la dependencia orgánica de la jurisdicción militar del Poder Ejecutivo; c) la falta de claridad en el establecimiento de un concepto material de delito de función como único comportamiento militar o policial objeto de procesamiento por la jurisdicción militar; d) la extensión del ámbito castrense al juzgamiento de civiles por la comisión de delitos traición a la patria y terrorismo y/o por la simple afectación de intereses militares; e) la conformación de los tribunales de juzgamiento por militares en situación de actividad, dependiendo funcionalmente del Ejecutivo; f) la estructura y desarrollo de un proceso de corte inquisitivo[7]; g) la falta de cumplimiento del principio de independencia y objetividad del Ministerio Público[8].

---

[6] ETO CRUZ [1997: 359]. Asimismo, DONAYRE MONTESINOS [2006: 68-69]. Sobre la evolución legislativa de la justicia militar en el Perú, PEREIRA CHUMBE [2002: 358 y ss.].

[7] ASENCIO MELLADO [2002: 69].

[8] Defensoría del Pueblo [2006: 9-10].

Dicho modelo fue cuestionado por las demandas de inconstitucionalidad contra el D.L. N° 23214, el D.L. N° 23201 y la Ley N° 24150, formuladas por la Defensoría del Pueblo. Estas demandas dieron lugar a la emisión de las sentencias de inconstitucionalidad recaídas sobre los Exp. N° 17-2003-AI/TC (del 16/03/04) y Exp. N° 23-2003-AI/TC (del 09/06/04), mediante las cuales el TC las declaró fundadas en parte y exhortó al Parlamento para que en un plazo de 12 meses apruebe y dicte un nuevo marco legislativo de la justicia militar. El Parlamento dictó la Ley N° 28665, publicada el 7 de enero de 2006 (Ley de Organización, Funciones y Competencia de la jurisdicción especializada en materia Penal Militar Policial), mientras que con fecha 11 de enero del mismo año se publicó el D.Leg N° 961, denominado CJMP.

III. LA REFORMA POSTULADA POR EL D. LEG N° 961 Y LA LEY N° 28665 DE 2006

Las sentencias que declararon parcialmente fundadas en parte las demandas de inconstitucionalidad formuladas por la Defensoría del Pueblo fijaron un mandato al Poder Legislativo a fin de que dicte el marco normativo que supla la inconstitucional legislación penal militar. El TC –en un primer momento– fijó 12 meses de plazo, desde la publicación de la sentencia de inconstitucionalidad (30 de octubre de 2004). Sin embargo, el 4 de noviembre de 2004, el mismo tribunal emitió una resolución aclarativa[9], a la demanda de la procuraduría encargada de los asuntos judiciales de la justicia militar. Dicha resolución fue publicada el 7 de enero de 2005. Sobre la base de una cuestionada interpretación[10], el TC, mediante oficio, comunicó al Congreso de la República que el plazo para la emisión de la reforma legislativa vencía el 7 de enero de 2006. La Ley N° 28665 (Ley de Organización, Funciones y Competencia de la jurisdicción especializada en materia Penal Militar Policial) fue publicada el 7 de enero de 2006 y el D.Leg N° 961, el 11 de enero del mismo año.

---

[9] STC N° 23-2003-AI/TC, resolución aclarativa del 04/11/04.

[10] LOVATÓN PALACIOS [2007: 52-53]; DONAYRE MONTESINOS [2006: 76].

1. La declaratoria de inconstitucionalidad de la legislación de reforma

Frente a dicha situación, las instituciones más reconocidas del país postularon de manera unánime la inconstitucionalidad de la Ley y del D.Leg mencionados. Así, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Colegio de Abogados de Lima, la Defensoría del Pueblo, la Fiscalía de la Nación y la sociedad civil se pronunciaron sobre la ausencia de un verdadero espíritu de reforma del legislador en materia penal militar(11). Fue precisamente en dicho contexto que la Fiscalía de la Nación formuló su demanda de inconstitucionalidad contra algunas disposiciones de la Ley N° 28665. Mediante la sentencia recaída sobre el Exp. N° 4-2006-PI/TC (del 29/03/06), el TC declaró la inconstitucionalidad parcial de dicha ley.

Con su nueva sentencia, el TC mantuvo su línea jurisprudencial ya consolidada, conforme a la cual resolvió los expedientes de inconstitucionalidad N° 0017-2003-AI/TC y 23-2003-AI/TC. Insistió en el criterio constitucional de que los militares en situación de actividad no podían asumir funciones jurisdiccionales, ni a nivel del Poder Judicial ni a del Ministerio Público, por cuanto sus labores dependerían en concreto del Poder Ejecutivo y no del Poder Judicial(12). Asimismo, rechazó la limitación que se pretendía ejercer sobre el Consejo Nacional de la Magistratura para la selección de jueces y fiscales militares. Declaró también inconstitucional la atribución de la justicia militar de resolver acciones de garantía formuladas a nivel del procesamiento por delitos de función. Así, rechazó, igualmente, la pretendida excepción de autonomía de la Fiscalía Militar Policial respecto del Ministerio Público(13).

Con posterioridad al recurso de la Fiscalía de la Nación, el Colegio de Abogados de Lima interpuso una nueva demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28665. La que fue declarada fundada en parte, mediante sentencia recaída sobre el Exp. N° 6-2006-PI/TC (del 13/06/06). Siguiendo el tenor de lo resuelto en la sentencia dictada en el Exp. N° 4-2006-PI/TC,

(11) PEREIRA CHUMBE [2002: 401-402].

(12) DOIG DÍAZ [2002: 32].

(13) DONAYRE MONTESINOS [2006: 79].

el TC reiteró que la Ley N° 28665 infringía principios elementales de un Estado de derecho, lo que resultaba evidente por el ejercicio de jurisdicción militar por magistrados militares policiales en servicio, Además, subrayó la inconstitucionalidad de las funciones atribuidas a una Academia de la Magistratura Militar Policial para la capacitación de jueces y fiscales en lo militar policial. También, confirmó el desarrollo jurisprudencial alcanzado en materia de garantías procesales afectadas por la dación de normas manifiestamente inconstitucionales.

Finalmente, el Colegio de Abogados de Lima interpuso demanda de inconstitucionalidad contra el D.Leg N° 961, llamado CJMP. En la sentencia N° 12-2006-AI/TC (del 15/12/06), se declaró fundada en parte la demanda y, consecuentemente, fue declarado inconstitucional un grupo de disposiciones contenidas en dicho cuerpo legislativo.

2. La declaratoria parcial de inconstitucionalidad de la Ley N° 28665 (Ley de Organización, Funciones y Competencia de la jurisdicción especializada en materia Penal Militar Policial)

La inconstitucionalidad de varios de los artículos de la Ley N° 28665 fue declarada por tratarse de una regulación abiertamente incompatible con la jurisprudencia establecida por el TC (en las sentencias recaídas en los expedientes N° 17-2003-AI/TC y 23-2003-AI/TC) y por violar las obligaciones internacionales que, en cuanto a derechos humanos, había asumido el Estado peruano.

Las sentencias de inconstitucionalidad referidas afirmaban también la incompatibilidad de la citada legislación militar respecto a las garantías procesales de la función jurisdiccional, previstas en la Constitución, de la unidad, la exclusividad, la independencia e imparcialidad judicial. Asimismo, cuestionó todo el aparato orgánico que dicha legislación postulaba, por ejemplo, con el establecimiento de un órgano distinto a la Academia de la Magistratura en la selección de jueces y fiscales en lo penal militar policial. Así mismo, reiteró la absoluta incompatibilidad de la condición de militar o policía en situación de actividad con la vigencia del principio de independencia e imparcialidad judicial. Finalmente, dejó esclarecida la prohibición de que exista un Ministerio Público en lo Penal Militar como una excepción de la autonomía de dicho ministerio y declaró que toda Fis-

calía fuera del Ministerio Público vulnera la autonomía de esta consagrada en el art. 158° de la Constitución(14).

Los aspectos medulares de la sentencia de inconstitucionalidad referida a la Ley N° 28665, precisamente, se dirigieron a declarar la plena vigencia de los principios de la función jurisdiccional de unidad y exclusividad, así como las garantías judiciales de imparcialidad e independencia, además señaló que son absolutamente vinculantes para la justicia militar, en su condición de especialidad de la potestad jurisdiccional del Estado(15).

3. Garantías procesales afectadas con la promulgación de la Ley N° 28665

A. *La unidad jurisdiccional*

La potestad jurisdiccional, siguiendo a MONTERO AROCA, está determinada constitucionalmente por tres principios fundamentales: la unidad jurisdiccional, su exclusividad y la necesidad del juez predeterminado por ley(16). Así, conforme establece la Constitución Política en sus arts. 138° y 139° inc. 1, la unidad de la jurisdicción es un principio de la función jurisdiccional según el cual el Poder Judicial es el poder estatal constitucionalmente

(14) Entre otros aspectos fundamentales, se declaró también inconstitucional el art. 9 inc. 6 de la Ley N° 28665, que establecía que la "creada" Sala Suprema Militar Policial tenía entre otras funciones la competencia para la resolución de las cuestiones de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la militar policial, para el juzgamiento por la comisión de presuntos delitos de función. Sin embargo, como sostuvo el TC, aquello era inconstitucional porque dicha función constituye competencia material únicamente realizable por la jurisdicción ordinaria y no por la justicia militar. Asimismo, señaló que era inadmisible que sea la justicia militar quien vaya a dirimir aquellas contiendas en las que se discuta precisamente la competencia de la justicia militar para conocer de los delitos de función. Expresamente señaló: "Determinar la competencia en aquellos casos en los que exista duda respecto de la jurisdicción que debe conocer un delito de función es una competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria, que tiene su fundamento en el principio de imparcialidad judicial, estrechamente vinculado con el principio de independencia judicial previsto en el art. 139°, inciso 2, de la Constitución". Cfr. STC N.N. 4-2006-PI/TC, del 29/03/06, FJ 45-46.

(15) SAN MARTÍN CASTRO [2002: 117]; DOIG DÍAZ [2002: 54]. DONAYRE MONTESINOS [2008: 506]; LOVATÓN PALACIOS [2007: 86-87].

(16) MONTERO AROCA [2000: 80-81].

legitimado para administrar justicia, a través de sus órganos jerárquicos y diferenciados[17]. Por ello, al ser la jurisdicción una potestad emanada de la soberanía popular, ésta es única[18]. Su ejercicio no depende de un único órgano sino de un poder estructural del Estado, el Poder Judicial. Lo que es, por tanto, consecuencia del principio de división de poderes[19].

En la sentencia recaída en el Exp. N° 17-2003-AI/TC, el TC señaló que el principio de unidad de la función jurisdiccional: "se sustenta en la naturaleza indivisible de la jurisdicción, como expresión de la soberanía. Según ésta, la plena justiciabilidad de todas las situaciones jurídicamente relevantes han de estar confiadas a un único cuerpo de jueces y magistrados, organizados por instancias, e independientes entre sí, denominado Poder Judicial"[20].

