

DERECHO PROCESAL PENAL PERUANO
Estudios



CÉSAR SAN MARTÍN
CASTRO

DERECHO PROCESAL PENAL PERUANO

Estudios

GACETA
JURIDICA

Av. Angamos Oeste N° 526, Urb. Miraflores
Miraflores, Lima - Perú / ☎ (01) 710-8900
www.gacetajuridica.com.pe

BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
Centro Bibliográfico Nacional

345 San Martín Castro, César, 1955-
S25D Derecho procesal penal peruano : estudios / César San Martín
Castro.-- 1a ed.-- Lima : Gaceta Jurídica, 2017 (Lima : Impr. Edit. El
Búho).
670 p. ; 18 cm.

Incluye bibliografías.
D.L. 2017-09067
ISBN 978-612-311-483-1

1. Derecho procesal penal - Perú - Interpretación y aplicación 2.
Derecho procesal penal - Perú - Casos 3. Derecho penal - Perú 4.
Derecho penal militar - Perú I. Gaceta Jurídica (Lima) II. Título

BNP: 2017-2840

DERECHO PROCESAL PENAL PERUANO. Estudios

© César San Martín Castro
© Gaceta Jurídica S.A.

Primera edición: Octubre 2017
6560 ejemplares
Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
2017-09067
ISBN: 978-612-311-483-1
Registro de proyecto editorial
31501221700791

Prohibida su reproducción total o parcial
D.Leg. N° 822

Diagramación de carátula: Martha Hidalgo Rivero
Diagramación de interiores: Karinna Aguilar Zegarra

GACETA JURÍDICA S.A.

AV. ANGAMOS OESTE N° 526, URB. MIRAFLORES
MIRAFLORES, LIMA - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe / www.gacetapenal.com.pe

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Lima - Perú
Octubre 2017

Publicado: noviembre 2017

Presentación

La obra que en esta oportunidad presento a la comunidad jurídica, reúne parte de los estudios que he elaborado en los últimos años sobre diversos temas jurídico-penales, en su mayoría sobre Derecho Procesal Penal. Algunos de ellos son inéditos, elaborados ad hoc para este libro; otros, en cambio, se publican en nuevas versiones debidamente revisadas y actualizadas, con ciertas precisiones o correcciones, depurando algunas erratas que pudieron haberse cometido en su versión original, o haciendo referencia, en la medida que sea necesario –en razón de los cambios normativos acaecidos– a la legislación vigente aplicable a las instituciones abordadas; lo cual, como se verá, no ha sido necesario en todos los casos, pues algunas materias examinadas no han experimentado modificaciones relevantes, conservando los trabajos sus notas esenciales de actualidad.

En ese sentido, la obra en su conjunto compila mi pensamiento sobre determinados temas, volcado en trabajos inéditos y en otros que fueron incluidos en obras colectivas extranjeras de poca difusión a nivel nacional. También incorporo algunos trabajos que si bien fueron publicados en revistas u obras jurídicas nacionales y extranjeras, tuvieron en su momento un circuito de difusión muy acotado, de modo tal que su incorporación en la presente obra está justificada de cara a dotar a dichos trabajos de una mayor cobertura entre la comunidad jurídica.

En cuanto a la estructura de la obra, esta se ha dividido en tres partes: Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Derecho Penal Militar Policial peruano.

La primera parte, referida al Derecho Penal, se subdivide, a su vez, en dos capítulos. En el primero, rotulado “Derecho Penal peruano, Constitución y derechos humanos”, incluimos un trabajo en el que se abordan los conflictos constitucionales en el proceso penal, y el concepto y clasificación de los principios del proceso penal, desarrollando las implicancias de los principios de necesidad y oficialidad; legalidad y oportunidad; acusatorio; oralidad; libre valoración de la prueba; entre otros. Este capítulo también comprende un trabajo sobre el proceso penal instruido contra el expresidente Alberto Fujimori, en el que explicamos cómo se estructuró la sentencia y sobre qué hechos y pruebas se acreditó su responsabilidad penal como autor mediato

de delitos comunes graves, considerados –desde el punto de vista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos– como de lesa humanidad.

El segundo capítulo de esta primera parte –vinculado al terreno del Derecho Penal nacional, parte general y parte especial– incorpora cuatro trabajos. Uno sobre la garantía de jurisdiccionalidad en la imposición de penas o medidas de seguridad (artículo V T.P. del C.P.). Otro sobre el tratamiento del imputado que sufre anomalía psíquica, donde se abordan cuestiones tanto de Derecho Penal material (v. gr., la anomalía psíquica como eximente de pena y presupuesto de medidas de seguridad) cuanto procesales (v. gr., las particularidades del proceso contra inimputables, la prueba de la anomalía psíquica, la posibilidad de imponer medidas cautelares). Otro artículo sobre la cosa juzgada como causal de extinción de la acción penal, y su vinculación con la seguridad jurídica y la inmutabilidad de las resoluciones judiciales firmes. Y uno más, que cierra este capítulo, sobre el delito socioeconómico y su tratamiento en el proceso penal, identificándose sus particularidades procedimentales.

De otro lado, la segunda parte de la obra, referida al Derecho Procesal Penal, se subdivide también en dos capítulos. En el primero de ellos, bajo el encabezado de “Aspectos generales”, estudio, en primer lugar, algunos puntos de la reforma procesal penal efectuada en diciembre de 2016 por el Poder Ejecutivo, en virtud de la delegación de facultades legislativas del Congreso, y que incidieron en materias como la detención, la vigilancia electrónica y el proceso de extradición. En otro artículo analizo algunas deficiencias de nuestro sistema para la persecución eficaz de la corrupción, especialmente en materia de las inmunidades asignadas a altos funcionarios, y del comiso destinado a privar a los delincuentes de sus ganancias mal habidas. Otro de los trabajos consiste en un estudio preliminar sobre la posibilidad de instaurar el modelo de jurado o tribunal de jurado conformado por ciudadanos legos en Derecho, en nuestro sistema procesal penal. Cierra este capítulo un artículo en el que examino algunos aspectos procesales de la reparación civil en el proceso penal.

En el segundo capítulo de esta segunda parte, radicado en temas del nuevo proceso penal, se incluyen trabajos sobre la interpretación de la norma procesal penal y de su vigencia; sobre la medida de intervención de las comunicaciones; sobre la función del juez de la investigación preparatoria; sobre los presupuestos procesales y contenido de la acusación fiscal; sobre las reglas del proceso inmediato conforme a su modificación por el Decreto Legislativo N° 1194; y, finalmente, sobre los recursos de apelación y casación en el proceso penal.

Por último, la tercera parte de esta obra, titulada Derecho Penal Militar Policial peruano, abarca dos artículos. El primero es un análisis y comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 1011-2002-HC/TC, que declaró nulo el proceso penal seguido contra una persona civil ante la justicia militar, por vulneración a su derecho a no ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimientos distintos de los previamente establecidos. Y en el segundo se estudia la evolución legislativa de la justicia militar policial y el contenido material del delito de función.

Finalmente, como anexo de la obra, incluyo ocho ejecutorias supremas, en las que fui ponente y que he seleccionado por su relevancia. En ellas desarrollo temas como el proceso inmediato y la flagrancia delictiva; la falta de arraigo como presupuesto del peligro de fuga; el concurso real retrospectivo; el allanamiento de domicilio en el delito de tráfico ilícito de drogas; la prueba indiciaria y la presunción de inocencia; la inaplicación de la prescripción por imperio del *ius cogens*, entre otros.

Confío en que la obra que presento será de utilidad e interés para quienes recurran a ella como un medio de estudio o consulta.

Lima, octubre de 2017

César SAN MARTÍN CASTRO
Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia

Índice general

Presentación	5
--------------------	---

Primera parte DERECHO PENAL

Capítulo I Derecho Penal, Constitución y Derechos Humanos Proceso penal, Constitución y principios procesales

I.	Aspectos generales	21
	1. Planteamiento básico.....	21
	2. Conflictos constitucionales en el proceso penal.....	22
II.	Principios del proceso penal.....	27
	1. Concepto	27
	2. Clasificación	29
	3. Principios de necesidad y oficialidad	31
	4. Principios de legalidad u obligatoriedad y de oportunidad	32
	5. Principios de aportación de parte y de investigación de los hechos.....	34
	6. Principios estructurales del proceso.....	37
	7. Principio relativo a la configuración del objeto procesal: el acusatorio.	40
	8. Principio de valoración libre de la prueba	45
	9. Principio de oralidad.....	47

El caso Fujimori. La justicia transicional en el Perú

I.	Introducción.....	65
II.	Análisis de un gobierno y subversión.....	65
III.	El camino hacia una real justicia transicional	72
	El caso peruano	72
	1. ¿Qué entendemos por justicia transicional?	72
	2. ¿Qué se hizo en el Perú?.....	76
IV.	Diseño, desarrollo y división de labores	81
	Estructura de la sentencia.....	81
	1. ¿Cómo se estructuró la sentencia?	81
V.	Hechos: la prueba, su actuación y la autoría mediata	83
	1. Hechos	83
	2. Prueba.....	84
VI.	La calificación de delito de lesa humanidad	101

Capítulo II

Derecho Penal: parte general y parte especial

Garantía jurisdiccional

I.	Introducción.....	109
II.	Contenido	113
	1. Ámbito general	113
	2. Legalidad procesal	113
	3. Sentencia y sanción penal.....	118
	4. Juez competente.....	119

Proceso penal, anomalía psíquica grave y delito

I.	Introducción.....	127
II.	Capacidad procesal del imputado	129

III.	Anomalía psíquica grave y ley penal material	132
1.	La anomalía psíquica grave	132
2.	Las medidas de seguridad	135
IV.	Anomalía psíquica sobrevenida del imputado.....	140
1.	Aspectos iniciales	140
2.	Anomalía psíquica grave sobrevenida e investigación preliminar...	141
3.	Anomalía psíquica sobrevenida e instrucción judicial.....	143
4.	Anomalía psíquica y las otras etapas del proceso penal.....	151
V.	Comisión de delito en estado de anomalía psíquica grave	152
1.	Aspectos generales	152
2.	La pericia psiquiátrica	152
3.	Los demás actos instructorios.....	154
4.	La resolución de mérito sobre la inimputabilidad	155
VI.	Anomalía psíquica grave y medidas cautelares.....	157
1.	La restricción de la libertad personal.....	157
2.	La medida coercitiva contra el anormal psíquico.....	159
VII.	El derecho de defensa del anormal psíquico.....	161

La cosa juzgada como causal de extinción de la acción penal

I.	Ubicación conceptual.....	165
II.	Contenido	178

Delito socioeconómico y proceso penal. El Derecho Procesal Penal económico

I.	Introducción.....	187
II.	Delimitación del derecho penal económico.....	189
1.	Concepto de Derecho Penal Económico.....	189
2.	Lineamientos político-criminales.....	192
III.	Características procesales del delito socioeconómico	194
1.	Aspectos generales o comunes.....	194
2.	Algunos aspectos de la legislación nacional	200
IV.	Alcances del tratamiento procesal del delito socioeconómico.....	210
1.	Organización de los órganos penales.....	211