Ahora bien, la unidad de la jurisdicción constituye una negación de la idea de fragmentariedad de la potestad de resolver conflictos jurídicos interindividuales, por lo que es constitucionalmente exigible el aseguramiento de la individualidad y unidad de dicho atributo soberano a favor del Poder Judicial. Sin embargo, debe precisarse que el principio de unidad no obsta a que puedan establecerse, incluso al interior del Poder Judicial, juzgados especializados. La Constitución prevé como tales la justicia militar y la arbitral. Los cuales deben estar sujetos a las garantías y límites constitucionales previstos para el ejercicio de la potestad jurisdiccional, como el debido proceso y la tutela judicial efectiva. Por tanto, si bien el carácter unitario de la función jurisdiccional no implica la inexistencia constitucional de especialidades jurisdiccionales, como la militar, el poder jurisdiccional es uno solo. En ese sentido, señala DOIG DÍAZ: "estas especialidades no tienen por qué considerarse como excepciones a la unidad jurisdiccional. Puede entenderse que la jurisdicción militar y la arbitral son especialidades sobre la que también debe tener presencia la unidad jurisdiccional con sus principios"[21]. En efecto, la justicia militar no constituye, pues, una excepción al principio constitucional de unidad jurisdiccional, sino antes

---

[17] GARCÍA BELAÚNDE [1997: 122].

[18] GÓMEZ COLOMER [2004: 117].

[19] ÁLVAREZ CONDE [2000: 245].

[20] STC N° 17-2003-AI/TC, del 16/03/04, FJ 113.

[21] DOIG DÍAZ [2002: 54]. De acuerdo con nuestra comprensión, DONAYRE MONTESINOS [2008: 506].

bien una especialidad de ésta. Por tanto, le es absolutamente vinculante el pleno respeto a los principios jurisdiccionales de unidad, exclusividad e independencia.

Sobre esta base, el TC[22] ha declarado la incompatibilidad del art. 8° de la Ley N° 28665[23] con el principio de unidad jurisdiccional, por cuanto según este dispositivo la creada Sala Suprema Penal Militar Policial de la Corte Suprema de Justicia debería de someterse no sólo a lo establecido en la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino también a un régimen especial distinto "en aplicación del principio de primacía de la norma específica"[24]. Dicho criterio ha sido declarado inconstitucional en el sentido que: "se vulnera el principio de unidad de la función jurisdiccional cuando se crea un estatuto jurídico especial (Ley 28665) que establece reglas básicas de organización y funcionamiento de un órgano jurisdiccional (la Sala Suprema Penal Militar Policial), que pese a pertenecer al Poder Judicial, no se encuentra vinculado a las reglas básicas de organización y funcionamiento establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ello no implica que el Legislador no pueda efectuar reformas o cambiar incluso en su totalidad la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino que no deba hacer coexistir dos o más estatutos jurídicos que contengan las reglas básicas de organización y funcionamiento del Poder Judicial, así como el régimen jurídico de sus magistrados"[25].

Por tanto, conforme la declaratoria de inconstitucionalidad, no puede considerarse respetuoso del principio de unidad jurisdiccional que, al interior del Poder Judicial (concretamente de la Corte Suprema), se postule la existencia de diferentes regímenes jurídicos de organización y de tratamiento de sus integrantes. Más aún, de que se disponga la aplicación de las normas de la Ley N° 28665 al ejercicio de funciones de la Sala Suprema Penal de Justicia Militar Policial, aún al margen de la Constitución y de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

---

[22] Mediante sentencia recaída en el Exp. N° 4-2006-PI/TC.

[23] Art. 8 de la Ley N° 28665: "La Corte Suprema de Justicia de la República cuenta con una Sala Suprema Militar Policial, sujeta la Constitución Política, la Ley Orgánica del Poder Judicial, y a las disposiciones de la presente Ley, en aplicación del principio de primacía de la norma específica".

[24] DONAYRE MONTESINOS [2008: 502-503].

[25] STC N° 4-2006-PI/TC, del 29/03/06, FJ 35.

Asimismo, por idénticas razones se declaró inconstitucional la 4ª Disposición modificatoria y derogatoria de la Ley 28665, en cuanto comportaba la modificación del art. 30° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al establecer en un párrafo adicional que "el trabajo jurisdiccional en materia penal militar policial es realizado a través de la Sala Suprema Penal Militar Policial, cuya conformación y Presidencia se regulan en la Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial". Esta modificación del estatuto orgánico del Poder Judicial no tenía el objeto de fijar la manera cómo debería conformarse una de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia (la Sala Suprema Penal Militar Policial), sino la finalidad de establecer que esto será regulado en un estatuto jurídico especial ajeno a la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sin embargo, no hay razones motivadas para justificar que al interior de la Corte Suprema existan dos estatutos distintos para conformar su organización básica, ya que la única diferencia existente entre una Sala Suprema Penal y una Sala Suprema Penal Militar-Policial es que ésta conoce los delitos de la función militar.

B. *La exclusividad jurisdiccional*

Este principio constitucional obedece al postulado de que la jurisdicción se ejerce exclusiva y excluyentemente por el Poder Judicial, sin que pueda ser ejercida válidamente por ningún otro poder del Estado, Tribunales *ad hoc* o "fueros especiales"[26]. Se alude, pues, al monopolio del Estado para atribuir jurisdicción sobre determinados tribunales y juzgados, esto es, la solución de los conflictos jurídicos más relevantes ha de estar confiada a un único cuerpo de magistrados organizados por instancias e independientes entre sí, denominado Poder Judicial[27]. Por tanto, de acuerdo con este principio en su *vertiente positiva*, el Poder Judicial ejerce la función jurisdiccional del Estado de manera exclusiva y excluyente, sin que algún otro poder público se encuentre legitimado para avocarse al ejercicio de dicha función, no pudiéndose establecer ninguna jurisdicción independiente[28] o excepcional.

---

[26] MONTERO AROCA [2000: 95-97].

[27] GÓMEZ COLOMER [2004: 118].

[28] En su vertiente positiva, la exclusividad jurisdiccional se traduce en que la resolución jurídica de los conflictos es una potestad que sólo puede ser ejercida por la judicatura, mas no por órganos pertenecientes o adscritos al Poder Legislativo o Poder Ejecutivo. Al

Ahora bien, el principio de exclusividad de la función jurisdiccional debe concordarse con el tratamiento que constitucionalmente se le brinda a su ejercicio; porque, conforme establece el art. 139° de la Constitución, existen órganos a los que, por razones de especialidad, se les otorga competencia para el juzgamiento de determinadas personas ejecutoras de un específico ilícito penal, el delito de función. Sin embargo, no por ello debe concluirse que uno de dichos órganos debe ser ajeno y absolutamente independiente del Poder Judicial. Además, a través de su *vertiente negativa* se pone límites a la actuación de los órganos jurisdiccionales: su propia función y la que por ley se les atribuya. Los encargados de impartir la justicia no pueden ejercer función distinta de la jurisdiccional. El juez no puede compartir la función jurisdiccional con ninguna otra, su ejercicio es exclusivo(29).

Ambas vertientes de la garantía de exclusividad jurisdiccional se encuentran delineadas en la Constitución Política. En su vertiente positiva, se rechaza tanto que cualquier autoridad se avoque a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional como que pueda atribuirse la potestad jurisdiccional a órganos de excepción(30). En su vertiente negativa, se establece que la función jurisdiccional es incompatible con cualquier otra actividad pública o privada(31).

Sobre la incidencia del principio de exclusividad de la función jurisdiccional en el ámbito de actuación de la justicia militar, el TC ha señalado que:

> "a) En el caso de la jurisdicción especializada en lo militar, la vertiente negativa implica que los jueces militares no pueden desempeñar ninguna otra función que no sea la jurisdiccional para el conocimiento de materias como los delitos de la función (salvo la docencia), es decir, no deben desempeñar ninguna función de carácter administrativo militar

---

respecto, señala Yolanda DOIG: "en su sentido amplio, esta garantía impide y prohíbe que el legislador pueda atribuir la potestad jurisdiccional al poder ejecutivo o al propio poder legislativo", Cfr. DOIG DÍAZ [2002: 55].

(29) DOIG DÍAZ [2002: 55].

(30) Art. 139° incs. 1 y 2 de la Constitución: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1) La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral... 2) Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional".

(31) Art. 146: "La función jurisdiccional es incompatible con cualquiera otra actividad pública o privada, con excepción de la docencia universitaria".

o de mando castrense. b) En su vertiente positiva (...) en el caso de la jurisdicción especializada en lo militar, el principio de exclusividad de la función jurisdiccional implica que solo los jueces de la jurisdicción especializada en lo militar podrán conocer los denominados "delitos de función militar"(32).

Por tanto, el principio de exclusividad jurisdiccional, concretamente en su vertiente negativa, proscribe que los magistrados castrenses sean militares o policías en situación de actividad(33). Dicha situación, es por consiguiente, incompatible con lo establecido en diversas disposiciones de la Ley N° 28665, como los arts. 16° inc. 1(34), 24° inc. 2(35) y 31°(36), razón por la que el TC declaró su inconstitucionalidad en el Pleno jurisdiccional N° 4-2006-PI/TC (del 29/03/06). Es, en efecto, uno de los principales problemas de la justicia militar la atribución de potestad para el enjuiciamiento de militares, precisamente a militares en situación de actividad, en una estructura donde prima la subordinación y jerarquía(37).

---

(32) STC N° 4-2006-PI/TC, del 29/03/06, FJ 15.

(33) La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha tenido ocasión de cuestionar la afectación del principio de exclusividad jurisdiccional, asimismo de independencia e imparcialidad, cuando a nivel de la justicia militar se han realizado juzgamientos por personal en situación de actividad. Así, en el caso Durand Ugarte vs. Perú, la Corte sostuvo que el Estado peruano violó los art. 8°.1 y 25°.1 de la Convención Americana, señalando en su FJ N° 126: "Como ha quedado establecido, los tribunales que conocieron los hechos relacionados con dichos sucesos "constituyen un alto Organismo de los Institutos Armados" y los militares que integraban dichos tribunales eran, a su vez, miembros de las fuerzas armadas en servicio activo, requisito para formar parte de los tribunales militares. Por tanto, estaban incapacitados para rendir un dictamen independiente e imparcial".

(34) Art. 16° inc. 1 de la Ley N° 28665: "El Consejo Superior está conformado por diez (10) vocales superiores del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, con grado militar o policial de General de Brigada o equivalente en situación de actividad".

(35) Art. 24° inc. 2 de la Ley N° 28665: "Cada Sala está conformada por tres (3) vocales del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, con grado militar o policial de Coronel o equivalente en situación de actividad".

(36) Art. 31° de la Ley N° 28665: "Los Jueces Penales Militares Policiales del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial, con grado militar o policial de Teniente Coronel o equivalente en situación de actividad".

(37) De acuerdo, DOIG DÍAZ [2002: 34]. Conforme señala la referida autora, la exclusividad de la función jurisdiccional, en tanto garantía propia de la jurisdicción, debe extender su ámbito de aplicación sobre la justicia militar; lo cual supone el respeto por las dos

C. *La independencia judicial*

Este principio se encuentra recogido en el art. 139° inc. 2 de la Constitución Política y establece que: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones". Por independencia judicial debe entenderse tanto la ausencia de sujeción jerárquica al interior de la organización judicial como la ausencia de sujeción política que pudiere afectar la actividad funcional del magistrado(38). Así mismo, este principio garantiza, por un lado, que el órgano judicial administre justicia con estricta sujeción al principio de separación de poderes (independencia orgánica) y, por otro, la operatividad de la actuación del magistrado, ajeno a injerencias sobre el criterio a desarrollar para la conducción y resolución de un conflicto (independencia funcional)(39).

Ahora bien, la independencia judicial por sí sola no es suficiente si no está aparejada de mecanismos y garantías que protejan a todo magistrado de las influencias o interferencias provenientes del mismo Poder Judicial o de otros poderes del Estado(40). Estas garantías son –entre otras– la inamovilidad del cargo judicial, el derecho a no ser suspendido, trasladado ni jubilado sino por razón legal previamente establecida y previo procedimiento administrativo con todas las garantías(41).

El TC, recogiendo los aportes doctrinales en este sentido, ha puesto énfasis en la dimensión externa e interna de este principio. Así, ha señalado:

> "Existe independencia externa, en la medida que la autoridad judicial en el desarrollo de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a ningún interés que provenga de fuera de la organización judicial en conjunto, ni admitir presiones para resolver un caso en un determinado sentido. Las

---

vertientes de dicha garantía. Dicho criterio ya ha sido descrito por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Palamara Iribarne vs. Chile.

(38) PÉREZ DEL VALLE [2005: 24].

(39) REQUEJO PAGÉS [1989: 164].

(40) DOIG DÍAZ [2002: 56].

(41) GÓMEZ COLOMER [2004: 118].

decisiones de la autoridad judicial no pueden depender de la voluntad de otros poderes públicos (Poder Ejecutivo o Poder Legislativo, por ejemplo), partidos políticos, medios de comunicación o particulares en general, sino tan solo de la Constitución y de la ley que sea acorde con ésta. Asimismo, la independencia tiene una dimensión interna. De acuerdo con esta dimensión, la independencia judicial implica que, dentro de la organización judicial la autoridad judicial no puede sujetarse a la voluntad de otros órganos judiciales, salvo que medie un medio impugnatorio, y que la autoridad judicial no pueda sujetarse a los intereses de órganos administrativos de gobierno que existan dentro de la organización judicial".

Por tanto, el principio de independencia judicial implica, en particular, la separación de las funciones jurisdiccionales de las funciones administrativas que eventualmente pudieran desempeñar los jueces dentro de la organización judicial, de manera que las funciones propias de esta administración no puedan influir en la decisión judicial que se adoptará en un determinado proceso(42).

Sin embargo, conforme dispuso el art. 10°(43) de la Ley 28665, en lo que se refiere a la conformación de la denominada Sala Suprema Penal Militar Policial, los integrantes de esta Sala Suprema "deberán provenir del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial". Además, el art. 12 inc. 3 establecía que: "para postular al cargo de Vocal Supremo de la Sala Suprema Penal Militar Policial se requiere, necesariamente, formar parte del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial y ostentar el grado de General de Brigada o equivalente". Por lo que el TC declaró su inconstitucionalidad e indicó que se vulnera el principio de independencia de la función jurisdiccional:

"toda vez que introducen en la Corte Suprema de Justicia de la República una sala que va a estar compuesta, en parte, por oficiales en retiro nombrados por el CNM, realizado sólo con los miembros provenientes de un organismo como el denominado Cuerpo Judicial

(42) MONTERO AROCA [2000: 115].

(43) Art. 10 de la Ley N° 28665: "La Sala Suprema Penal Militar Policial está integrada por cinco (5) vocales supremos; tres (3) con formación jurídico militar policial del Cuerpo Judicial Penal Militar Policial".

Penal Militar Policial, y que van a tener incluso los mismos derechos que los Vocales de la Corte Suprema, pese a que su designación es de carácter temporal"(44).

Asimismo, fue declarada inconstitucional la décimo cuarta Disposición transitoria de la Ley N° 28665, en razón a que preveía el vínculo remunerativo y beneficios laborales a favor del Ejecutivo, lo que contradecía el principio de independencia. Señaló el Tribunal que esta disposición viola dicho principio, al sostener:

"que los oficiales de los cuerpos o servicios jurídicos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional que desempeñan sus labores en la jurisdicción especializada en lo penal militar continúan percibiendo las remuneraciones y beneficios establecidos en las respectivas instituciones castrense y policial, por lo que en definitiva dependen del Poder Ejecutivo; y, en el segundo caso, que el Poder Ejecutivo se encargará de establecer un cronograma para la nivelación de los bonos de los magistrados que desempeñan sus labores en la jurisdicción militar con aquellos que perciben los jueces de la jurisdicción ordinaria y fiscales del Ministerio Público, toda vez que crea para la jurisdicción militar un vínculo de dependencia respecto del Poder Ejecutivo"(45).

D. *La imparcialidad judicial*

La imparcialidad judicial es la garantía que permite la igualitaria y limpia contienda procesal, en la medida que permite al juez desempeñar un papel "supra partes". Siguiendo a PICO I JUNOY(46), es de afirmar que la imparcialidad tiene un doble componente: una vertiente subjetiva, que se refiere a la convicción personal del magistrado, respecto del caso concreto y a las partes, por tanto, se trata de evitar la natural parcialidad derivada de la relación del juez con las partes; y una "vertiente objetiva" que incide sobre las garantías suficientes que debe reunir el juzgador en su actuación

(44) STC N° 4-2006-PI/TC, del 29/03/06, FJ 40.

(45) STC N° 6-2006-AI/TC, del 13/06/06, FJ 17-E.

(46) PICÓ I JUNOY [1997: 133].

respecto al objeto mismo del proceso[47], así como de su relación orgánica y funcional con el mismo[48].

En el desarrollo de la garantía de imparcialidad, el TC de manera reiterada y consecuente sostiene[49] que mientras la garantía de independencia, en términos generales, protege al juez frente a influencias externas, el principio de imparcialidad se vincula a determinadas exigencias dentro del proceso, definidas como la independencia del juez frente a las partes y al objeto del proceso mismo. Imparcialidad que puede entenderse según dos acepciones: a) imparcialidad subjetiva, que atañe a algún tipo de compromiso que el juez pueda tener con el caso; y b) imparcialidad objetiva, referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, en caso de que el sistema no ofrezca suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable[50].

Sobre la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley N° 28665, por infracción de la garantía de imparcialidad judicial, el TC dejó establecido que:

> "El juez militar no puede desempeñarse, a la vez, como oficial en actividad de las fuerzas armadas (ya sea oficial de armas u oficial del cuerpo o servicio jurídico), toda vez que la situación de actividad implica un nivel de pertenencia orgánica y funcional al respectivo instituto armado o policial y, en última instancia al Poder Ejecutivo, por lo que aquellas disposiciones legales que posibiliten que un juez militar se desempeñe al mismo tiempo como oficial en actividad de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, vulneran el derecho fundamental a un juez independiente e imparcial"[51].

4. La declaratoria parcial de inconstitucionalidad del D. Leg Nº 961 (CJMP)

La demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima contra el D.Leg N° 961 (CJMP) tuvo acogida cons-

---

[47] San Martín Castro [2003: 94-95].

[48] Doig Díaz [2002: 58].

[49] Lovatón Palacios [2007: 118].

[50] STC N° 23-2003-AI/TC, del 09/06/04, FJ 17-E.

[51] STC N° 6-2006-AI/TC, del 13/06/06, FJ 16.

titucional a través de la sentencia recaída sobre el Exp. N° 12-2006-AI/TC (del 15/12/06). En ella se declaró la inconstitucionalidad de varios de los tipos legales previstos en la Parte Especial del citado Código[52], por contradecir los principios de legalidad penal, de interdicción de la arbitrariedad o prohibición de excesos y de proporcionalidad en la tipificación de conductas penalmente relevantes.

A la luz de un análisis constitucional de los principios de legalidad penal, de exclusiva protección de bienes jurídicos y de proporcionalidad como límite a la tipificación de delitos de función, el TC controló la constitucionalidad de los diversos tipos penales en lo militar policial. Cabe resaltar de su declaratoria de inconstitucionalidad, el análisis sobre los siguientes delitos:

A. *Rebelión, sedición y derrotismo*

El Colegio de Abogados[53] cuestionó el carácter constitucional de los diversos artículos del Capítulo II (Delitos contra la seguridad interna) del Título I (Delitos contra la defensa nacional) de la Parte Especial del CJMP, por estimar que dicho tipos legales "no pueden ser considerados delitos de función, pues los bienes jurídicos afectados son los poderes del Estado y el orden constitucional, es decir (...) el normal ejercicio del régimen establecido constitucionalmente (...) tratándose de delitos comunes ya previstos en los art. 346° y 350° del Código Penal".

Frente a dicho extremo de la demanda, el TC centró su atención en el art. 68° (delito de rebelión de personal militar policial), que en su inc. 1 establece "comete delito de rebelión el personal militar policial, que en

---

[52] Se declaró la inconstitucionalidad de varios tipos legales de la Parte Especial del CJMP (D.Leg N° 961); siendo éstos: los art. 68°, 70° (incs. 1 y 4), 90°, 91°, 92°, 93°, 95°, 96°, 97°, 98°, 99°, 100°, 101°, 102°, 103°, 115°, 116°, 117°, 125°, 130° (inc. 1), 134°, 139° (incs. 1 y 2), 140°, 141° (incs. 1 y 2), 142°, 143°, 144°, 147°, 148° y 149°, así como: el extremo del art. 75° que establece "y que atenten contra la integridad, independencia y poder unitario del estado", el extremo del art. 82° que establece: "será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años y con sesenta a ciento ochenta días-multa", el extremo del primer párrafo del art. 121° que establece: "causándole lesiones leves", el extremo del inc. 1 del art. 121° que establece: "o si se causa lesiones graves al superior", el extremo del inc. 2 del art. 121° que establece: "o si se causa la muerte del superior", el extremo del art. 123° que establece: "coaccione, injurie o difame, de palabra, por escrito o con publicidad a un superior" y el extremo del inc. 2 del art. 130° que establece: "o causa la muerte".

[53] STC N° 12-2006-AI/TC, del 15/12/06, FJ 50-61.

forma colectiva, se alza en armas para: 1) Alterar o suprimir el régimen constitucional". Declaró su inconstitucionalidad e indicó que el citado tipo legal no es un delito de función, toda vez que "el régimen constitucional" no constituye un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, sino más bien, un bien jurídico de carácter estatal ya protegido por la ley penal material ordinaria (arts. 346° y 353° CP). Precisó, además, que la circunstancia de que el autor sea miembro de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, prevista en estas disposiciones, debe ser concordada con la agravante contenida en el art. 46°-A del citado Código.

Finalmente, debido a que la ausencia de protección de un bien jurídico de carácter estrictamente castrense se evidencia, también, en los arts. 68°, incs. 2, 3 y 4, 70 (delito de sedición), incs. 1 y 4, y en un extremo del art. 75°[54] (delito de derrotismo) del CJMP, el TC los declaró inconstitucionales, por su manifiesta contravención del art. 173° de la Constitución Política.

B. *Delitos contra el Derecho Internacional Humanitario*

Asimismo, el Colegio de Abogados cuestionó el carácter constitucional de diversos artículos del Título II (Delitos contra el Derecho Internacional Humanitario) de la Parte Especial del CJMP. Al respectó alegó que dicho tipos legales "no pueden ser considerados como delito de función, pues los bienes jurídicos afectados son las reglas mínimas de la guerra, las normas humanitarias que recoge el Derecho Internacional (que proscriben la realización de conductas que van más allá de las necesidades estrictamente militares y que violan clásicos bienes jurídicos como la vida, la integridad, la salud, el patrimonio, la seguridad pública, etc.), en contexto de especial desprotección para las víctimas de la guerra, en el que la seguridad de sus bienes sólo depende la vigencia de esas reglas mínimas que impone el Derecho Internacional Humanitario" [55].