2. Estructura general del proceso penal económico	214
3. Papel de la Administración en la persecución penal	217
4. Especialidades procedimentales.....	219
5. Las partes procesales: las personas jurídicas.	228

Segunda parte

DERECHO PROCESAL PENAL

Capítulo I

Aspectos generales

La III gran reforma del proceso penal y la Ley Autoritativa N° 30506. Apuntes al margen

I. Introducción.....	245
II. La detención (D. Leg. N° 1298).....	251
III. Vigilancia electrónica personal.....	256
IV. Cambios relevantes	259
V. El proceso de extradición	263

Seguridad jurídica, proceso penal y corrupción en el Perú

I. La corrupción	265
II. La seguridad jurídica.....	270
III. La inmunidad y el decomiso	273
1. La inmunidad.....	273
2. El decomiso	279

El jurado y la justicia penal. Apuntes preliminares

El jurado y la justicia penal. Apuntes preliminares.....	289
--	-----

Responsabilidad civil y proceso penal. Algunos aspectos procesales de la reparación civil

I.	Advertencia preliminar	301
II.	Correcciones iniciales	302
III.	La responsabilidad civil <i>ex delicto</i>	304
IV.	NCPP y características del objeto civil acumulado.....	307
V.	Sentencia y criterios de medición de la reparación civil.....	312

Capítulo II El proceso penal

La interpretación de la norma procesal penal

I.	Introducción.....	319
II.	La interpretación	320
III.	Derecho procesal y norma procesal.....	326
IV.	Vigencia de la ley procesal penal.....	332
V.	Reglas especiales de interpretación.....	338

La intervención de las comunicaciones telefónicas en el ordenamiento peruano

La intervención de las comunicaciones telefónicas en el ordenamien- to peruano	347
---	-----

Acerca de la función del juez de la investigación preparatoria

I.	Introducción.....	369
II.	Potestad jurisdiccional y nuevo proceso penal.....	384
III.	Juez, investigación y etapa intermedia.....	392

La acusación fiscal

I.	Referencias normativas	405
II.	Presupuestos procesales	407
III.	Contenido de la acusación	411
IV.	Acusación y juicio oral	414

El proceso inmediato. NCPD originario y D. Leg. N° 1194

I.	Presupuestos del proceso inmediato	419
1.	Planteamiento	419
2.	Flagrancia delictiva	420
3.	Confesión	422
4.	Evidencia delictiva	424
5.	Declaración del imputado	424
6.	Proceso inmediato y causas con pluralidad de imputados	425
II.	Incoación del procedimiento inmediato	426
1.	El requerimiento fiscal	426
2.	Trámite inicial	427
3.	Decisión judicial	427
III.	Características del proceso inmediato	427
IV.	Desestimación del requerimiento de proceso inmediato	429
V.	Decreto Legislativo N° 1194	429
1.	Aspectos generales	429
2.	De la definición del nuevo proceso inmediato	431
3.	Del juicio inmediato	435

Recursos de apelación y de casación penal

I.	Recurso de apelación penal	439
1.	Concepto y notas esenciales	439
2.	Modelo de la apelación en el NCPD. Apreciación y notas esenciales	442
3.	Tramitación	444
4.	Proposición de pruebas	445
5.	Audiencia de apelación	447

6.	Sentencia de vista.....	449
II.	Recurso de casación penal.....	453
1.	Concepto y notas esenciales	453
2.	Límites del Tribunal de Casación (art. 432 del CPP de 2004) ...	455
3.	Carácter del recurso de casación	456
4.	Objeto impugnabile (art. 427 del CPP de 2004)	457
5.	Impugnabilidad subjetiva.....	458
6.	Inadmisibilidad excepcional por economía procesal	459
7.	Motivos de casación: artículo 429 del CPP de 2004.....	460
8.	Tramitación.....	465
9.	Sentencia vinculante.....	471

Tercera parte

DERECHO PENAL MILITAR POLICIAL PERUANO

Capítulo único

Derecho penal Militar Policial Peruano

Efectos procesales de la STC Exp N° 1011-2002-HC/TC. Caso Elena Iparraguirre Revoredo

I.	Comentarios	477
----	-------------------	-----

La reforma de la justicia militar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el contenido material del delito de función

I.	Introducción.....	491
II.	La jurisdicción militar antes de la reforma diseñada por el Decreto Legislativo N° 961 y la Ley N° 28665	493
1.	Aspectos histórico-legislativos de la justicia militar peruana	493
2.	Del Código de Justicia Militar y la Ley Orgánica de Justicia Mi- litar de 1980. Su declaratoria de inconstitucionalidad	495

III.	La reforma postulada por el Decreto Legislativo N° 961 Y LA LEY N° 28665 DE 2006	496
1.	La declaratoria de inconstitucionalidad de la legislación de reforma.....	496
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) ..	498
3.	Garantías procesales afectadas con la promulgación de la Ley N° 28665.....	499
4.	La declaratoria parcial de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 961 (CJMP)	508
IV.	Hacia una delimitación del contenido material del delito de función	515
1.	Cuestionamientos al criterio de <i>rationae personae</i>	516
2.	Del criterio de <i>rationae loci</i>	517
3.	Del criterio de ocasionalidad.....	518
4.	Del criterio formal o meramente legalista.....	518
5.	Toma de postura sobre el criterio material y su capacidad de rendimiento para delimitar el ámbito protegido por el delito de función	519
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	527
VI.	Conclusiones	530
	Anexos de jurisprudencia.....	537

Primera parte

DERECHO PENAL

Capítulo I

DERECHO PENAL, CONSTITUCIÓN Y DERECHOS HUMANOS

Proceso penal, Constitución y principios procesales⁽¹⁾

I. ASPECTOS GENERALES

1. Planteamiento básico

En el proceso penal acusatorio moderno la Constitución adquiere una relevancia de primer orden por dos motivos centrales, tanto formales cuanto materiales. Primero, porque ocupa una posición de supremacía en el ordenamiento jurídico, tal como lo estipula el artículo 138, segundo párrafo, de la Ley Fundamental –criterio formal: la Constitución es norma de normas–. Segundo, porque en él los derechos en conflicto son de relevancia constitucional, pues, de un lado, reconoce el derecho de persecución del delito, a cargo del Ministerio Público, conforme al artículo 158 de la *Lex Superior*, y el derecho de penar, residenciado en el Poder Judicial, acorde al artículo 138, primer párrafo, y 139.10 de la Constitución; y de otro, afirma el derecho a la libertad del imputado que hace valer la defensa, atento a lo dispuesto por el artículo 139.14 de la norma suprema –criterio material–⁽²⁾.

El proceso penal está definido, en sus lineamientos esenciales o fundacionales, por la Constitución: el Derecho Procesal Penal comienza en la Constitución –aunque es de recordar que el proceso es, básicamente, una institución de configuración legal–, que siguiendo los modelos fijados luego de la segunda mitad del siglo pasado estableció un Estado

(1) Artículo realizado con la colaboración del profesor Joel Segura Alania.

(2) GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Colex, Madrid, 2007.

constitucional, con un fuerte componente social, que a su vez dio lugar a un intenso activismo judicial que en cierta medida posibilitó una judicialización del Derecho, con una evidente influencia del sistema anglosajón. Así, de un lado, ha correspondido a los jueces ir construyendo, con todo dinamismo, los valores –que pertenecen al mundo axiológico– y principios del ordenamiento jurídico –que se ubican en el ámbito de lo deóntico–; y, de otro, se ha estructurado un conjunto de garantías o derechos constitucionales –propriadamente jurisdiccionales, entendidas como mandatos, con un mayor grado de precisión que los valores y los principios, que se proyectan sobre la actuación estatal y particular⁽³⁾– sin perjuicio de las garantías de la Constitución, que determinan, en sus lineamientos nucleares, qué, cómo y quién ha de ejercer la potestad jurisdiccional⁽⁴⁾. El ordenamiento político jurídico nacional adoptó una Constitución rígida y normativa. Esta tiene como principio cardinal en materia de protección de los derechos, a propósito de la aplicación del Derecho Penal, la necesidad del proceso; el monopolio es, pues, estatal, judicial y procesal⁽⁵⁾. La constitucionalización de la garantía jurisdiccional penal –que integra el principio o garantía de legalidad penal: artículo 139.8 de la Constitución–, a su vez, genera, como lo reconoce la propia Ley Fundamental, un conjunto de normas de ese nivel que definen los aspectos nucleares del ejercicio de la potestad jurisdiccional: a) decir y hacer el Derecho en casos concretos, y b) tutela y realización del Derecho objetivo (arts. 2 y 139 de la Const.).

2. Conflictos constitucionales en el proceso penal

Cuatro son las perspectivas que hay que tener presente en estos casos:

1. Las especiales características del **derecho a la libertad** –artículo 2.24 de la Constitución–. Este derecho, en caso de conflicto, ocupa un rango superior al derecho de penar del Estado –y a su presupuesto, que es el derecho de persecución penal–: artículos 44, 139.10 y 159.5 de la Constitución. El derecho a la libertad puede ser calificado como un valor superior del ordenamiento

(3) BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El proceso penal: fundamentos constitucionales del sistema acusatorio*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

(4) DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. *Estudios sobre Derecho Procesal*. Banco Central Hispano, Madrid, 1996.

(5) MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

jurídico, que después del derecho a la vida e integridad corporal, es el máspreciado.

Su núcleo esencial está constituido, por una parte, por la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios, y de otra, por la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente (SCCC C-301, de 1993).

Su eficacia se garantiza a través de los derechos procesales de incidencia o naturaleza procesal, contenidos mayoritariamente en los artículos 2 y 139 de la Constitución, nivel en el que destaca, por su carácter protector de máxima jerarquía, el derecho de defensa procesal (arts. 139.14 de la Const.), destinado a poner límite a la actividad inquisitiva de la autoridad pública.

2. La plena vigencia y aplicación del **principio de proporcionalidad**, que opera tanto para el legislador como para el juez a la hora de enjuiciar la aplicación de una medida restrictiva que afecte un derecho fundamental –cualquier actuación que suprima o elimine una posición jurídica adscrita al ámbito normativo del Derecho o que impida o dificulte el ejercicio de las acciones relativas a las posiciones pertenecientes a este⁽⁶⁾–. El principio de proporcionalidad es considerado como un principio de carácter transversal que define, desde sus propios términos, los límites –forma y condiciones– a las restricciones de los derechos fundamentales materiales (art. VI del Título Preliminar del Código Procesal Penal de 2004), y que se deriva la cláusula constitucional del Estado de Derecho prevista en el artículo 43 de la Ley Fundamental (STC Exp. N° 10-2002-AI/TC, f. j. 195) –es, siguiendo a Alexy, un metapprincipio o, si se quiere, el principio último del ordenamiento jurídico–. Así las cosas, la encrucijada que presenta se expresa en el conflicto entre dos valores de gran importancia en una sociedad democrática y en un Estado de Derecho: por un lado, la necesidad de proteger la seguridad ciu-

(6) BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El proceso penal: fundamentos constitucionales del sistema acusatorio*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

dadana y el orden social, asegurando la eficacia en la lucha contra la delincuencia y el buen fin del proceso penal; y, por otro, la imprescindible protección de los derechos y libertades de los ciudadanos, especialmente frente a los posibles abusos del poder gubernativo⁽⁷⁾.

El juicio de proporcionalidad, es obvio decirlo, está sujeto a diversas intensidades: intenso, cuando mayor sea la afectación del derecho constitucional fundamental o se afecte su núcleo esencial; y débil cuando se trate de la zona de penumbra, aquella no cobijada por el núcleo esencial o cuando se trate de asuntos en los cuales la libertad de configuración legislativa se reputa mayor⁽⁸⁾ –y, por ende, la decisión judicial tiene una discrecionalidad más amplia–.

Para la concreción de este principio se parte de una premisa básica: todos los derechos fundamentales, salvo la vida misma –con la excepción, condicionada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de la pena de muerte: artículo 140 de la Constitución–, son susceptibles de limitación en el curso de un proceso penal, siempre que lo disponga la ley, con arreglo a la Constitución, y que se lleve a cabo con respeto de las condiciones previamente estipuladas y de los fines que ella reconoce –noción de razonabilidad o del fin constitucionalmente legítimo (STC Exp. N° 2235-2004-AA/TC, f. j. 6)–. En materia de medidas limitativas de derechos: medios de búsqueda de prueba y de medidas de coerción procesal (arts. VI del Título Preliminar, 203.1 y 253.2 del Código Procesal Penal de 2004 –en adelante CPP de 2004–), se requiere que estos persigan un fin legítimo y emanen de la autoridad legalmente habilitada para efectuarlas. La ley debe definir con exactitud, y con las garantías necesarias, el acto limitativo de un derecho fundamental; el cual, además, ha de estar objetivamente justificado y la decisión que lo imponga debe plasmar el juicio de necesidad correspondiente.

En general, la ley debe respetar el núcleo esencial de un derecho fundamental, cuya violación se concretaría con el sometimiento

(7) BANACLOCHE PALAO, Julio. *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Penal*. 2ª edición. La Ley-Actualidad, Madrid, 2011.

(8) BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El proceso penal: fundamentos constitucionales del sistema acusatorio*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

a limitaciones que lo hacen impracticable, dificultan irrazonablemente su ejercicio o lo privan de protección (Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, SCCC, C-489, de 1995). Asimismo, está proscrita la restricción de los derechos fundamentales que no guarden estrecha relación con la necesidad de asegurar las fuentes de prueba –fines de esclarecimiento del proceso– o prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva (arts. 202 y 253.3 del CPP de 2004). Tampoco resultan posibles medidas que impliquen el desconocimiento de prohibiciones expresas en la Constitución ni las reglas esenciales del debido proceso⁽⁹⁾.

Los presupuestos generales del principio de proporcionalidad son dos: a) el acto limitativo ha de fundarse y estar previsto en la ley: reserva legal o tipicidad procesal; y, b) la decisión que la autorice, además de emanada por la autoridad legítimamente autorizada –por lo general, la autoridad judicial, con excepciones puntualmente admitidas en la Fiscalía o la Policía– (jurisdiccionalidad), ha de estar especialmente motivada, es decir, referida a los requisitos que justifican la limitación del derecho fundamental (justificación teleológica).

Los requisitos generales que debe cumplir la medida que limita un derecho fundamental se concretan en el cumplimiento de tres subprincipios: a) Ha de ser necesaria para conseguir el fin perseguido, al punto que debe examinarse que este no puede alcanzarse por otra medida menos gravosa que suponga un coste menor –relación medio/medio– (subprincipio de necesidad o indispensabilidad); b) El objetivo que pretende alcanzar ha de guardar relación con el fin real, constitucionalmente legítimo y socialmente relevante, que persigue su imposición –relación medio/fin– (subprincipio de idoneidad); c) La intensidad de la intervención de un derecho fundamental en un caso concreto, que puede ser intensa, mediana o leve, ha de tener en cuenta el fin constitucional perseguido, de suerte que será del caso comparar

(9) BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El proceso penal: fundamentos constitucionales del sistema acusatorio*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

la gravedad del delito o, en todo caso, su trascendencia social, y la entidad de la afectación del derecho fundamental coimplicado, a fin de que el sacrificio impuesto al derecho fundamental que se restringe no resulte desmedido (subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación)⁽¹⁰⁾. Es determinante que el último paso considere el grado de afectación del derecho fundamental en relación con el beneficio obtenido y, en particular, asegurar la protección del núcleo esencial del derecho afectado⁽¹¹⁾.

3. Otro principio transversal, a menudo confundido con el principio de proporcionalidad —que opera frente a las decisiones que afectan derechos fundamentales—, es el de **intervención indiciaria**, cuyo auténtico significado se centra en los actos de investigación de los delitos que tienen lugar en un Estado de Derecho, y busca proteger al ciudadano frente a intervenciones restrictivas aleatorias o indiscriminadas de los poderes públicos so pretexto de la averiguación de los delitos⁽¹²⁾. Es una reacción a distintas formas de exceso, que opera de modo previo a las decisiones restrictivas y se concreta en las circunstancias fácticas que soporten la posibilidad de la existencia de un delito, en el contenido de información que la autoridad penal cuente para imponerla⁽¹³⁾. El CPP de 2004, en los artículos VI del Título Preliminar, 203.1 y 253.2, claramente lo diferencia del de proporcionalidad. Este principio hace referencia a la necesidad de contar con una imputación concreta, con indicios de criminalidad suficientes o, textualmente, “(...) suficientes elementos de convicción (...)”, para dictar una medida limitativa de un derecho fundamental: medidas coercitivas y medidas instrumentales restrictivas de derechos.

(10) GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano.” En: *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, de Carbonel y Grández. Palestra, Lima, 2010.

(11) BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El proceso penal: Fundamentos constitucionales del sistema acusatorio*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

(12) MARTÍN MORALES, Ricardo y otros. *El principio constitucional de intervención indiciaria. Supuestos de intervención restrictiva sin indicios de ilicitud previa: su justificación y sistematización en la teoría general de derechos fundamentales*. Grupo Editorial Universitario, Granada, 2000.

(13) BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El proceso penal: fundamentos constitucionales del sistema acusatorio*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

Lo crucial de este principio es que su aplicación, estrechamente vinculada al caso concreto, exige una estricta relación entre la naturaleza e intensidad de la medida limitativa, el delito objeto del proceso penal –su gravedad o trascendencia social– y el momento procesal en que se dicta (no es lo mismo imponer una tal restricción en los inicios de la averiguación penal, que avanzado el proceso). Por consiguiente, las exigencias de probabilidad delictiva –causa probable– serán mayores conforme avanza el proceso. Caso especial son los delitos de peligro abstracto, pues estos, por su especial naturaleza, la restricción no puede supeditarse a la concurrencia de una sospecha concreta, siendo el caso más típico el control de alcoholemia⁽¹⁴⁾.

4. Por lo demás, y conjuntamente con las nociones de legalidad, jurisdiccionalidad, proporcionalidad e intervención indiciaria, hace falta que la restricción se ejecute con respeto de unas mínimas garantías. Las garantías en la ejecución de la restricción, tienden tanto a asegurar la fiabilidad del medio utilizado, cuando la salud e integridad personal de la persona investigada. Estas no constituyen una lista cerrada y han de ser aplicadas en atención a la naturaleza del método limitativo y a sus circunstancias⁽¹⁵⁾.

II. PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL

1. Concepto

La doctrina es en extremo equívoca al momento de determinar el contenido, equivalencia y diferencias entre los conceptos o categorías de “principios, derechos fundamentales y garantías”. La Constitución nacional no atiende a la diferencia conceptual entre derechos fundamentales, de un lado, y principios procesales y derechos o garantías procesales, de otro, como se advierte del artículo 2, que se limita a proclamar un listado, abierto –por imperio del artículo 3–, de derechos fundamentales, bajo la frase: “toda persona tiene derecho (...)”, y de la primera frase del artículo 139 Constitucional, que consagra la equívoca frase: “Son principios y garantías de la función jurisdiccional (...)”. Tampoco es cuidadosa

(14) ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal: Manuales*. 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

(15) ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal: Manuales*. 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

en reconocer la diferencia entre garantías constitucionales o derechos fundamentales procesales y garantías de la Constitución, en la medida en que se entiende por ‘garantías’ el medio para asegurar, para lograr con seguridad o certidumbre, determinado fin⁽¹⁶⁾.

La Constitución, como se sabe, es fuente de toda juridicidad, grandes compendios de instituciones del Estado, de metas, principios, programas y valores; sus disposiciones son una fuente inspiradora de principios. Esta tiene –si se asume el riesgo de identificarlos– dieciocho principios, cuya elaboración es labor de los jueces y de la doctrina, agrupados en cuatro rubros: 1) Principios fundamentales del Estado. 2) Principios técnico-jurídicos del ordenamiento. 3) Principios inspiradores de la actuación de los poderes públicos –aquí se encuentran los principios procesales–. 4) Principios informadores del Derecho, de sus diversas ramas⁽¹⁷⁾.

Acerca del Derecho Procesal, los principios que lo informan comprenden cuatro ámbitos: 1) Los poderes del órgano jurisdiccional y de las partes respecto al objeto procesal. 2) Los poderes respecto al material de hecho. 3) Los mismos poderes respecto a la dirección formal del proceso. 4) La forma según la cual se realizan y ordenan los actos que integran el proceso. Su concepción actual presenta las siguientes notas características:

- a. Son ideas que están en la base de determinados conjuntos de normas y que se deducen de la propia ley aunque no estén expresamente formuladas. Son, pues, categorías lógico-jurídicas cuya finalidad es señalar el marco dentro del cual debe desenvolverse la actividad procesal⁽¹⁸⁾.
- b. Su valor no es solo teórico, sino que tiene también repercusión práctica como medio auxiliar de la interpretación y como punto de partida para la resolución por analogía de supuestos no regulados.
- c. No tienen, sin embargo, naturaleza normativa, aunque algunos de ellos pueden tenerla, como concretamente sucede con los principios establecidos en la Constitución.

(16) GELSI BIDART, Adolfo. *De derechos, deberes y garantías del hombre común*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1987.

(17) HAKANSSON NIETO, Carlos. *La forma de gobierno de la Constitución peruana*. Universidad de Piura, Piura, 2001.

(18) ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Derecho Procesal Civil: Teoría General del Proceso*. 6ª edición, Lima, 1975.

- d. Su estudio tiene importancia como marco teórico adecuado para la discusión de las soluciones *lege ferenda* a los problemas básicos de ordenación del proceso, y además su exposición tiene gran valor didáctico.

Los principios del proceso no se realizan en las leyes en sus formulaciones más puras, sin que por ello pierda utilidad su estudio, porque en todo caso conviene conocer las soluciones maximalistas que pueden darse a un problema antes de buscar un compromiso entre ellas.