Como ha quedado establecido en los Convenios de Ginebra, Convenio I (relativo al alivio de la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña), Convenio II (sobre el alivio de la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las Fuerzas Armadas en

[54] Que establece: "y que atenten contra la integridad, independencia y poder unitario del estado".

[55] STC N° 12-2006-AI/TC, del 15/12/06, FJ 82-86.

el mar), Convenio III (referente al trato debido a los prisioneros de guerra) y Convenio IV (concerniente a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra); así como el Protocolo I, adicional a los Convenios de Ginebra, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, y el Protocolo II, adicional a los Convenios de Ginebra, sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, ambos en vigor en el Perú desde el año 1990[56], el Derecho Internacional Humanitario constituye el derecho aplicable a los conflictos armados y que tiene como fin reglamentar la forma como se llevan a cabo las hostilidades, fundamentalmente para evitar que los conflictos alcancen un punto de no retorno.

Ahora bien, frente a los extremos de la demanda, el TC analizó la constitucionalidad del art. 90°, inc. 1 CJMP (delitos contra personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario), el cual establece que: "[e]l militar o policía que, con relación con un conflicto armado internacional o no internacional: 1) Mate a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario, será reprimido (...)". De su análisis, se pone en evidencia que el citado tipo penal no puede constituir un delito de función, ya que si bien se refiere a la sanción del militar o policía en situación de actividad que realiza un acto delictivo con ocasión de sus funciones de servicio, estrictamente no pretende proteger un bien jurídico de las Fuerzas armadas o la Policía nacional, sino el bien jurídico "vida". Pero aun cuando sea uno de los bienes jurídicos más importante, sin embargo no es propio del ámbito estrictamente castrense. Por tanto, el art. 90° no es comprendido por el art. 173° de la Constitución, por lo que el TC concluyó en inconstitucionalidad, al no tratarse de un delito de función.

Por idénticas razones, es decir, la tipificación de delitos que no son propios de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, tales como la integridad física y psíquica, la libertad sexual, la libertad de tránsito, el patrimonio, etc., el TC declaró inconstitucionales los arts. 90°, incs. 2 al 9 (homicidio o lesiones como resultado cualificado), 92° (delito de lesión al enemigo fuera de combate), 93° (delito de confinación ilegal), 95° (delito de empleo de métodos prohibidos en las hostilidades), 96° (agravantes), 97° (delito de saqueo, destrucción, apropiación y confiscación de bienes), 98° (delito de abolición de derechos y acciones), 99° (delito contra operaciones hu-

[56] STC N° 12-2006-AI/TC, del 15/12/06, FJ 72.

manitarias), 100° (delito de utilización indebida de signos protectores), 101° (delito de daños al medio natural), 102° (delito de empleo de medios prohibidos en las hostilidades) y 103° (sus formas agravadas) del CJMP.

C. *Delitos de insulto al superior, coacción, injuria y difamación*

El Colegio de Abogados cuestionó la constitucionalidad de diversos artículos del Título IV (Delitos contra la Integridad institucional) de la Parte Especial del CJMP. Consideró que "los bienes jurídicos afectados son la integridad física y el honor, que son intereses jurídicos que no son propios de las Fuerzas Armadas y pueden ser afectados por cualquier ciudadano, funcionario público o no. Asimismo, refiere que estos delitos "comunes" ya se encuentran previstos en los art. 121°, 122°, 130°, 132°, 365° y 366° del Código Penal" (57).

Entre otros aspectos, aquí el TC analizó el art. 121° CJMP, según el cual "el militar o policía que agreda a un superior, en actos de servicio, causándole lesiones leves, será sancionado...".

De su análisis bien puede concluirse el incumplimiento del componente más importante del contenido material del delito de función, esto es, la protección de un bien jurídico de carácter estrictamente castrense, porque el núcleo de la conducta típica del militar o policía será la de "causar lesiones leves" al superior; es decir, se resguarda el bien jurídico común "integridad física". Por tanto, era previsible que dicho extremo del tipo legal citado, sea considerado como inconstitucional, precisamente porque no se trata de un delito de función (art. 173° de la Constitución). Así mismo, por idénticas razones, en atención a la ausencia de un bien jurídico propio de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, el TC declaró inconstitucionales los párrafos referidos a las lesiones o muerte causadas al superior, previstas en el art. 121° CJMP.

Respecto a lo previsto en el art. 123° del mismo Código, que señala que "el militar o policía que coaccione, injurie o difame, de palabra, por escrito o con publicidad a un superior, en acto de servicio y que afecte gravemente la disciplina, será sancionado (...)", el TC, con todo acierto, precisó que el reproche penal de la conducta del militar radica (más allá de su actuación en

(57) STC N° 12-2006-AI/TC, del 15/12/06, FJ 76-81.

el marco de las funciones militares policial) únicamente en la afectación del "honor" o "libertad personal" de un ciudadano, el mismo que se distingue sólo por tratarse de un "superior" respecto del autor del ilícito. Por lo que consideró que dichos bienes jurídicos son comunes a todo ciudadano y no son propios de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional y que, por tanto, su protección ya se encuentra asegurada por el Código Penal. En consecuencia, declaró la inconstitucionalidad de dicho artículo.

D. *Delitos contra la administración militar policial*

Así mismo el Tribunal cuestionó la constitucionalidad del art. 134° del CJMP (delito contra la Administración militar policial), según el cual: "El militar o policía que reciba indebidamente ventaja patrimonial, directa o indirectamente, imponga pagos, o acepte promesa de retribución, en beneficio propio o de terceros para hacer u omitir o retardar un acto propio de su función operativa del servicio o hacer un acto contrario a ella, en caso de operaciones militares o policiales, será sancionado (...)" (58).

Sin embargo, si se les analiza comparativamente con los delitos contra la Administración Pública previstos en el Código Penal, concretamente con los tipos penales de cohecho, concusiones, etc., ya se determina que su tipificación en el CJM es inconstitucional por violar el art. 173° de la Constitución. No se tratan de delitos de función, precisamente, porque no se trata de proteger un bien jurídico de carácter estrictamente castrense (que aquí no existe), sino el bien jurídico "rectitud en el ejercicio de la administración pública".

E. *Delitos de excesos en la facultad de mando*

En igual sentido, el Colegio de Abogados logró la declaratoria de inconstitucionalidad del art. 139° CJMP (delito de exceso en la facultad de mando). Esta disposición establece que: "el militar o policía, que en el ejercicio de la función, se excede en las facultades de mando o de la posición en el servicio u ordenare cometer cualquier acto arbitrario en grave perjuicio del personal militar o policial o de terceros, será sancionado (...) Si como consecuencia de los hechos que preceden, se causare: 1) Lesiones graves (...); 2) Muerte.

(58) STC N° 12-2006-AI/TC, del 15/12/06, FJ 82-86.

Igualmente, del art. 140° (delito culposo de afectación en el ejercicio de grado, jerarquía o mando), conforme al cual "el militar o policía, que en acto de servicio, cause la muerte, lesiones o daños a un militar o policía, por negligencia profesional, imprudencia o impericia, será sancionado (...)".

Y, del art. 141° (delito de excesos en el ejercicio del mando en agravio del subordinado), que establece: "El militar o policía que en acto de servicio militar o policial: 1) Veje o ultraje gravemente al subordinado; 2) Impida que el subordinado, presente, prosiga o retire recurso queja o reclamación".

Las citadas normas, como bien reparó el TC[59], no presentan todos los requisitos propios a los delitos de función. Ya que, si bien pretenden sancionar la conducta del militar o policía en actividad, que en acto de servicio se excede en sus facultades de mando ordenando cometer actos arbitrarios (en grave perjuicio del personal militar o policial o de terceros), en realidad, se reprocha el causar lesiones graves o la muerte, esto es, se busca proteger bienes jurídicos (como la salud o integridad física o la vida) que no son propios de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional.

F. *Delitos que afectan bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno*

Aquí[60] fueron puestos en cuestión algunos tipos penales que pretendían reprimir atentados contra el patrimonio del Estado, ya previstos en el Código Penal. Así, por ejemplo, se declaró inconstitucional el art. 142° (delito de afectación de los bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno) CJMP, el que se dispone que: "el militar o policía, que en el ejercicio de sus funciones: a) Dispone indebidamente, destruye, deteriora, abandona, se apropia ilícitamente o sustrae, total o parcialmente, armas, municiones, explosivos, combustibles, carburantes, vehículos, naves, aeronaves y material de guerra destinado a operaciones militares y policiales, será sancionado (...) En el caso de combustibles o carburantes, sólo constituye delito cuando su valor sea superior a tres remuneraciones mínimas vitales. b) Defrauda al patrimonio destinado a la defensa nacional, participando de manera concertada, directa o indirectamente, en la contratación, operación, aprovisionamiento, servicios o concesión de armas, municiones, explosivos,

[59] STC N° 12-2006-AI/TC, del 15/12/06, FJ 87-91.

[60] STC N° 12-2006-AI/TC, del 15/12/06, FJ 92-96.

combustibles, carburantes, vehículos, naves, aeronaves y material de guerra destinado a operaciones militares y policiales, valiéndose de su condición o la función que cumple, será sancionado (...)".

Fue correcta su declaratoria de inconstitucionalidad toda vez que dicho tipo legal encontraba perfecta respuesta represiva en los delitos de peculado, colusión, fraudes patrimoniales, daños, etc. Es decir, que con el tipo penal declarado como inconstitucional únicamente se pretendía proteger bienes jurídicos distintos a los que se protegen con el delito de función, por tanto, ajenos a ser un bien propio del ámbito estrictamente castrense. Por las mismas razones fueron declarados como inconstitucionales por el Tribunal los arts. 143° (delito de facilitamiento culposo de apropiación de patrimonio de las fuerzas armadas) y el art. 144° (delito de avería o deterioro culposo en obras y arsenales) CJMP.

G. *Delitos de certificación falsa y destrucción de documento militar policial*

Así también el Colegio de Abogados postuló[61] la declaratoria de inconstitucionalidad del art. 147° (delito de certificación falsa) CJMP. Según esta disposición, "El militar o policía que expida certificación falsa en razón de la función o profesión en provecho propio o de terceros, sobre hechos o circunstancias que habiliten a alguien a obtener cargo, puesto o función o cualquier otra ventaja, siempre que el hecho atente contra la administración militar o policial, o el servicio, será sancionado...".

Puede apreciarse, como lo hizo el TC en su STC N° 12-2006-AI/TC, que el reproche de la conducta del militar o agente policial que actuó (por razones de su función o servicio) expidiendo una certificación falsa por aprovechamiento, en realidad no cumple con todos los elementos materiales que componen el contenido material del delito de función, ya que precisamente falta la protección de un bien jurídico estrictamente castrense. La fe pública (o más concretamente la funcionalidad del documento en el tráfico probatorio) ya se encuentra protegida por el Código Penal. La fe pública no es un bien jurídico institucional, propio y particular de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, sino un bien jurídico colectivo que pretende asegurar las normales condiciones por las cuales el documento se hace funcional al tráfico probatorio. Por tanto, dicho dispositivo fue

[61] STC N° 12-2006-AI/TC, del 15/12/06, FJ 97-101.

declarado inconstitucional, conjuntamente con el art. 149° del mismo Código, ya que en estricto no se trataba de delitos de función y era contrario a lo dispuesto en el art. 173° de la Constitución Política.