De la crítica de la teoría de los principios del proceso hay que retener, como advertencia fundamental, el riesgo de hipervaloración de los conceptos, mediante la cual estos pueden llegar a superponerse y a falsear la propia regulación jurídico-positiva que deberían explicar. Si no se incurre en ese defecto, el método de los principios es de utilidad para una exposición general de la regulación del proceso⁽¹⁹⁾.

Otra línea concibe los principios como lineamientos estructurales, características esenciales que tienen sus propias particularidades y funciones, y que informan el procedimiento penal; dan forma al sistema de enjuiciamiento y determinan su estructura y funcionamiento⁽²⁰⁾. Como principios políticos no representan exigencias constitucionales, pero junto con ellas dan forma y estructuran el sistema de enjuiciamiento penal del Estado⁽²¹⁾.

2. Clasificación

Es de dividir los principios desde tres órdenes o perspectivas. Los principios derivados del Derecho Penal, al que sirve el proceso penal; y, los principios configurados a partir de la clásica distinción entre proceso y procedimiento (Acuerdo Plenario N° 6-2011/CJ-116, f. j. 8), esto es, entre el objeto de las actuaciones procesales –requisitos y presupuestos– y las actuaciones propiamente dichas o conjunto de actos procesales –aspecto externo de la actividad jurisdiccional–⁽²²⁾.

(19) ORTELLS RAMOS, Manuel. *Introducción al Derecho Procesal*. Comares, Granada, 1999.

(20) BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.

(21) MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal. Parte General*. Volumen II, Del Puerto, Buenos Aires, 2003.

(22) CORDÓN MORENO, Faustino. *Las garantías constitucionales del Derecho Procesal Penal*. Thomson&Aranzandi, Navarra, 2002.

- a. Los principios derivados del Derecho Penal son tres pares dialécticos: i) necesidad y oficialidad; ii) legalidad u obligatoriedad y oportunidad; y iii) aportación de parte e investigación⁽²³⁾.
- b. Los principios del proceso están en función: i) del régimen de entrada de la pretensión y de su oposición o defensa en el procedimiento –principios estructurales de dualidad, contradicción e igualdad–; ii) los poderes de las partes en la conformación del objeto procesal –principio acusatorio–; y, iii) los del juez en su enjuiciamiento, referidos a la valoración de la prueba –principio de prueba libre o libre convicción–.
- c. Los principios del procedimiento están referidos:
 - i. A la forma de los actos procesales: principio de oralidad, cuyo aspecto central, no el único, informa la fase probatoria del procedimiento, en cuya virtud solo el material procesal aportado oralmente al juicio puede ser apreciado en la decisión judicial;
 - ii. a la relación entre el tribunal y el material fáctico: principio de inmediación, de suerte que el juicio y la práctica de la prueba han de transcurrir ante la presencia directa del juez competente;
 - iii. a los criterios, técnico-jurídicos de concentración y preclusión –dice de la idea de aceleramiento procesal–, y jurídico político de publicidad –destaca la noción de contralor popular de la actividad procesal–. El primero busca concentrar las actividades procesales en un espacio corto de tiempo, reuniendo en la menor cantidad posible de tratamiento todo el contenido del proceso. El segundo es consecuencia necesaria de la idea de justicia republicana y destaca la noción de responsabilidad de los jueces ante la sociedad, a quien representan, y de control por los ciudadanos⁽²⁴⁾.

(23) ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 5ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.

(24) BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.

3. Principios de necesidad y oficialidad

El principio de necesidad establece que la realización del Derecho penal está sometida a la exigencia de un proceso jurisdiccional, que integra la garantía de legalidad penal. El juicio previo, como presupuesto, para la sanción penal (arts. 1.2 del TP del CPP de 2004 y V del TP del CP), consagra este principio. No solo está prohibida la autotutela y el *ius puniendi* no es disponible, sino que corresponde al Poder Judicial la aplicación del Derecho penal –las partes no tienen derecho subjetivo alguno sobre la relación jurídico material– y este se aplica por el órgano jurisdiccional necesariamente por medio del proceso –*nemo damnetur nisi per legale iudicium*⁽²⁵⁾–. Por tanto, se impone el proceso para que se tenga oportunidad de demostrar la comisión del hecho, su calificación, sus responsables y con todo ello, arribado a la sentencia, se declare el derecho subjetivo del Estado de aplicar la pena expresamente declarada en aquella⁽²⁶⁾.

El principio de oficialidad, de un lado, exige que en el proceso penal, en tanto protege básicamente un interés público, propio de la tipificación penal, la persecución penal es promovida por órganos del Estado⁽²⁷⁾, en nuestro caso por el Fiscal (arts. IV.1 del TP y 1.1 del CPP de 2004), y se realiza de oficio –el Estado, además de tener a su cargo la pretensión penal material, tiene el derecho y la obligación de perseguir penalmente (Roxin)–; y de otro lado, determina que el objeto procesal –los hechos punibles objeto de investigación, acusación, enjuiciamiento y decisión–, los actos procesales y la sentencia no están subordinados al poder de disposición de las partes, sino a lo establecido por la ley. En consecuencia, el proceso penal por delitos públicos no es disponible por las partes, por lo que no puede ser suspendido, interrumpido o modificado por voluntad de las partes; tampoco resulta admisible, salvo en el caso de los delitos privados, el allanamiento, la renuncia o el desistimiento (art. 78.3 del CP)⁽²⁸⁾. Este principio, opuesto al dispositivo, exige un mayor peso del

(25) MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

(26) MORAS MOM, Juan. *Manual de derecho procesal penal: juicio oral y público penal nacional*. LexisNexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.

(27) BAUMANN, Jürgen. *Derecho Procesal Penal: Conceptos Fundamentales y Principios Procesales*. Depalma, Buenos Aires, 1986.

(28) RIFA SOLER, José María, Manuel RICHARD GONZÁLEZ, y Iñaki RIAÑO BRUN. *Derecho procesal civil*. Departamento de Presidencia, Justicia e interior, Navarra, 2011.

órgano jurisdiccional y una menor posibilidad de las partes de disponer del objeto del proceso⁽²⁹⁾.

Este principio no rige absolutamente, sin restricciones. Sufrir dos limitaciones (arts. 1.3 y 4 del CPP de 2004) y una excepción (art. 1.2 del CPP de 2004). En el primer caso se tienen: i) los delitos semipúblicos, que condicionan la instancia del ofendido para la persecución penal por el Estado; y, ii) los delitos sujetos a acusación constitucional, antejuicio o a una autorización especial para la persecución. En el segundo caso se encuentran, iii) los denominados delitos privados –delitos de persecución privada los denomina el CPP de 2004–, en los que el ofendido reemplaza la actividad del Estado en la persecución del delito.

4. Principios de legalidad u obligatoriedad y de oportunidad

4.1. Principio de legalidad u obligatoriedad

El principio de legalidad o de obligatoriedad obliga al Ministerio Público a perseguir los hechos punibles –deber impuesto legalmente– y, en su caso, al órgano jurisdiccional a la imposición de la pena legalmente prevista conforme a la calificación que resulte adecuada. Es el necesario complemento del monopolio de la acusación a favor de la Fiscalía y tutela la igualdad en la aplicación del Derecho, “(...) puesto que solo la Fiscalía ha de decidir, después de la terminación del procedimiento de averiguación, si se formula acusación contra el presunto autor de un hecho punible, tiene que estar obligada también a la realización de las investigaciones”⁽³⁰⁾. La exigencia de persecución, como es obvio, se impone no cuando existan suposiciones vagas, sino cuando resultan indicios racionales de criminalidad o, como dicen los artículos 329.1 y 336.1 del CPP de 2004, “(...) sospecha de la comisión de un hecho que revista los caracteres de delito (...)” o “(...) indicios reveladores de la existencia de un delito (...)” –ese es su contenido–. Esta facultad de decidir si se ejerce o no la acción penal, no puede ser ejercida de modo arbitrario (STC Exp. N° 6204-2006-HC/TC, f. j. 7). Garantiza a toda persona el estricto respecto de los procedimientos previamente establecidos (STC Exp. N° 8957-2006-PA/TC, f. j. 15)⁽³¹⁾.

(29) BANACLOCHE PALAO, Julio. *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, La Ley-Actualidad, Madrid, 2011.

(30) TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad*. Idemsa, Lima, 2000.

(31) ROSAS YATACO, Jorge. *Tratado de derecho procesal penal. Análisis y desarrollo de las instituciones del nuevo Código Procesal Penal*. Pacífico, Lima, 2013.

Ahora bien, como la potestad persecutoria es reglada, el propio ordenamiento instituye un control específico, en cuya virtud el órgano jurisdiccional puede tanto desestimar la acusación si no concurren los presupuestos legales para su ejercicio, como instar el control jerárquico cuando no convergen los presupuestos para la falta de ejercicio de la acusación (arts. 346.1 y 352.4 del CPP de 2004)⁽³²⁾. Es de acotar que el Código Procesal Penal de 2004 rechazó el proyecto inicial que instituyó otro control a través de la figura del querellante adhesivo, que autorizaba al ofendido por el delito, ante la negativa del fiscal, a instar la acusación y atribuía al juez la potestad jurisdiccional para actuar el Derecho Penal pese a la omisión del fiscal.

Son dos las notas que expresa este principio de obligatoriedad:

- 1) Inevitabilidad en la promoción de la acción penal por delitos públicos.
- 2) Irretractabilidad de la misma⁽³³⁾, esto es, una vez promovido el proceso –puesta en conocimiento al juez: artículos 3 y 339.2 del nuevo Código Procesal Penal–, su suerte no puede depender de la voluntad de las personas públicas o privadas que lo hayan iniciado: fiscal y querellante particular; su curso y culminación está predeterminado legalmente.

4.2. Principio de oportunidad reglada

El CPP de 2004 acoge, limitadamente, el principio de oportunidad reglada. Surge en contraposición al principio de legalidad, y a partir de la facultad del titular de la acción penal para disponer, pero cumpliendo los presupuestos previstos en la norma⁽³⁴⁾. Este principio, por razones de conveniencia –de tipo político o económico–, de utilidad o de un manejo más eficiente en la asignación de los recursos⁽³⁵⁾, subordina la perseguibilidad de algunos delitos tanto a que se superen las exigencias de necesidad o de merecimiento de pena legalmente previstas, (art. 2.1 del CPP de 2004), como a que el imputado y la víctima lleguen a un acuerdo reparatorio (art. 2.6 del CPP de 2004) –asunción como fundamento de las teorías utilitarias de la pena–. En ambos supuestos, el artículo 2 del CPP de 2004 autoriza al Ministerio Público a abstenerse de formular cargos.

(32) ORTELLS RAMOS, Manuel, ARMENGOT y otros. *Introducción al Derecho Procesal*. Aranzadi, Navarra, 2011.

(33) CHAIA, Rubén A. *La prueba en el proceso penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

(34) PÉREZ CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús, FERREIRA BAHAMONDE, Xulio-Xose, PINOL RODRÍGUEZ, José Ramón y SEOANE SPIELGLBERG, José Luis. *Derecho Procesal Penal*. Aranzadi, 2009.

(35) CAFFERATA NORES, José. *Temas de Derecho Procesal Penal*. Depalma, Buenos Aires, 1988.

La institución de la suspensión del proceso o de la persecución penal, que también es expresión de este principio, no ha sido acogida en el CPP de 2004. Tampoco se han incluido los motivos de economía procesal en los casos de hechos accesorios sin importancia, lo que se da en grandes procesos en los que se consigue un aceleramiento del proceso por medio de una renuncia parcial a la persecución penal (véase, por ejemplo, art. 154, números 1 y 2, StPO alemán). De igual manera, no se han incorporado legalmente los motivos de oportunidad en casos relacionados con extranjeros o en aquellos supuestos en que intereses estatales propios se oponen al interés de persecución penal (por ejemplo, delitos contra el Estado, con el fin de impedir la correspondiente puesta en peligro de la seguridad estatal por medio de la realización del proceso).

Paralelo al principio de oportunidad se reconoce el principio del consenso –que puede ser considerado como una manifestación del principio de oportunidad⁽³⁶⁾–. Este principio, sobre la base formal de configuración del proceso en un sentido más contradictorio; reconoce, en algunos supuestos, cierta primacía al rol de las partes y, por ende, subordina el castigo del delito en cierto grado, ciertamente relativizado, a la voluntad del acusador público y a determinados acuerdos que formulen las partes. Expresión de lo expuesto, es el caso de la institución de la conformidad procesal (art. 372 del CPP de 2004), y de los procesos de terminación anticipada (art. 468 del CPP de 2004), y de colaboración eficaz –concentrado en injustos de organización y en algunos delitos graves– (art. 472 del CPP de 2004). Estas instituciones, en general, no han merecido reproches del TEDH. Las SSTEDH Golder, Airey y Deweer, del 21 de febrero de 1975, 9 de octubre de 1979 y 27 de febrero de 1980, en tanto en cuanto cumplan determinados requisitos, entre los que destaca la ausencia de amenaza –la naturaleza de los cargos y la acusación pendiente, que puede obviamente materializarse en una condena, no puede ser calificada de una amenaza o presión incompatible con los derechos fundamentales–.

5. Principios de aportación de parte y de investigación de los hechos

La aplicación de los principios de aportación de parte y de investigación de los hechos corre paralelo a la vigencia de los principios dispositivo y de oficialidad. La singularidad del proceso penal –en su relación con el proceso civil– estriba que en este el interés público –ínsito en el

(36) ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 5ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.

Derecho Penal– tiene una singular trascendencia, por lo que es obvio de que, predominantemente, ha de inspirarse en el principio de investigación oficial. Tal es su fundamento.

La aportación y comprobación de los hechos es un deber u obligación, constitucionalmente impuesta, que incumbe al Ministerio Público y a la Policía Nacional –la investigación de oficio es propia de la etapa de investigación preparatoria–, conforme consta de los artículos 61.2 y 67.1 del CPP de 2004. Ambos órganos del Estado deben investigar las conductas presuntamente delictivas, a través de una multiforme actividad investigativa, regulada legalmente y con una fuerte relevancia del interés público. Una vez incoada la inculpación formal –en la que tiene un rol importantísimo el Informe Policial (art. 332 del CPP de 2004) – y, posteriormente, con motivo de la formulación de la acusación –siempre que haya *materia criminis*– (art. 349. 1 y 2 del CPP de 2004), corresponde al fiscal introducir no solo los hechos y circunstancias fácticas con relevancia penal –sin excluir ningún elemento fáctico relevante, y siempre que hayan sido determinados en la investigación preparatoria (art. 349.2 del CPP de 2004)– sino también las evidencias o medios probatorios al proceso, bajo estricto control jurisdiccional, todo lo cual se ha de materializar en la etapa intermedia.

Configurada de este modo la obligación del Ministerio Público, y de su ayudante principal: la Policía Nacional, corresponde a la etapa de enjuiciamiento la práctica de las pruebas pertinentes ofrecidas por todas las partes, acusadoras y acusadas. Bajo estas características formales se afirma, comúnmente, la primacía en el juicio oral del principio de aportación de parte (art. 353.2.c del CPP de 2004). Empero, como ratificación de la absoluta relevancia del interés público –y no como excepción al principio de investigación de los hechos, como clásicamente se enuncia– se reconoce al órgano jurisdiccional una iniciativa probatoria; iniciativa que responde al principio de oficialidad y legitima el deber que le impone la ley de llevar a cabo la actividad probatoria necesaria para adquirir certeza sobre los hechos alegados por las partes (art. 155.3 del CPP de 2004). No es que las partes no tengan derecho de alegar y probar, sino que no solo ellas pueden hacerlo⁽³⁷⁾. La comunidad jurídica, en estos casos, ante

(37) ORTELLS RAMOS, Manuel, ARMENGOT y otros. *Introducción al Derecho Procesal*. Aranzadi, Navarra, 2011.

una consecuencia jurídica tan trascendente no quiere confiar en la actuación –y en el egoísmo– de quienes participan en el proceso como partes⁽³⁸⁾.

El deber de actuación probatoria, por cierto, no solo es del fiscal –órgano público por excelencia–, también es del tribunal, aunque en este caso ha de adoptarse un criterio ciertamente limitado, a fin de evitar una actividad inquisitiva encubierta que fracture el principio acusatorio y las garantías de defensa procesal y de imparcialidad. Tal limitación está reconocida por el artículo 385.2 del CPP de 2004, que impone dos requisitos a su adecuado ejercicio: a) que se trate de medios probatorios indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad; y, b) que no se reemplace la actuación propia de las partes –a su vez, los principios de legalidad y acusatorio imponen al principio de investigación oficial: los hechos son los que identifican el objeto procesal y lo determina el acusador, que es el único que ha instarlos–. Esta opción legislativa, por lo demás, concuerda con STEDH Barberá, Messegue y Gabardo, del 6 de diciembre de 1988.

Como consecuencia de lo anterior, cabe señalar que, en su esencia, la posibilidad del juez de acordar prueba de oficio está sujeto a tres límites: a) las pruebas deben estar vinculadas al objeto del proceso –respeto del principio acusatorio–; b) en las actuaciones de la causa han de encontrarse las fuentes del medio de prueba ordenado actuar de oficio –respeto de la garantía de imparcialidad judicial–; y, c) la práctica de la prueba debe respetar los principios que le son inherentes con la plena intervención de las partes, sin perjuicio de permitirse a las partes que propongan nueva prueba destinada a contradecir la ordenada judicialmente –respeto del principio de contradicción y del derecho de defensa– (STSE, del 26 de diciembre de 2003, f. j. 3).

Es a partir de esta concepción, que obliga a procurar a los agentes públicos la acreditación de todos los hechos relevantes, que se impone la noción de “carga material de la prueba”⁽³⁹⁾. Ello significa, en primer lugar, que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la responsabilidad penal y civil del acusado recae íntegramente en el acusador –que es lo que se denomina “prueba de cargo” (art. IV. 1 y 2 del TP del CPP de 2004)–. Al acusador le perjudica la falta de prueba, ya sea porque no

(38) BAUMANN, Jürgen. *Derecho Procesal Penal: Conceptos fundamentales y principios procesales*. Depalma, Buenos Aires, 1986.

(39) DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.

pudo probar los cargos que afirmó o porque la duda sobre su realidad no fue superada, lo cual por cierto no obsta que las partes acusadas puedan: i) introducir afirmaciones sobre hechos impositivos, extintivos o excluyentes y, a partir de ahí, proponer y practicar prueba sobre ellos; ii) así como, también, negar los hechos constitutivos planteados por la acusación –todo lo cual se denomina “prueba de descargo”–. En ambos casos, empero, no se genera una carga de la prueba para el acusado, aunque sí se presenta la alegación y no se prueba, y resultan probados los hechos constitutivos, se dictará una sentencia condenatoria que lo perjudicará⁽⁴⁰⁾.

6. Principios estructurales del proceso

Los principios estructurales son consustanciales a la idea misma de proceso, no pueden faltar⁽⁴¹⁾. Se trata de los principios de dualidad, contradicción e igualdad de armas.

6.1. Principio de dualidad

Las partes, desde una perspectiva relacional, están ubicadas en dos posiciones procesales distintas y enfrentadas y de un juzgador que, situado neutralmente por encima de ellas, presencia y dirige una posible controversia entre quienes ocupen esas posiciones⁽⁴²⁾. Unas partes sostienen los cargos o acusan –la llamadas “partes acusadoras”–, y otras se resisten, a quienes se les acusa –las denominadas “partes acusadas”–. Lo esencial, de cara a este principio, es la existencia de dos posiciones procesales opuestas, pues partes procesales pueden haberlas en número indeterminado (por ejemplo, actores civiles numerosos que reclaman una indemnización al imputado o al tercero civil responsable). No puede existir proceso si no existen dos posiciones procesales, total o parcialmente, equidistantes entre sí, y sobre este principio se manifiestan y concretan los principios de contradicción e igualdad. Ello explica, en todo caso, que en la etapa o procedimiento principal del proceso penal: enjuiciamiento, el juicio no podrá tener lugar si el acusado acepta los cargos. Según el artículo 372.2 del CPP de 2004 si el acusado admite los cargos –ser autor o partícipe del delito materia de acusación y responsable de la responsabilidad civil– el juez ha de declarar la conclusión del juicio.

(40) MORENO CATENA, Víctor. *Derecho Procesal Penal. Principios de Derecho Procesal Penal*. Volumen I, Tiranto lo Blanch, Valencia, 2011.

(41) GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Colex, Madrid, 2007.

(42) DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.

6.2. Principio de contradicción

Es un principio de carácter absoluto, que atiende a las partes y a su rol en el proceso. Básicamente es un mandato dirigido al legislador, que le dicta un modo de conformar el proceso, y cuya efectiva aplicación no puede ser denegada por el órgano jurisdiccional. En su mérito, las partes han de acceder al proceso, cualquiera que sea su posición, y han de disponer de plenas facultades procesales para tender a conformar la resolución que debe dictar el órgano jurisdiccional. Así las cosas, el acceso garantizado de las partes al proceso persigue garantizar la plena efectividad del derecho de la defensa y evitar que puedan producirse contra ella, aún en la etapa de investigación preparatoria, situaciones materiales de indefensión⁽⁴³⁾. El principio expresa no solo la posibilidad que tiene el acusado de conocer la imputación, sino, más bien se refiere a la prohibición de condenar a una persona sin que previamente haya sido oída y vencida en juicio⁽⁴⁴⁾.

Su contenido es doble. 1. De un lado, importa la necesidad de ser oído, que se erige en un derecho no renunciable, que funciona como regla imperativa en la etapa de enjuiciamiento (arts. 1.2 TP y 356.1 del CPP de 2004): no se permite el juicio en ausencia (art. 139.12 de la Const. y 79.4 y 5 del CPP de 2004), y como regla no imperativa en la etapa investigación preparatoria; las partes han de haber tenido la posibilidad procesal cierta de alegar, no se requiere de una obligación de hacerlo. 2. De otro, impone el conocimiento de todos los materiales de hecho y de derecho, aunque en este último ámbito –de los materiales propiamente jurídicos–rige el *jura novit curia*, de suerte que el juez puede tener una tercera opinión, a condición de un previo conocimiento de las partes y posibilidad de alegar en torno a la misma⁽⁴⁵⁾.