IV. HACIA UNA DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO MATERIAL DEL DELITO DE FUNCIÓN

Mediante el análisis de la declaratoria de inconstitucionalidad de varios tipos legales del CJMP, se ha puesto en evidencia que la tipificación, en el CJMP, de un supuesto delito de función que no reúne ciertos elementos materiales, deviene en inconstitucional precisamente por no ajustarse a un recto desarrollo de lo previsto por el art. 173° de la Constitución Política. Por tanto, para la determinación del contenido material del delito de función (premisa fundamental para el procesamiento de agentes de las fuerzas armadas y policiales por la justicia militar), se debe diseñar un conjunto de criterios con los cuales el legislador pueda fundamentar y delimitar el contenido del delito de función, para evitar que no se sobrepase el marco constitucional que un Estado Democrático de Derecho impone(62).

Ahora bien, en la determinación del contenido del delito de función la doctrina y jurisprudencia constitucional en lo penal militar han diseñado un conjunto de criterios (de personalidad, de lugar, de ocasión, de pura legalidad) con los cuales se ha tratado de dotarle de contenido. Sin embargo, como quedará demostrado, tales criterios son por sí solos insuficientes o son manifiestamente inconstitucionales para determinar cuándo nos encontramos frente a un delito de función por tanto, una correcta determinación del contenido material del delito de función permitirá, por un lado, una correcta tipificación respetuosa de los parámetros que la Constitución impone y de los alcances ya diseñados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el TC e incluso por la Corte Suprema de Justicia; por otro, ella servirá, incluso para postular la expulsión del ordenamiento jurídico de aquellos tipos legales que no se ajustan a dicha condición, tomándose partido por un criterio material de selección de conductas constitutivas de un delito de función.

(62) Doig Díaz [2002: 29].

1. Cuestionamientos al criterio de *rationae personae*

Conforme este criterio, denominado también criterio del "fuero personal"(63), la sola condición de militar o policía que tiene el agente o la víctima del delito constituye define al delito de función. En su versión más extrema, esto se presentaría aún al margen de la relevancia del bien jurídico afectado, del sujeto pasivo del delito o de las diversas formas de comisión del injusto(64).

El TC ha tenido oportunidad de cuestionar la constitucionalidad de dicho criterio. Así, señala que "la Constitución excluye e impide que dicho ámbito de competencia se determine por la mera condición de militar o policía. Por tanto, la justicia castrense no constituye un 'fuero personal' conferido a los militares o policías, dada su condición de miembros de dichos institutos, sino un 'fuero privativo' centrado en el conocimiento de las infracciones cometidas por éstos a los bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional"(65). En efecto, la Justicia Militar no debe ser entendida como un "fuero personal" constituido a favor de los miembros de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional. Los fueros, son instituciones que corresponden a una organización del poder estatal previo al Estado moderno, por tanto, anteriores al constitucionalismo. Se sustentan en una comprensión estamental de la sociedad, donde los derechos y obligaciones de las personas no se definen en función de su consideración como sujetos libres y soberanos, sino como adscritos a determinados grupos sociales o estamentos corporativos de los cuales dependen sus derechos(66).

Por tanto, es imposible sostener la constitucionalidad de un criterio puramente personal como contenido del delito de función. Este sería el caso, si se establece por ejemplo que el sujeto pasivo afectado por la conducta ilícita sea un militar, policía o la propia institución militar o policial(67). Como ha sido evidenciado por el TC: "Los civiles no pueden

(63) AZABACHE CARACCIOLO [1995: 156].

(64) Defensoría del Pueblo [2003: 37-38].

(65) STC N° 0017-2003-AI/TC, del 16/03/04, FJ 129.

(66) Defensoría del Pueblo [2006: 20].

(67) PEREIRA CHUMBE [2002: 405].

ser sometidos al fuero militar, así éstos hayan cometido los delitos de traición a la patria o terrorismo"[68].

2. Del criterio de *rationae loci*

De acuerdo con este criterio, llamado también criterio del "lugar de comisión del delito"[69], lo definitorio para la configuración del delito de función es el lugar sujeto a control de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, en el que presumiblemente se cometería un delito e, igualmente, el que haya sido cometido en una zona declarada en estado de emergencia[70]. Un ejemplo de la aceptación de este criterio es el art. 10° de la Ley N° 24150, declarada inconstitucional. Según esa disposición, podían ser juzgados por la Justicia Militar "los militares y policías que cometan delitos en las zonas declaradas en emergencia"[71].

La propia Corte Suprema de Justicia tuvo una línea de pensamiento cercana a la fundamentación de este criterio, al resolver el conflicto competencial en el "asunto Marco Quispe Yucra"[72]. Al respecto sostuvo que pese a que el delito cometido fue un homicidio imprudente, al haber ocurrido en un operativo antisubversivo realizado en una zona declarada como "Estado de emergencia", se sostuvo que los policías que dieron lugar al delito debían ser sometidos a la Justicia Militar. Sin embargo, el TC declaró la inconstitucionalidad de dicho criterio, señalando que: "la Norma Suprema también ha prohibido que la determinación del delito de función pueda estar constituido por el lugar en que se cometa el delito. Por ende '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' "[73].

---

[68] STC N° 17-2003-AI/TC, del 16/03/04, FJ 130, citando la STC N° 10-2001-AI/TC, del 03/01/03, FJ 40.

[69] Defensoría del Pueblo [2003: 47].

[70] ALVITES ALVITES [2002: 278-279].

[71] Ley N° 24150: Ley que establece las normas que deben cumplirse en los estados de excepción en que las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno del territorio. (publicada el 07/06/85).

[72] Competencia N° 17-1997, del 12/12/97.

[73] STC N° 17-2003-AI/TC, del 16/03/04, FJ 129.

3. Del criterio de ocasionalidad

Este criterio tiene como fundamento el momento de la comisión del delito y postula que el delito de función se configura cuando tiene lugar con ocasión de la realización por parte del agente militar o policial de sus actividades de servicio o acciones análogas a la función militar. Es decir, según este criterio, se da el delito de función si es que el agente realizó un delito como simple ocasión del cumplimiento de sus actividades de servicio. Al respecto, la propia Corte Suprema, en sus primeras resoluciones sobre conflictos de competencia en materia de justicia militar, tomó partido por este criterio. Así, en el "asunto Artaza Adriánzen"(74), señaló que: "Los delitos de función no se limitan únicamente a aquellos que conciernen o atañen al ejercicio del cargo desempeñado por el militar; sino también a otros aquellos que tienen relación o repercusión con las funciones o actividades que a cada militar le corresponde por el hecho de pertenecer a las instituciones armadas, bastando la simple ocasionalidad".

Sin embargo, este criterio no puede ser decisivo para definir el delito de función, porque no toma en cuenta los requisitos materiales que lo caracterizan, sino sólo sus condiciones externas, como lo es el momento de comisión. Es absolutamente insuficiente destacar como criterio de definición del delito de función una circunstancia externa del hecho, como lo es que el agente se encuentre en servicio y su comportamiento se vincule ocasionalmente con el servicio que presta, dejando de lado aspectos objetivos y subjetivos que han de concurrir en el análisis de todo tipo penal, y que se encuentran definidos en atención al objeto de protección del delito militar-policial como a la respectiva condición personal del infractor.

4. Del criterio formal o meramente legalista

Según este criterio, la previsión legal es el factor decisivo para la configuración del delito de función. Es decir, se considera que el delito de función militar-policial será aquél que el legislador decida establecer, a su llano criterio. Por tanto, puede deducirse que, conforme esta postura, el legislador a su libre arbitrio determina el campo de actuación de la Justicia Militar, sin atender a mayores razones materiales de fondo. Sin embargo, ya HURTADO POZO –analizando a manera de ejemplo los delitos

(74) Competencia N° 05-1985, del 10/04/85.

de robo y homicidio– planteó los serios inconvenientes de dicho criterio, al sostener que: "Los delitos que según el Código de Justicia Militar solo pueden ser cometidos por militares son, casi totalmente, delitos previstos en el Código Penal común"(75).

5. Toma de postura sobre el criterio material y su capacidad de rendimiento para delimitar el ámbito protegido por el delito de función

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en concordancia con lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Castillo Petruzzi(76) y otros, y la doctrina establecida por el TC, mediante resolución que resolvió la Competencia N° 18-2004(77), estableció como precedente vinculante aplicable a toda la judicatura peruana la delimitación de competencias en caso de delito de función, conforme a los caracteres objetivo-materiales de la jurisdicción militar(78). El criterio material, en su condición de desarrollo constitucional de lo establecido en el art. 173 de la Constitución Política, es el único medio idóneo para determinar cuándo se está frente a un delito de función en el marco de un Estado constitucional de derecho. Y tiene como premisa la exigencia de vinculación material entre la conducta del agente (militar o policial) y el objeto jurídicamente protegido en el ámbito funcional castrense que se ve afectado por su actuación. La calificación de delito de función sugiere que el bien jurídico protegido guarde relación con las finalidades, organización y funciones que constitucionalmente le corresponden a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional(79).

Así, conforme a la referida resolución de la Competencia N° 18-2004, la Corte Suprema ha establecido como notas estructurales del tipo penal militar, primero –en relación con el objeto protegido–, que se trate de conductas realizadas por los agentes militares o policiales que afecten bienes jurídicos pertenecientes a las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional; segundo –sobre el círculo de autores–, que el delito de función únicamente

(75) HURTADO POZO [2002: 39].

(76) Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída sobre el caso "Castillo Petruzzi y otros vs. Perú" (del 30/05/99, Serie C, N° 56).

(77) FJ 3, 5, 6 y 7, de la resolución de Competencia N° 18-2004 (del 17/12/04).

(78) En detalle, SAN MARTÍN CASTRO [2003: 164-168].

(79) MEINI MÉNDEZ [2002: 199].

puede ser cometido por agentes militares o policiales en situación de actividad; y, tercero –respecto a las circunstancias externas del hecho cometido–, que depende de la situación en la que la acción típica debe tener lugar, es decir, que no basta con que un agente militar en situación de actividad atente contra un bien jurídico de las fuerzas armadas y policiales, sino que es imprescindible que dicha afectación ocurra en el marco de sus actos de función de servicio, esto es, que se dé como ocasión del hecho.

A. *Sobre el objeto protegido*

Al respecto, se ha establecido la insuficiencia de la simple referencia al carácter castrense del bien afectado. Por ello, el delito de función tiene como aspecto fundamental la afectación de bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional y su particular funcionalidad, conforme a los fines constitucionales que se le encargan. Según el TC[80], "se trata de una infracción a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia, organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses".

La opinión del TC puede ser matizada en el sentido de que un bien jurídico de carácter militar-policial puede incluso ser susceptible de ser atacado por particulares. Ello no es contradictorio con la necesidad de que la conminación de un delito de función tenga por objeto la protección de un bien jurídico castrense, sino que antes bien es expresión del carácter fragmentario del Derecho Penal. Así, existen bienes jurídicos que pueden ser lesionados tanto por el agente militar o policial como por civiles, siendo por ende objeto de procesamiento tanto por la jurisdicción ordinaria como por la jurisdicción militar; es el caso, por ejemplo, de los delitos contra la "defensa nacional", que pueden ser cometidos por particulares (sometidos a las normas respectivas del Código Penal) como por militares o policías en situación de actividad (competencia de juzgamiento de la jurisdicción militar)[81].