Este principio se plasma en una frase clásica: “Nadie puede ser sancionado sin ser oído y vencido en juicio”, que se identifica con los brocardos ya clásicos “*audiatur et altera pars*” y “*nemo inauditus damnari potest*”⁽⁴⁶⁾.

(43) RIFA SOLER, José María, RICHARD GONZÁLEZ, Manuel y RIAÑO BRUN, Iñaki. *Derecho Procesal Civil*. Departamento de Presidencia, Justicia e interior, Navarra, 2011.

(44) ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 5ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2010.

(45) MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

(46) ASENSIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal: Manuales*. 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

6.3. Principio de igualdad de armas procesales

Es otro principio autónomo que, igualmente, tiene un carácter absoluto y es exigencia elemental de justicia, impuesto al legislador y al juez. Se desprende de la relación de dos normas constitucionales, referidas a la igualdad ante la ley y al debido proceso penal (arts. 2.2 y 139.3 de la Const.). Dice de la relación que debe existir entre los organismos encargados de la persecución penal y las demás partes acusadoras, por un lado, y el imputado y las demás partes acusadas, por el otro. En virtud de este principio se requiere que se establezcan las condiciones objetivas que aseguren la actuación equitativa de las partes y se eviten privilegios irrazonables a alguna de ellas. Por consiguiente, se ha de conceder a las partes de un proceso los mismos derechos, posibilidades, obligaciones y cargas, de modo tal que no quepan privilegios ni a favor ni en contra de alguna de ellas⁽⁴⁷⁾. Pero no solo se exige una regulación abstracta que reconozca la igualdad de armas, también se impone al juez el deber de “(...) evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica afecte el desarrollo o resultado del proceso” (art. VI del TP del CPC); así, debe “(...) allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia” (art. 1.3 TP del CPP de 2004), pues toda desigualdad injustificada –no razonable– produce indefensión⁽⁴⁸⁾.

La igualdad de armas procesales se expresa en toda su plenitud en la etapa de enjuiciamiento (art. 356.1 del CPP de 2004). Tal plenitud también tiene lugar en la etapa intermedia, pues importa para el acusado y las demás partes tanto el conocimiento previo y total de las actuaciones investigativas, como un derecho de postulación y alegación sin cortapisas que se plasma en las audiencias de control (arts. 345, 350 y 351 del CPP de 2004). En la etapa de investigación preparatoria, sin duda, se admite una ‘aparente’ desigualdad desfavorable al imputado, reconocida como un contrapeso a favor de la sociedad, que sin embargo se salvaguarda –en lo que se denomina “procedimiento preliminar participativo” (Ambos)– porque se permite al imputado –y a las otras partes procesales– no solo conocer desde un inicio los hechos y las evidencias en su contra (art. 71 del CPP de 2004), sino también interponer solicitudes de actos o diligencias

(47) MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

(48) CORDÓN MORENO, Faustino. *Las garantías constitucionales del Derecho Procesal Penal*. Thomson&Aranzandi, Navarra, 2002.

de investigación e intervenir en la actuación de todas ellas (art. 337.4 del CPP de 2004), salvo aquellas que por su propia naturaleza y finalidad no deba conocer, tales como la videovigilancia, el allanamiento y el control de comunicaciones (arts. 207.1, 214.1, 226 y 230 del CPP de 2004), así como las sometidas al secreto sumarial (art. 324.2 del CPP de 2004). En este último caso, se entiende que estas limitaciones son provisionales y no impiden la posterior restauración del equilibrio y la igualdad de armas⁽⁴⁹⁾.

Es claro, por lo demás, que dotar al procedimiento de investigación preparatoria de mayores ámbitos de contradicción no puede obtenerse, político-jurídicamente, sin ningún costo. Desde el punto de vista del fiscal y del juez puede resultar aceptable solo ante posibles efectos de aceleración del proceso –terminación anticipada o acortamiento de los procedimientos intermedio y de enjuiciamiento– (Kai Ambos). Su concreción, como ocurre en el nuevo Código Procesal Penal, en casos de irrepetibilidad o indisponibilidad y de urgencia, permite, de un lado, reconocer valor de prueba a determinados actos de investigación –la denominada: prueba preconstituida y prueba anticipada–; y, de otro, configurar diversos procedimientos especiales o trámites de aceleramiento procesal (por ejemplo: procesos inmediato y de terminación anticipada, y trámite de conformidad procesal).

7. Principio relativo a la configuración del objeto procesal: el acusatorio.

7.1. Concepto

Este principio y su par dialéctico: el principio inquisitivo, establecen bajo qué determinación de roles y bajo qué condiciones ha de efectuarse el enjuiciamiento de la pretensión penal⁽⁵⁰⁾; configura, pues, el objeto del proceso penal. Es un principio que atiende al juez. Supone un desdoblamiento de funciones entre acusador y juez, una efectiva separación entre el Ministerio Público –perseguir: investigar y acusar– y el Poder Judicial –juzgar⁽⁵¹⁾–, que a su vez se entronca con el principio de oficialidad y con él da lugar al proceso acusatorio (Roxin). Es aplicable a todas las etapas e instancias del proceso penal, y garantiza la existencia de un órgano jurisdiccional independiente que deba fallar con carácter absolutamente im-

(49) BANACLOCHE PALAO, Julio. *Aspectos Fundamentales de Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, La Ley-Actualidad, Madrid, 2011.

(50) GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Colex, Madrid, 2007.

(51) BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.

parcial⁽⁵²⁾. Así, juez y fiscal no son la misma persona y tienen tareas o funciones diferentes. Se trata de un principio estructural del proceso penal (STS Exp. N° 72-2009, del 29/01/2009).

7.2. Notas esenciales

Son tres las exigencias que plantea el principio acusatorio: atribución de la investigación y del juicio a distintos órganos públicos, distribuciones de las funciones de acusación y decisión, y correlación entre la acusación y sentencia⁽⁵³⁾. El Tribunal Constitucional no ha reconocido la congruencia como nota esencial y la remite a la garantía de motivación (STC Exp. N° 2005-2006-PHC/TC, del 13/03/2006):

- a. **Atribución de la investigación y del juicio a distintos órganos públicos.** En aras de garantizar la imparcialidad judicial –ausencia de prejuicios o predisposición personal, y exclusión de cualquier duda legítima a este respecto– y el correcto ordenamiento del proceso penal, la ley encomienda al fiscal la incoación y la conducción de la investigación del delito –bajo control judicial– (arts. 60.2 y 322.1 del CPP de 2004) [R.N. Exp. N° 1764-2009-Cusco, f. j. 41, y al juez la determinación de la procedencia del juicio oral y su ulterior realización (arts. IV.1 y V.1 TP, y 346.1 y 5, 351/353 y 356 del CPP de 2004). Es más, cada etapa del proceso penal debe estar a cargo de un órgano público distinto: la investigación preparatoria al fiscal, la etapa intermedia al juez de la investigación preparatoria, y la etapa de enjuiciamiento al juez penal –unipersonal o colegiado– (arts. 28.3 a, 29.4 y 60.2 del CPP de 2004); y, desde la perspectiva de la persona que integra esos órganos, quien ha intervenido en la investigación preparatoria y/o en la etapa intermedia no puede hacerlo en el juicio oral.
- b. **Distribución de funciones de acusación y decisión.** Rige el aforismo “*Nemo iudex sine accusatore*”. No solo la inculpación formal es de responsabilidad y titularidad exclusiva del Ministerio Público (arts. 60.1, 322.1, 329.1 y 336.1 del CPP de 2004), sino que fundamentalmente el juicio oral ha de iniciarse con la necesaria formulación y aprobación de la acusación, a través de la cual se introduce la pretensión penal y, cuando corresponde, la

(52) RIFA SOLER, José María, RICHARD GONZÁLEZ, Manuel y RIAÑO BRUN, Iñaki. *Derecho Procesal Civil*. Departamento de Presidencia, Justicia e interior, Navarra, 2011.

(53) GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Colex, Madrid, 2007.

civil (arts. 356.1 y 11.1 del CPP de 2004), que determina el objeto del proceso y la persona del acusado, elementos ambos que delimitan el ámbito sobre el que puede proyectarse el poder de resolución del juez⁽⁵⁴⁾. El órgano jurisdiccional, además, tiene vedada la posibilidad de sostener la acusación, de suerte que si el fiscal retira la acusación, solo podrá instar el control jerárquico, decisión que en última instancia lo vincula (art. 387.4 del CPP de 2004). Esto último, al igual que el procedimiento para forzar la acusación escrita (art. 346.1 del CPP de 2004), constituye una excepción material a este principio, justificado en la protección de los derechos públicos subjetivos del ofendido por el delito –al ser atentatorias del derecho de la víctima, se exige un control judicial [STC Exp. N° 4620-2009-PHC/TC, f. j. 11]–, derivados del principio de legalidad y del monopolio acusatorio del Estado (Roxin).

- c. **Correlación entre la acusación y la sentencia.** Determina una determinada correlación o congruencia (similitud, semejanza o correspondencia) entre la pretensión penal –asumida en la acusación oral, que es la que marca el límite entre lo prohibido y lo permitido– y el fallo. La congruencia o correlación es el deber impuesto al juez de dictar sentencia conforme a las pretensiones deducidas por las partes en el proceso. Es la imposibilidad de variar el sustrato fáctico por el cual el sujeto ha sido sometido a proceso y posteriormente resulta acusado⁽⁵⁵⁾. Tiene una configuración objetivo-subjetiva: hechos atribuidos al acusado. Los defectos de incongruencia, en cuanto vulneración de este requisito, son: incongruencia *supra* o *ultra petita*, incongruencia *extra petita* e incongruencia *infra petita*, según en el fallo se conceda más de lo que pedía el fiscal, se resuelva sobre un objeto procesal distinto o se conceda menos de aquello legalmente establecido y pedido por el Ministerio Público. Propiamente no existe defecto de incongruencia omisiva –o por omisión de pronunciamiento– porque entraña la vulneración de otro deber del juez: de exhaustividad o de motivación⁽⁵⁶⁾–.

(54) ORTELLS RAMOS, Manuel, ARMENGOT y otros. *Introducción al Derecho Procesal*. Aranzadi, Navarra, 2011.

(55) CHAIA, Rubén A. *La prueba en el proceso penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

(56) LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomas. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Colex, Madrid, 1991.

Son cuatro las expresiones de esta nota esencial:

- i. **Congruencia fáctica.** Es de carácter objetiva. La vinculación entre acusación y sentencia –hecho acusado vs. hecho decidido– es al hecho punible –propia a la fundamentación– que se atribuye al imputado. Se circunscribe a: i) un acaecimiento real constitutivo de algún tipo de delito atribuido al imputado (elementos objetivo y subjetivo), y, dentro de tal fundamentación; ii) al núcleo esencial del hecho justiciable –su esencialidad histórica es lo importante, por ende, aun cuando no han de ser distintos el hecho acusado y el hecho decidido no se requiere que necesariamente sean idénticos–, inmodificable como tal, no a sus circunstancias accesorias que muy bien pueden alterarse como consecuencia del debate oral (art. 397.1 del CPP de 2004). Es claro, entonces, que el juez no puede introducir en su sentencia ningún nuevo hecho que sea perjudicial para el acusado, que no figurara previamente en la acusación –interdicción de mutaciones esenciales–, pero ello no puede implicar, en modo alguno, que el relato de los hechos probados tenga que circunscribirse al mismo descrito por la acusación, ya que el juez puede ampliar detalles o datos para hacer más completo y comprensivo el relato, de conformidad con las pruebas practicadas en el juicio y con la finalidad material y la mejor reproducción de la pasada realidad⁽⁵⁷⁾.
- ii. **Congruencia jurídica.** Exige una relativa concordancia entre el título acusatorio –que puede incluir conclusiones alternativas– y el título condenatorio –la perspectiva jurídica de los hechos imputados también es relevante, pues determina su relevancia y predetermina una específica estrategia defensiva–. El juez no puede castigar por un delito distinto al que ha sido objeto de acusación, ni siquiera apreciar circunstancias agravantes o subtipos agravados no invocados por la acusación. Se exceptúa esa exigencia, al permitirse la desvinculación del título acusatorio, en tanto en cuanto las partes conozcan de esa alternativa y se respete la homologación o identidad del bien jurídico entre el tipo legal

(57) SÁNCHEZ MELGAR, Julián. *Código Penal: comentarios y jurisprudencia*. Sepin, Madrid, 2006.

objeto de acusación y el tipo delictivo materia de condena (arts. y 374.1 y 397.2 del CPP de 2004).

- iii. **Congruencia cuantitativa.** La pena pedida por el Ministerio Público –en tanto elemento nuclear de la pretensión penal– vincula, en cierta medida, al órgano jurisdiccional –no puede introducirse elemento alguno, no propuesto por el fiscal, que condiciona la pena concreta–. Así, el juez no puede imponer una pena más grave que la requerida por el fiscal, aunque desde luego puede aplicar una pena menor si legalmente se justifica (arts. V y VIII Título Preliminar del CP). Esta vinculación no procede, sin embargo, cuando la pena pedida vulnera el parámetro punitivo legalmente previsto, cuando el fiscal insta una pena ilegal, “(...) por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación” (arts. 397.3 del CPP de 2004; v. gr.: STCE Exp. N° 186-2009, del 7 de setiembre de 2009). En tal virtud, el juez –sin introducir un elemento fáctico nuevo, sorpresivo, que altere la dosificación penal– puede imponer la pena que corresponda (art. 397.3 del CPP de 2004), aunque en su extremo mínimo (v. gr.: Acuerdo Plenario, Sala Segunda TSE, de 20 de diciembre de 2006). Tal posibilidad incluye el hecho de que el fiscal, por error, no pida una de las penas conjuntas legalmente previstas, pues el imputado obviamente estaba al tanto de la previsión normativa, de la cual se pudo defender en el juicio oral (v. gr.: Acuerdo Plenario, Sala Segunda, TSE, del 27 de noviembre de 2007).
- iv. **Interdicción de la reforma peyorativa.** En las segundas o sucesivas instancias, como consecuencia de la pretensión impugnativa del imputado, no se puede gravarlo aún más de lo que ya estaba por la sentencia recurrida. El órgano *ad quem* está vinculado por los límites, subjetivos y objetivos, trazados por la acusación y la defensa en la segunda instancia y en casación. Vulnerar esa vinculación importa agravar *ex officio* la pena del recurrente⁽⁵⁸⁾.

(58) GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Colex, Madrid, 2007.

8. Principio de valoración libre de la prueba

El principio de valoración libre de la prueba dice del método elegido para tomar las decisiones más importantes del proceso, no solo de la sentencia –sin duda la resolución de más trascendencia en el proceso⁽⁵⁹⁾–. Está residenciado en el juzgador, y le indica cómo ha de valorar o determinar la eficacia de los medios de prueba que han sido practicados para establecer como ciertos los datos (normalmente de hecho) que han sido objeto de la prueba⁽⁶⁰⁾.

El artículo 393.2 del Código Procesal Penal de 2004 fija el principio que determina la apreciación de la prueba penal. Prescribe que “la valoración de la prueba respetará las reglas de la sana crítica, (...)”. Sobre esa base se entiende –de ahí el concepto de ‘valoración libre’ de la prueba– que los criterios en base al cual decidirá el juez –lo que se denomina ‘sana crítica’–; esto es, máximas de la experiencia, principios lógicos y conocimientos científicos (art. 158.1 del CPP de 2004), pero también reglas teóricas, son fijados y justificados racionalmente, a través de la imprescindible motivación, por el propio juez y no por el legislador –este no le impone ninguna traba, no le prescribe bajo qué condiciones debe llegar a una consecuencia y a una convicción determinadas–. Lo expuesto presupone que los distintos elementos de prueba no tienen un valor probatorio predeterminado legalmente –ha de diferenciarse, como es obvio, entre la regulación legal de los diferentes medios de prueba, tendente a establecer el proceso de obtención y producción de la prueba, y su posterior incorporación al juicio, de la valoración de los mismos que se realiza con posterioridad y en el que no existen normas específicas del convencimiento judicial⁽⁶¹⁾–. La credibilidad de un concreto medio de prueba y del conjunto de los aportes que arroja la totalidad de la prueba actuada es decidida por el juez según su propio análisis, pero siempre utilizando como premisa mayor las máximas y reglas de experiencia, lógica, científica y teóricas.

Así, se entiende que la valoración de la prueba –el juicio valorativo judicial– radica siempre en una operación mental consistente en un silogismo en el que: 1) La premisa menor es una fuente-medio de prueba

(59) BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.

(60) ORTELLS RAMOS, Manuel, ARMENGOT y otros. *Introducción al Derecho Procesal*. Aranzadi, Navarra, 2011.

(61) BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.

–resultado probatorio lícito, constitucionalmente aceptable, verificado en el juicio o, por excepción, a través de prueba preconstituida o anticipada–. 2) La premisa mayor es una máxima de la experiencia, y 3) La conclusión es la afirmación de la existencia o inexistencia del hecho que se pretendía probar⁽⁶²⁾. La necesaria invocación de la máxima de la experiencia –incluyéndose, desde luego, las reglas de la lógica y de la ciencia, en el que juega un papel decisivo la prueba pericial, así como las reglas teóricas pertinentes– no significa arbitrariedad, impide el libre arbitrio y posibilidad de entrada en la mente del juez de la “ciencia privada”⁽⁶³⁾.

Se asume, pues, a partir de este principio, incorporado legalmente en el nuevo Código Procesal Penal, que la valoración de la prueba es una operación lógica, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo, “(...) que aboque en una historificación de los hechos en adecuado ensamblaje con ese acervo de mayor o menor amplitud, de datos acreditativos o reveladores, que haya sido posible concentraren el proceso” (STSE del 18 de abril de 1988).

La libertad de apreciación de la prueba, sin embargo, no recusa la posibilidad de reglas jurisprudenciales, de carácter admonitivo, cuya finalidad es concretar el criterio jurisdiccional de racionalidad probatoria –a través de requisitos mínimos–, hacer más claros y seguros los criterios racionales exigidos constitucional y legalmente. La idea que subyace en este ámbito es que la mera certeza subjetiva del juez no es suficiente allí donde el resultado objetivo de la recepción de la prueba no admite una conclusión racional y convincente sobre la autoría del acusado (BGHSt, 88, 236), por lo que en aras de la seguridad jurídica y a los efectos de su ulterior control por otros jueces, es admisible construir jurisprudencialmente algunas reglas que son expresión de la buscada racionalidad y objetividad de la apreciación judicial. En ese afán de sistematización de las reglas, que están en la base del razonamiento inductivo, propio de la actividad judicial de valoración judicial de la prueba, la jurisprudencia suprema ha fijado lineamientos en materia de prueba indiciaria –plasmadas legalmente en el nuevo Código Procesal Penal–, declaraciones de coimputados y víctimas, y declaraciones de testigos de referencia, entre otros.

(62) MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

(63) GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Colex, Madrid, 2007.

9. Principio de oralidad

9.1. Oralidad y ordenamiento jurídico nacional

A. Referentes constitucionales

La Constitución no menciona la oralidad, entendida como la comunicación del pensamiento mediante la pronunciación de palabras destinadas a ser oídas⁽⁶⁴⁾. En materia de principios del procedimiento –que se refieren al aspecto exterior de la actividad jurisdiccional, la forma que han de adoptar los actos procesales–, y en la medida en que el nuevo Código Procesal Penal asumió, como no podía ser de otro modo, el sistema de legalidad de las formas procesales –la eficacia de los actos procesales está condicionada a su realización en el modo y con el orden establecidos en la ley, lo que es condición de seguridad jurídica y garantía de certeza en la resolución judicial⁽⁶⁵⁾– la Ley Fundamental solo contempla la publicidad de los procesos, salvo disposición contraria de la ley (art. 139.4). Empero, hace mención a determinadas formas que deben tener algunos actos procesales, y solo referidas a su par dialéctico: la escrituralidad, referente a las resoluciones judiciales (art. 139.5), y a la exigencia de informar de las causas o razones de la detención de una persona (art. 139.15).

B. Referentes de segundo nivel

El nuevo Código en su Título Preliminar solo menciona la oralidad para referirse al juicio previo, público y contradictorio, siempre desarrollado conforme a las reglas que define (art. 1.1 TP del CPP de 2004). La oralidad está consagrada como una forma de expresión de los actos procesales del juicio oral (art. 356 del CPP de 2004) –primordialmente, a la forma de los actos procesales (Acuerdo Plenario N° 06-2011/CJ-116, f. j. 8, 2° párrafo)–, donde expresamente se la califica de principio, al igual que la inmediación, concentración y publicidad: los cuatro principios típicos del procedimiento penal. En esta línea el artículo 361 del Código Procesal Penal de 2004 precisa que la audiencia del juicio oral, del procedimiento principal, se realiza oralmente –que se documenta en un acta, cuyo contenido es la síntesis de lo actuado, conjuntamente con un registro

(64) SFERLAZZA, Ottavio. *Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada. Principios, evolución y las formas especiales de valoración de la prueba en el modelo italiano*. Distribuciones Fontamara S.A., México, 2005.

(65) MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

por un medio técnico (ambos medios demuestran el desarrollo del juicio y la observancia de las formalidades legalmente previstas). La oralidad del juicio importa que toda petición o propuesta se argumenta oralmente, la prueba de ejecuta oralmente y, en general, de todos los que intervienen en su desarrollo, y las resoluciones que se dicten en ella se dictarán y fundamentarán verbalmente. “Se entenderán notificadas desde el momento de su pronunciamiento, debiendo constar su registro en el acta” (art. 361.4 del CPP de 2004).