Por tanto, el objeto protegido a través del establecimiento de un delito de función busca resguardar un ámbito institucional que permita el normal cumplimiento de las finalidades constitucionales de las Fuerzas Armadas

[80] STC N° 17-2003-AI/TC, del 16/03/04, FJ 134-A.

[81] Lovatón Palacios [2007: 169].

y Policiales[82], vale decir, velar por la defensa del Estado, de la seguridad nacional y del orden interno. Se trata, por tanto, de un bien "privativo" de la institución a la que pertenece el efectivo militar o policial[83]; objeto de protección que reviste suficiente importancia a fin de obtener un merecimiento y necesidad de tutela penal[84]. Pero no obstante, por el carácter fragmentario del Derecho Penal, puede en ocasiones tener incidencia en la jurisdicción ordinaria. Así, para que se configure un delito de función no basta con que la conducta prohibida en el tipo legal militar policial, o sea susceptible de ser realizado por efectivos militares o policiales en actividad y en acto del servicio o con ocasión de él, sino principalmente que dicha conducta afecte bienes jurídicos estrictamente castrenses.

Por ello, de acuerdo con lo expuesto, no podrían constituir delitos de función (precisamente por ausencia de su objeto protegido) actos que atenten contra bienes jurídicos penales como la vida, la integridad física, la igualdad, la libertad sexual, el honor, la intimidad, entre otros, ya que estos no constituyen bienes jurídicos propios de las Fuerzas Armadas, por tanto, han de ser únicamente protegidos por la legislación ordinaria[85]. En tal sentido, cuando el art. 46°-A CP establece que "constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional... para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público (...)", debe entenderse

---

[82] SANDOVAL CARLOS [2002: 179].

[83] LOVATÓN PALACIOS [2007: 156].

[84] Los criterios político-criminales de merecimiento y necesidad de tutela penal no son sino una reflejo, a nivel del Derecho penal, de los principios de idoneidad, proporcionalidad y necesidad, que constituyen un parámetro constitucional de legitimidad de toda limitación de derechos fundamentales, como sin duda implica la tipificación de un delito de función, y dichos principios son reconocidos en el último párrafo del art. 200° de la Constitución Política, y ha sido consolidado en la jurisprudencia del TC y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto, PEREIRA CHUMBE [2002: 423]. Al respecto, señala Carlos BERNAL: "El principio de proporcionalidad se compone de tres reglas que toda intervención estatal en los derechos fundamentales debe observar para ser considerada como una intervención constitucionalmente legítima. Estas reglas son los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto", BERNAL PULIDO [2005: 66]. En idéntico sentido, GONZÁLEZ-CUÉLLAR [1990: 120]; ASENCIO MELLADO [2003: 139]; GARCÍA CAVERO [2008: 135-136]; CASTILLO ALVA [2004: 284].

[85] STC N° 12-2006-AI/TC, del 15/12/06, FJ 38.

que la circunstancia agravante descrita en la individualización de la pena, cometida por miembros de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, no se refiere a delitos de función cometidos por éstos, sino a delitos comunes que cometieron en su condición de oficiales, caso contrario, se aplicaría el CJM.

B. *Sobre su preestablecimiento legal*

Esta característica es fiel derivación del imperio del principio de legalidad de los delitos y de las penas, en el entendido que un delito de función no será tal si no se encuentra previamente establecido, de manera clara y precisa[86], en el CJMP. Al respecto, el TC sostiene[87]:

> "Es preciso que la conducta considerada como antijurídica se encuentre prevista en el Código de Justicia Militar. Ahora bien, no es la mera formalidad de su recepción en dicho texto lo que hace que la conducta antijurídica constituya verdaderamente un delito de función".

En efecto, el carácter de legalidad del delito de función no debe ser comprendido como un aspecto puramente formal de establecimiento y tipificación, que de por sí es insuficiente, sino antes bien debe generar alcances generales para el establecimiento de condiciones materiales que le doten de contenido. Así, el carácter de legalidad debe requerir que necesariamente la conducta descrita en el tipo legal militar-policial infrinja obligaciones funcionales, tanto por el incumplimiento de precisos deberes legales como por el emprendimiento de actuaciones que el ordenamiento militar prohíbe ejecutar.

Sobre esto último el TC[88] ha sostenido que la simple previsión en la ley penal militar no hace a una conducta constitutiva de un delito de función, sino que es preciso que "se haya infringido un deber que le corresponda en cuanto tal; es decir, que se trate de la infracción de una obligación funcional, por la cual el efectivo estaba constreñido a mantener, o a realizar, o no realizar, un comportamiento a favor de la satisfacción de un interés considerado institucionalmente como valioso por la ley; además, la forma y modo de su comisión debe ser incompatible con los principios y valores consagrados en el texto fundamental de la República (el deber militar)".

---

(86) CASTILLO ALVA [2004: 98]; GARCÍA CAVERO [2008: 103].

(87) STC N° 17-2003-AI/TC, del 16/03/04, FJ 134-A.

(88) STC N° 17-2003-AI/TC, del 16/03/04, FJ 134-A.

En consecuencia, para la tipificación de un delito de función no basta considerar la simple infracción de deberes militares o policiales, ya que esto en nada diferenciaría el derecho penal en el ámbito funcional militar-policial de su respectivo campo administrativo sancionatorio. Por tanto, es fundamental que mediante la previsión legal se reprima la afectación de un bien jurídico militar que comprometa concretamente las funciones constitucionales y legalmente asignadas a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional: la defensa del Estado, la seguridad nacional y el orden interno.

C. *Sobre el círculo de autores*

Conforme ha sido establecido en el precedente vinculante citado[89], el delito de función es caracterizado por componentes objetivos-subjetivos que lo definen. Esto es, no se busca con su previsión proteger intereses militares o policiales en su simple condición de tales, sino que esto debe estar ligado al modo de actuar de un sujeto activo cualificado. Se trata, por tanto, de un delito de infracción de deber[90], ya que su injusto penal, por exigencia constitucional, se configura a través de concretas actividades contrarias a los deberes especiales, cuyas fuentes se encuentran fuera del Derecho Penal, concretamente en el derecho administrativo sancionador de las Fuerzas Armadas y Policiales. Comportamientos que, por su extremo peligro y mayor calidad de injusto, se encuentran descritas en el tipo penal militar. Consecuentemente, solo puede ser autor de un delito de función quien ostente una determinada posición de deber necesariamente derivada del ámbito militar o policial, y actuar con ocasión de dichas funciones.

Sin embargo, la Justicia Militar y la jurisdicción ordinaria de épocas anteriores (en cuanto resolvía conflictos de competencia a favor de la primera) no lograron comprender esta exigencia material del delito de función, inclinándose por el juzgamiento de civiles[91]. Ello tuvo su punto

---

[89] Competencia N° 18-2004, del 12/12/97, FJ 6.

[90] El delito de función es un delito de infracción a través del cual se pretende la preservación de una institución social determinada: el Estado y su actividad de aseguramiento y protección de su soberanía y orden interno. Sobre esta institución "positiva" de la que se deriva la competencia de carácter institucional y sus consecuencias; veáse SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES [2002: 105]. También, SUÁREZ GONZÁLEZ [2001: 49 y ss.]. De acuerdo con la configuración del delito de función militar-policial como delito de infracción de deber, VILLAVICENCIO TERREROS [2006: 6]. Sobre el contenido de esta categoría jurídica y su desarrollo, Cfr. GARCÍA CAVERO [2007: 311]; CARO JOHN [2006: 369].

de partida en una incorrecta interpretación de lo dispuesto por el art. 173° de la Constitución Política, que parece establecer la posibilidad de que los civiles sean sometidos a la competencia de la Justicia militar en caso de la comisión de delitos de traición a la patria y terrorismo. Sin embargo, como bien ha sostenido el TC[92] (en el caso Marcelino Tineo Silva y otros), a través de una correcta interpretación del citado dispositivo constitucional:

> "Una interpretación literal del art. 173° de la Constitución, no incompatible con lo expresado por la Corte Interamericana, es aquella según la cual dicho precepto constitucional, en realidad no autoriza a que los civiles sean juzgados por los tribunales militares, sino sólo a que, mediante ley, se disponga que ciertas disposiciones del Código de Justicia Militar puedan ser utilizadas en 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".

Ello no podía ser de otra forma, por cuanto la Justicia Militar, por constituir una especialidad del principio de unidad jurisdiccional, no debe ser comprendida como regla general establecida para el procesamiento tanto de agentes militares o policiales como de civiles. Por su propia naturaleza, las disposiciones del CJMP no pueden tener como objeto la tipificación de delitos e infracciones cometidas por civiles, sino únicamente las realizadas por militares en situación de actividad y en directa afectación de intereses indispensables de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

D. *Sobre la situación de actividad del agente*

El agente del delito de función debe ser un militar o efectivo policial que necesariamente debe haber infringido sus deberes en el marco de su situación de actividad. Sin embargo, aquí se plantea la situación problemática, de un lado, sobre la posibilidad de que los agentes militares o policiales en situación de retiro puedan cometer delitos de función; y, por otro, que los puedan cometer aquellos que se encuentren en situación de disponibilidad funcional respecto del instituto armado o policial al que se encuentren adscritos.

---

[91] BUSTAMANTE OYAGUE [2002: 168].

[92] STC N° 10-2002-AI/TC, del 03/01/03, FJ 104.

Sobre la primera situación, la CIDH, en el caso "Cesti Hurtado"[93], tuvo ocasión de pronunciarse sobre la incompetencia del tribunal militar que juzgó al ex Capitán del Ejército peruano Gustavo Cesti Hurtado, quien fuera procesado en la Jurisdicción Militar por hechos cometidos con posterioridad a su pase al retiro. Los jueces señalaron que "en cuanto al proceso seguido en contra del señor Cesti Hurtado ante un órgano de la justicia militar, la Corte observa que dicha persona tenía, al tiempo en que se abrió y desarrolló ese proceso, el carácter de militar en retiro, y, por ello, no podía ser juzgado por los tribunales militares (...)". La consecuencia de dicha declaratoria fue la nulidad del proceso seguido en su contra, al haber violado el Estado peruano sus obligaciones internacionales[94]. Debe, al respecto, tenerse en cuenta que –conforme el art. 58° de la Ley N° 28359, Ley de situación militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas– los militares en situación de retiro ya no se encuentran subordinados a las Fuerzas Armadas, por tanto, tienen la condición de civiles, y el juzgamiento de cualquier delito que cometiesen, aún en contra de intereses relevantes de la institución armada, es de competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria[95].

Situación distinta se presenta cuando el delito de función ha sido cometido en situación de actividad por el agente militar o policial y fue investigado o procesado con posterioridad a su pase al retiro. Aquí el TC, en el caso "Carreño Castillo"[96], sentó el siguiente criterio: "En la actualidad el beneficiario se encuentra en situación de retiro, sin embargo, su juzgamiento se refiere a hechos que él cometió en el momento en que se encontraba en situación de actividad, y con ocasión del servicio". Tales razones hacen perfectamente posibles el avocamiento de la Justicia Militar a procesos en los cuales el agente militar o policial no se encuentre en actividad al momento de ser investigado o procesado, pero que sí lo estuvo al momento de la comisión del delito.

De otro lado, sobre la problemática de los militares en situación de disponibilidad, el TC, en el caso "Villalba Zapata"[97], sostuvo que "bien

---

[93] Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída sobre el caso "Cesti Hurtado" (del 29/09/99, Serie C, N° 56, FJ 151 y 194).

[94] En el mismo sentido se pronuncia la STC N° 017-2003-AI/TC, del 16/03/04, FJ 134-B.

[95] DONAYRE MONTESINOS [2006: 147-148].

[96] STC 3194-2004-HC/TC, del 28/12/2004, FJ 22.

[97] STC N° 0585-96-HC/TC, del 19/07/1998, FJ 3.C.

sea en situación de disponibilidad o de no actividad, los militares en dicha situación se encuentran excluidos de la posibilidad de cometer delitos de función"[98]; y ello se da precisamente por carecer de la condición de sujeto activo del delito de función.

Finalmente, la validez de estos criterios, en el ámbito de la problemática de los militares en situación de retiro o disponibilidad, deben ser resueltos a favor de la no configuración de un delito de función. Por tanto corresponde su procesamiento a la jurisdicción ordinaria, toda vez que los referidos agentes no cumplen función militar alguna, siendo poco probable que puedan afectar bienes jurídicos institucionales de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, y en caso de que esto ocurra serán de aplicación las sanciones conminadas en la Parte especial del Código Penal.

E. *Sobre las circunstancias externas del hecho*

La acción u omisión que configura el delito de función debe haber sido realizada cuando el agente militar o policial se encuentre ejecutando un "acto de servicio". Dicho criterio obedece a la naturaleza especial y al carácter funcional de la Justicia Militar. Por tanto, cuando el delito cometido por un militar o policía, incluso en afectación de intereses de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, no hubiere sido realizado dentro del marco de las actividades de servicio militar o policial, el delito de función no se configura. En consecuencia, el juzgamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria[99]. Así, el TC[100] y la Corte Suprema de Justicia[101] exigen también, como componente del delito de función, la afectación de bienes jurídicos castrenses mediante la necesaria realización de "actos de servicio". En este sentido, se señala: "El ilícito penal que afecta un bien jurídico prote-

---

[98] Dicha expansión de la Justicia Militar a los militares en situación de disponibilidad encontraría mejor criterio en la STC N° 3194-2004-HC/TC (del 28/12/04; caso "Carreño Castillo", FJ 19), por la cual el TC resuelve no incluir como sujeto activo de un delito de función al militar en situación de disponibilidad, señalando: "lógicamente no se debe incluir a los militares en situación de disponibilidad... no deberían estar incursos (en estos delitos) los que están en estado de disponibilidad". Dicho criterio fue reconocido por el legislador de la Ley N° 28665, en el Art. V de su Título preliminar.

[99] MEINI MÉNDEZ [2002: 200].

[100] STC N° 17-2003-AI/TC, del 16/03/04, FJ 134-C.

[101] Competencia N° 18-2004, del 12/12/97, FJ 7.

gido por las instituciones castrenses o policiales, debe haber sido cometido en acto del servicio; es decir, con ocasión de él".

En suma, los elementos componentes del contenido material del delito de función, establecidos como precedentes vinculantes, aplicables a toda la judicatura peruana en la resolución de Competencia N° 18-2004, han sido recogidos en sus caracteres más relevantes por el TC[102], así como la doctrina establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos[103]. Así, sostiene que el delito de función: "es una infracción a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses. Para ello es preciso que la conducta considerada como antijurídica se encuentre prevista en el Código de Justicia Militar. Asimismo, el sujeto activo del ilícito penal-militar debe ser un militar o efectivo policial en "situación de actividad", y debe ser cometido cuando el efectivo se encontraba en dicha situación (...) Finalmente que haya sido cometido en 'acto del servicio' "[104].

Por tanto, sólo a través del cumplimiento de los requisitos materiales exigidos para la configuración del delito es que se podrá acotar su ámbito de existencia, con el objeto de excluir aquellas conductas que no son constitutivas de un delito de función y, por tanto, de única competencia de la jurisdicción ordinaria. No deben incorporarse a la Justicia militar elementos ajenos al juzgamiento de delitos de función, para cumplir con el mandato constitucional establecido en el art. 173° de la Constitución. Es imperativo en un Estado democrático de derecho que la Justicia militar tenga un alcance restrictivo y especial respecto de la unidad jurisdiccional, y esté por tanto encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, por agentes cualificados, en ejercicio de actividades funcionales del ámbito militar o policial[105].

---

[102] STC N° 17-2003-AI/TC, del 16/03/04, FJ 134.

[103] El criterio material definitorio del contenido material del delito de función ha tenido encaje en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída sobre el caso "Durand Ugarte vs. Perú" (del 16/08/00, Serie C, N° 68). Asimismo, en las Sentencias recaídas sobre el caso "Cantoral Benavides vs. Perú" (del 18/08/00, Serie C, N° 69) y sobre el caso "Castillo Petruzzi vs. Perú" (del 30/05/99, Serie C, N° 52).

[104] Así también, STC N° 2284-2007-HC/TC, del 02/09/08, FJ 8; la STC N° 12-2006-AI/TC, del 15/12/06, FJ 38.

[105] ALVITES ALVITES [2002: 276].

V. DE LA PROMULGACIÓN DE LA LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL FUERO MILITAR POLICIAL (LEY Nº 29182) Y LA "REBELDÍA LEGISLATIVA" DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Luego de haber sido declarada inconstitucional la reforma legislativa intentada mediante el D.Leg 961 y la Ley N° 28665, en la sentencia de inconstitucionalidad recaída sobre el Expediente N° 4-2006-PI/TC (del 29 de marzo de 2006), se estableció un plazo de *vacatio sententiae* de seis meses contados a partir de la publicación de dicha sentencia; ya que vencido dicho término, la sentencia surtiría todos sus efectos (la eliminación del ordenamiento jurídico de las disposiciones declaradas inconstitucionales). Durante el cómputo del plazo inicialmente fijado por el TC, el apoderado del Congreso de la República formuló un pedido de aclaración, a lo que dio respuesta la STC 0004-2006-PI/TC-Aclaración (del 13 de junio de 2006). Esta resolución, cuestionablemente, precisó que el inicio del cómputo de la *vacatio sententiae* no se ceñía a la fecha de publicación de la resolución 4-2006-PI/TC, sino a la notificación de la resolución aclaratoria (es decir, el 17 de abril de 2006).

Similar situación se presentó con la sentencia de inconstitucionalidad promovida por el Colegio de Abogados de Lima, recaída en el Exp. N° 6-2006-PI/TC, en la medida que estableció un plazo de *vacatio sententiae* cuyo vencimiento se extendía al 31 de diciembre de 2006. Sin embargo, la desidia del legislador para reformular su objetivo reformista, condujo a que el Congreso de la República apruebe la Ley N° 28934 (Ley que amplía excepcional y temporalmente la vigencia de la justicia militar policial establecida por la Ley N° 28665), el 16 de diciembre de 2006. De esa manera el Congreso pretendió cubrir la omisión legislativa en que incurrió al no haber aprobado el nuevo marco legal de la justicia militar, acorde con las sentencias de inconstitucionalidad del TC. Sin embargo, la decisión por mantener vigente el esquema funcional y orgánico de la jurisdicción militar policial, no se ajusta a los más elementales principios de un Estado de Derecho que la Constitución garantiza. En realidad, mediante la Ley N° 28934, el Congreso decidió continuar con un esquema de justicia incompatible con la Constitución, desconociendo la autoridad de cosa juzgada de las sentencias del TC.

Es en dicho contexto de inconstitucionalidad provocado por el Congreso que el Colegio de Abogados de Lambayeque interpuso una demanda de inconstitucionalidad contra la citada ley, la misma que fue resuelta por el TC declarándola fundada, mediante sentencia recaída en el Exp. N° 5-2007-

AI/TC (del 26 de agosto de 2008). Sin embargo, un aspecto fundamental había quedado pendiente, la vigencia de la Ley N° 29182, nueva Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial (publicada el 11 de enero de 2008)[106], la cual tuvo por objeto derogar la Ley N° 28665.

La Ley N° 29182 establece en su art. 9° que el "Tribunal Supremo Militar Policial está conformado por diez vocales supremos, procedentes del Cuerpo Jurídico Militar Policial (...) en situación de actividad". Así mismo, en su art. 10°, dispone que los "vocales del Tribunal Supremo Militar Policial son nombrados por el Presidente de la República, a propuesta de la Sala Plena (...) entre los oficiales en actividad del Cuerpo Militar Policial". La inconstitucionalidad de estas normas, se evidencia también en los arts. 13°, 19°, 21°, 22°, 23° entre otros, así como en el Título VI (del Órgano de Control de la Magistratura Militar Policial). El TC tendrá, seguramente, ocasión de dictar una nueva sentencia de inconstitucionalidad por cuanto dicha ley no sólo se aparta, en el sentido indicado, de la doctrina jurisprudencial del Tribunal, sino que viola la Convención Americana de Derechos Humanos[107], al colisionar frontalmente con los principios jurisdiccionales de independencia, exclusividad y unidad jurisdiccional.

Por lo pronto, ha tenido ocasión de emitir un claro pronunciamiento en este sentido al resolver el Exp. N° 1605-2008-PHC/TC (del 11 de enero de 2008). En esta sentencia, el TC ha dejado constancia del desacato legislativo del Congreso de la República, al promulgar una ley manifiestamente inconstitucional, y para tal efecto señaló:

> "Con fecha 10 de enero de 2008 el legislador ha expedido la Ley N° 29182, Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, nueva ley que, sin embargo vulnerar la autoridad de cosa juzgada en lo que se refiere a las sentencias del TC, además supone, una situación de "rebeldía legislativa", dado que el Congreso incumple su deber constitucional de legislar sobre una materia respecto de la cual

(106) Ley N° 29182 (Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial), fue publicada en el Diario Oficial El Peruano el 11 de enero de 2008, y recogió casi en su integridad el Dictamen recaído sobre el Proyecto de Ley N° 1421/2006-CR, de la Comisión congresal de Defensa Nacional, Orden Interno, Desarrollo alternativo y Lucha contra las Drogas (del 25 de septiembre de 2007).

(107) DONAYRE MONTESINOS [2008: 512].

este Colegiado ya se ha pronunciado, haciendo caso omiso a lo antes decidido, situación que sin lugar a dudas pone en riesgo los derechos fundamentales judiciales de aquellos miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú que puedan ser sometidos a la jurisdicción militar, los mismos que ven postergada indefinidamente la materialización de tales garantías"(108).

Siguiendo este razonamiento, el TC declaró inaplicable la Ley N° 29182, en tanto afecta al derecho fundamental a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, y declaró la nulidad del proceso penal militar seguido contra el accionante.

VI. CONCLUSIONES

La justicia militar, como potestad jurisdiccional especial, hace necesario establecer líneas que definan el ámbito del ejercicio de sus atribuciones y esto se incardina, precisamente, con la investigación y juzgamiento de delitos de función militar policial, que afectan intereses fundamentales del ámbito castrense. Por constituir una excepción a la competencia recaída en el Poder Judicial para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado y ceñida únicamente al enjuiciamiento de delitos de función, la justicia militar debe respetar de modo absoluto los principios constitucionales de unidad, exclusividad e independencia en la función jurisdiccional.

La determinación del contenido material del injusto penal militar policial (el delito de función) tiene un triple objeto: primero, brindar directrices al legislador para que tipifique correctamente los de función conforme con lo establecido en el art. 173° de la Constitución. Segundo, permitir al órgano jurisdiccional discriminar cuáles de las disposiciones ya tipificadas no se ajustan a las directrices constitucionales del contenido material del delito de función ni, por tanto, a la jurisprudencia vinculante del TC y de la Corte Suprema. Lo que permite ejercer un control difuso de la constitucionalidad, precisamente, en contra de las citadas disposiciones que ante sí se postulan como aplicables. Y, tercero, hacer posible, como función negativa, la denuncia de inconstitucionalidad de los tipos legales que no se ajusten a su contenido y lograr, en tales términos, su exclusión del ordenamiento jurídico.

(108) STC N° 1605-2006-PHC/TC, del 11/01/08, FJ 7.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CONDE, Enrique. Curso de Derecho Constitucional. Vol. II, 3ª edición. Madrid, Tecnos 2000

ALVITES ALVITES, Elena Cecilia. "Apuntes constitucionales sobre la competencia de los tribunales militares". En: Anuario de Derecho Penal 2001-2002. La reforma del Derecho penal militar, Dir. Hurtado Pozo y Doig Díaz, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 2002, p. 263 ss.

ARMENTA DEU, Teresa. Lecciones de Derecho Procesal Penal, 3ª edición, Madrid, 2007.

ASENCIO MELLADO, José María. "Reflexiones en torno al proceso penal militar peruano. Un proceso inquisitivo". En: Anuario de Derecho Penal 2001 - 2002. La reforma del Derecho penal militar, Dir. Hurtado Pozo y Doig Díaz, Lima, Fondo Editorial de la PUCP 2002, p. 65 ss.

ASENCIO MELLADO, José María. Derecho Procesal Penal, 2ª edición. Valencia, Tirant lo Blanch 2003

AZABACHE CARACCIOLO, César. "De nuevo sobre la Justicia Militar". En: La Constitución de 1993. Análisis y comentarios. Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales N° 11, Lima, Comisión Andina de Juristas 1995, p. 153 ss.

BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho de los derechos. Bogotá, Universidad Externado de Colombia 2005

BUSTAMENTE OYAGUE, Emilia. "El juzgamiento de civiles por los Tribunales Militares: Trasgresión del derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial. El caso Cantoral Benavides". En: Revista Peruana de Jurisprudencia. Año 4, N° 15, Mayo, Lima, 2002, p. 23 ss.

CARO JOHN, José Antonio. "La impunidad de las conductas neutrales. A la vez, sobre el deber de solidaridad mínima en el Derecho Penal". En: El Derecho Penal Contemporáneo. Libro homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera, Lima, Ara Editores 2006, p. 333 ss.

CASTILLO ALVA, José Luis. Principios de Derecho penal. Parte General. Lima, Gaceta jurídica 2004

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. ¿Quién juzga qué? Justicia Militar vs. Justicia ordinaria. El delito de función en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe Defensorial N° 66, Lima, 2003, p. 1 ss. Disponible también en: http://justiciaviva.org.pe/justicia_militar/archivos/informe_66.pdf

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Inconstitucionalidad de la legislación penal militar policial aprobada por la Ley N° 28665 y el Decreto Legislativo N° 961, Informe Defensorial N° 104, Lima, 2006, p. 1 ss. Disponible también en: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20080528_40.pdf

DOIG DÍAZ, Yolanda. "La justicia militar a la luz de las garantías de la jurisdicción". En: Anuario de Derecho Penal 2001 - 2002. La reforma del Derecho penal militar, Dir. Hurtado Pozo y Doig Díaz, Lima, Fondo Editorial de la PUCP 2002, p. 27 ss.

DONAYRE MONTESINOS, Christian. "La justicia militar policial peruana frente a los principios jurisdiccionales en el actual escenario normativo". En: Ponencias desarrolladas del IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional, Tomo I, Arequipa, Editorial Adrus 2008, p. 499 ss.

DONAYRE MONTESINOS, Christian. Tribunales Militares y Constitución en el Perú. Apuntes sobre una reforma pendiente, Lima, Jurista 2006

ETO CRUZ, Gerardo. "La jurisdicción militar en el Perú". En: Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica, Libro Homenaje a Domingo García Belaunde, Coord. Germán Bidart Campos y José Palomino Manchego, Lima, Grijley 1997, p. 353 ss.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. "La Jurisdicción Militar en América Latina. La unidad de jurisdicción en algunos países del área". En: Revista Jurídica del Perú, N° 13, Año XLVII Trujillo, Editora Normas Legales 1997, p. 120 ss.

GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho Penal Económico. Parte General. 2ª Edición. Lima, Grijley 2007

GARCÍA CAVERO, Percy. Lecciones de Derecho penal. Parte General, Lima, Grijley 2008

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. "Garantías constitucionales en el enjuiciamiento criminal peruano". En: Anuario de Derecho Penal 2004. La reforma del proceso penal peruano, Dir. Hurtado Pozo y San Martín Castro, Lima Fondo Editorial de la PUCP, 2004, p. 101 ss.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Madrid, Editorial Colex 1990

HURTADO POZO, José. "¿Es necesario el Código Penal Militar?". En: Ideele. Revista del Instituto de Defensa Legal, N° 150, Lima, 2002, p. 37 ss.

LOVATÓN PALACIOS, David. Tribunal Constitucional y reforma de la justicia militar, Lima, Palestra Editores 2007

MEINI MÉNDEZ, Iván. "Observaciones en torno a la Parte General del Código de Justicia Militar". En: Anuario de Derecho Penal 2001-2002. La reforma

del Derecho penal militar, Dir. Hurtado Pozo y Doig Díaz, Lima, Fondo Editorial de la PUCP 2002, p. 197 ss.

MONTERO AROCA, Juan, Gómez Colomer, Juan Luis & otros. Derecho Jurisdiccional. Parte General, Tomo I, 10ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch 2000

PEREIRA CHUMBE, Roberto Carlos. "Evolución legislativa de la justicia militar en el Perú". En: Anuario de Derecho Penal 2001 - 2002. La reforma del Derecho penal militar, Dir. Hurtado Pozo y Doig Díaz, Lima, Fondo Editorial de la PUCP 2002, p. 357 ss.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Estudios sobre la independencia judicial y el proceso penal. Lima, Grijley 2005

PICÓ I JUNOY, Joan. Las garantías constitucionales del proceso, Barcelona, J.M Bosch Editor 1997

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. La jurisdicción e independencia judicial, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales 1989

SAN MARTÍN CASTRO, César. "Algunos aspectos de la Justicia Militar (A propósito del caso peruano)". En: Anuario de Derecho Penal 2001-2002. La reforma del Derecho penal militar, Dir. Hurtado Pozo y Doig Díaz, Lima, Fondo Editorial de la PUCP 2002, p. 99 ss.

SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Tomo I, 2ª edición, Lima, Grijley 2003

SAN MARTÍN CASTRO, César. Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte suprema, Lima, Palestra Editores 2006

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Delitos de infracción de deber y participación delictiva, Madrid, Marcial Pons 2002

SANDOVAL, Juan Carlos. "La legislación de emergencia y la especialidad del delito militar". En: Anuario de Derecho Penal 2001 - 2002. La reforma del Derecho penal militar, Dir. Hurtado Pozo y Doig Díaz, Lima, Fondo Editorial de la PUCP 2002, p. 173 ss.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. "Los delitos consistentes en la infracción de un deber". En: La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública, Lima, Grijley 2001, p. 149 ss.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "El delito de función militar". En: Gaceta del Tribunal Constitucional, Lima, p. 01 ss. Disponible en: http://gaceta.tc.gob.pe/img_upload/18abfa4cb269c78ca321c53e573f1346/Felipe_Villavicencio.pdf

SENTENCIAS DE LA CIDH

- Sentencia de la Corte IDH, caso Durand Ugarte vs. Perú, del 16/08/00, F.J. 126. En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/artículos/Seriec_68_esp.pdf
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída sobre el caso "Castillo Petruzzi y otros vs. Perú" (del 30/05/99, Serie C, N° 56). En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/artículos/seriec_52_esp.pdf
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída sobre el caso "Cesti Hurtado" (del 29/09/99, Serie C, N° 56, Fs.Js. 151 y 194). En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/s/seriec_56_esp.pdf
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída sobre el caso "Durand Ugarte vs. Perú" (del 16/08/00, Serie C, N° 68). En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/artículos/Seriec_68_esp.pdf
- Sentencia recaída sobre el caso "Cantoral Benavides vs. Perú" (del 18/08/00, Serie C, N° 69). En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/artículos/Seriec_69_esp.pdf
- Sentencia recaída sobre el caso "Castillo Petruzzi vs. Perú" (del 30/05/99, Serie C, N° 52). En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/artículos/seriec_52_esp.pdf

SENTENCIAS DEL TC

- STC N° 12-2006-AI/TC, del 15/12/06, F.J. 38. En: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00012-2006-AI.html
- STC N° 12-2006-AI/TC, del 15/12/06, Fs.Js. 82-86, F.J. 72, Fs.Js. 76-81, F.J. 82-86, F.J. 87-91, F.J. 92-96 y F.J. 97-101. En: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00012-2006-AI.html
- STC N° 4-2006-PI/TC, del 29/03/06, Fs.Js. 45-46. En: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00004-2006-AI.html
- STC N° 17-2003-AI/TC, del 16/03/04, F.J. 134. En: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00017-2003-AI.html
- STC N° 10-2002-AI/TC, del 03/01/03, F.J. 104. En: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html
- STC N° 1605-2006-PHC/TC, del 11/01/08, F.J. 7. En: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01605-2006-HC.html
- STC N° 17-2003-AI/TC, del 16/03/04, F.J. 134-A. En: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00017-2003-AI.html

- STC N° 2284-2007-HC/TC, del 02/09/08, FJ. 8. En: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02284-2007-HC.html
- STC N° 585-96-HC/TC, del 19/07/1998, FJ. 3.C. En: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1998/00585-1996-HC.html
- STC N° 3194-2004-HC/TC, del 28/12/2004, FJ. 22. En: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03194-2004-HC.html
- Resolución aclarativa del 04/11/04. En: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00023-2003-AI%20Aclaracion.html

RESOLUCIONES

- Resolución de Competencia N° 18-2004 (del 17/12/04), publicada por San Martín Castro, César. Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte suprema, Lima, Palestra Editores 2006, p. 153 ss.
- Competencia N° 05-1985, del 10/04/85, resolución citada por San Martín Castro, César. "Algunos aspectos de la Justicia Militar (A propósito del caso peruano)". En: Anuario de Derecho Penal 2001-2002. La reforma del Derecho penal militar, Dir. Hurtado Pozo y Doig Díaz, Lima, Fondo Editorial de la PUCP 2002, p. 99 ss.
- Competencia N° 17-1997, del 12/12/97, resolución citada por San Martín Castro, César. "Algunos aspectos de la Justicia Militar (A propósito del caso peruano)". En: Anuario de Derecho Penal 2001-2002. La reforma del Derecho penal militar, Dir. Hurtado Pozo y Doig Díaz, Lima, Fondo Editorial de la PUCP 2002, p. 99 ss.
- Competencia N° 18-2004, del 12/12/97, FJ. 7, resolución citada por San Martín Castro, César. Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte suprema, Lima, Palestra Editores 2006, p. 153 ss.

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos
de Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.
<grijley@speedy.com.pe>,
en el mes de febrero de 2012.