En las otras etapas del proceso, incluyendo la impugnativa, la oralidad se expresa en las audiencias legalmente previstas. En sede de investigación preparatoria el modelo base de audiencia es el estatuido en el artículo 8 del Código Procesal Penal de 2004. Esta se realiza con quienes concurren –debe diferenciarse, por tanto, entre oralidad y contradicción– y el modo de alegación de los participantes es oral, no leído ni escrito. Las audiencias de la etapa intermedia (arts. 345.3 y 351 del CPP de 2004) tienen esa misma lógica, con la diferencia que la audiencia de sobreseimiento se instala con los asistentes –que es el modelo de la fase preparatoria–, mientras que la audiencia de control de la acusación requiere la presencia obligatoria del fiscal y del defensor del imputado. Solo se escuchan alegaciones, no se actúan pruebas. Por último, las audiencias de apelación de sentencias, de casación y de revisión requieren la concurrencia del impugnante, de lo contrario se declara la inadmisibilidad de la impugnación interpuesta –la pretensión impugnativa necesita su ratificación en sede del Tribunal *ad quem* y la participación activa en su desarrollo como expresión de su interés procesal y muestra de moralidad procesal–. La desestimación de un medio de impugnación requiere norma expresa que la consagra; y, comoquiera que limita un poder conferido a las partes se interpretan restrictivamente, esto es, circunscripta a la órbita de su ordenamiento, a su núcleo cierto, no pueden concebirse analógicamente ni extensivamente (art. VII.3 CPP de 2004): no cabe aplicar la desestimación procesal de un medio de defensa o incidente en la fase preparatoria ni en la fase intermedia, en las audiencias de control del requerimiento fiscal; tampoco cabe hacerlo en la audiencia de apelación de autos.

C. El acta de la audiencia

El artículo 120 del CPP de 2004 define la exigencia del acta como medio de documentación de una actuación procesal –en este caso de la audiencia del juicio oral–; norma que la diferencia de la reproducción audiovisual del debate, pues aun cuando así fuera se debe efectuar la

transcripción en un acta. Esto significa que el acta debe incorporar: 1. Los datos referidos al marco externo del procedimiento. 2. La protocolización del desarrollo de la audiencia, en cuya virtud ha de contener: a) todos los acontecimientos de importancia para la legitimidad del procedimiento –reproducir, en lo esencial, el desarrollo y los resultados del juicio oral y poner de manifiesto la observancia de todas las formalidades esenciales–; b) los resultados esenciales de las declaraciones prestadas en la audiencia (Roxin); y, c) el texto íntegro de las resoluciones interlocutorias expedidas en el curso de la audiencia.

La reproducción audiovisual tiene, de un lado, una mera función nemotécnica para el juez y las partes; y, de otro lado, con el acta –inunca sin ella!– demuestra el modo como se desarrolló el juicio, la observancia de las formalidades legalmente previstas, las personas que han intervenido y los actos que se llevaron a cabo. El registro solo funciona como garantía, como control, como medio que posibilita la revisión ulterior de la decisión tomada, o verificar el detalle específico, pero no reemplaza la audiencia ni forma parte de la información que debe producirse en ella⁽⁶⁶⁾.

9.2. Alcances de la oralidad

A. Concepto

El CPP de 2004 tendencialmente apunta hacia un predominio de la oralidad en la ordenación –manifestación externa de la actividad procesal– del procedimiento. No cabe, por evidente, concebir el procedimiento de manera exclusiva siguiendo la oralidad o la escritura; no se trata de exclusividades sino de prevalencias, de predominio de coordinación y no de exclusión total⁽⁶⁷⁾. Lo decisivo para la configuración institucional del principio de oralidad es el modelo de audiencias orales (Acuerdo Plenario N° 06-2011/CJ-116, f. j. 8, 3^{er} párrafo).

La oralidad se expresa en un procedimiento cuando el fallo solo puede fundarse sobre lo que se ha aportado oralmente ante el órgano jurisdiccional; cuando las alegaciones, la prueba y, en su caso, la última concreción de las pretensiones y sus fundamentos, antes de la sentencia, se

(66) CHAIA, Rubén A. *La prueba en el proceso penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

(67) CAPPELLETTI, Mauro y otros. *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad: contribución a la teoría de la utilización del saber de las partes en el proceso civil*. Editora Platense, Buenos Aires, 2002.

presenten al órgano jurisdiccional de viva voz⁽⁶⁸⁾. Pero no es un principio autárquico, sino que integra un sistema formado por series respectivas de principios entre sí coordinados: publicidad, inmediación y concentración, que se erigen en presupuesto o condición para que la oralidad pueda practicarse.

B. Notas características

Estas, que no obedecen a un solo elemento, son las siguientes:

- a. Predominio de la palabra hablada frente a la escrita como forma de los actos procesales. Se cumple aunque los actos iniciales de proposición del objeto y aportación de hechos sean escritos y no tengan carácter meramente preparatorio –se trata de los actos de interposición de la pretensión–, siempre que el debate sobre el contenido de tales hechos sea oral y en él puedan hacerse modificaciones de ese contenido. Contribuye a generar un sistema dinámico de comunicación entre el juez y las partes, en un mismo ámbito y tiempo; que requiere, en las partes, de un buen manejo del caso y de conocimiento procesal y penal específicos⁽⁶⁹⁾.
- b. Respecto de la práctica de prueba, la oralidad se concreta en la inmediación entre los medios de prueba y el juez que ha de dictar sentencia. La participación de las partes no está vinculada por un interrogatorio escrito preparado previamente. Este aspecto de la oralidad es el más apreciado porque es necesario para la correcta valoración libre de la prueba: permite obtener el máximo rendimiento de los medios de prueba. Exige que el juez pueda fundar sus decisiones sobre el material de hecho expuesto verbalmente en el proceso, obligando al magistrado a actuar en primera persona⁽⁷⁰⁾.
- c. La eficacia de la oralidad y de la inmediación dependen de la concentración en el tiempo de las actividades procesales y que la sentencia como término de ellas. Es la principal característica exterior del procedimiento oral. Se necesita que entre las

(68) DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Derecho Procesal Penal*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.

(69) CHAIA, Rubén A. *La prueba en el proceso penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

(70) Ídem.

alegaciones orales, la práctica oral de la prueba y los términos de la discusión final no medie un periodo de tiempo tan prolongado. Se requiere, de cara a la concentración, que el conjunto de actos procesales orales desarrollados oralmente y con intermediación se realicen en una sola sesión, en varias consecutivas, o en varias separadas por periodos de suspensión breves (Acuerdo Plenario N° 06-2011/CJ-116, f. j. 9, 3 párrafo).

- d. La oralidad implica la posibilidad práctica de realizar el principio de publicidad general, aquella referida al público y, ahora, a sus representantes, que son los medios de comunicación social. Las restricciones a la publicidad atenderán a intereses que merezcan tutela preferente en el plano constitucional. Debe tomarse en cuenta las restricciones previstas en el PIDCP y CADH. En estas condiciones la oralidad es un principio fundacional del procedimiento, un principio que lo informa y lo estructura. Es un modo de producir decisiones que se caracteriza por imponer ciertos principios sustanciales en el método de la toma de decisiones jurisdiccionales. La intermediación, la celeridad, la concentración, la continuidad y, especialmente la publicidad y la personalización de la función judicial, adquieren un vigor inusitado mediante la oralidad, determinando el contenido de las decisiones que se toman en un contexto oralizado, elevando la calidad de sus decisiones⁽⁷¹⁾.

9.3. Sistema de oralidad en el CPP de 2004

Es de destacar cuatro ámbitos:

- a. La formulación de la acusación y de la defensa se realiza por escrito, en su versión inicial de carácter provisional (arts. 349 y 350 del CPP de 2004). La acusación definitiva se realiza oralmente (arts. 387. 1, y 2 del CPP de 2004). Los actos de defensa escrito y la acusación escrita son modificables para ajustarlos al resultado de la prueba –el límite del fiscal es no alterar el hecho que es objeto del proceso y la persona acusada (art. 387.3 del CPP de 2004)–. La actividad de las partes y tribunal para la práctica de pruebas de declaración acusado, testigos y peritos es

(71) BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.

oral, sin interrogatorios escritos previos de preguntas (art. 361.3 del CPP de 2004). Por descontado, son orales los informes finales y la última palabra del acusado (art. 386.2 del CPP de 2004).

- b. En la práctica de la prueba rige la inmediación. El tribunal solo puede fundar su convicción sobre la prueba practicada en el juicio y solo de modo excepcional se permite que la documentación de los actos de investigación sumariales pueda ser considerada, previa lectura dentro de la vista en la sentencia. Solo sentencia juez que presenció la práctica de la prueba. Se pretende con esto que el juez recepcione y evalúe las pruebas sin intermediarios, sin distorsión de ningún tipo, sin intérpretes, que puedan maliciosa o inocentemente variar⁽⁷²⁾.
- c. La prueba se practica concentradamente en la audiencia. Si la suspensión fuera excesiva se anula lo hecho y nueva vista. La presencia simultánea de las partes y del tribunal en ese conjunto de actos concentrados que es la audiencia posibilita proposiciones de prueba adicionales a la realizada inicialmente y formuladas en atención al concreto desarrollo del debate, y modificaciones de diverso alcance en la acusación y en la defensa iniciales, también relacionadas con el concreto desarrollo del debate procesal.
- d. Las características de la actividad procesal que se acaban de exponer posibilita que la publicidad impuesta por el artículo 357 del CPP de 2004 haga accesible a las personas que asistan a la audiencia el conocimiento del material procesal con base en el cual el tribunal ha de dictar sentencia.
- e. La emisión de resoluciones orales. Su aceptación está condicionada a que su texto integral se consigne en el acta respectiva conforme dispone el artículo 361.4 del CPP de 2004 –relación integral, precisa el artículo 120.2 del CPP de 2004–. Los requisitos formales que debe cumplir toda resolución, fijados en los artículos 123.1, 124 y 125 del CPP de 2004, en muchos casos, cuando se trata, por ejemplo, de resoluciones limitativas de derechos fundamentales, que requieren de una motivación reforzada, obliga a esta exigencia, ineludible por razones de seguridad jurídica y de publicidad.

(72) CHAIA, Rubén A. *La prueba en el proceso penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

El CPP de 2004 prevé, de un lado, la obligación de proferir resoluciones orales en todo el curso del juicio oral (art. 361.4), así como de las que resuelvan, tras la audiencia pertinente, las cuestiones planteadas a propósito de la acusación escrita (art. 352), la detención convalidada (art. 266.2) y la prisión preventiva (art. 271.2), entre otras. No es el caso de la sentencia y de los autos de sobreseimiento y de enjuiciamiento, que siempre han de adoptar la forma escrita. Es optativa la emisión de resoluciones orales en los supuestos de revocatoria de la comparecencia por prisión preventiva (art. 279.2) y, de modo general, cuando se resuelvan medios de defensa deducidas por las partes en la investigación preparatoria (art. 8.4).

9.4. Oralidad y medios electrónicos

Si la escritura implica que el contenido de los actos se plasmen en soporte de papel y que deben ser materialmente entregados a su destinatario, y la oralidad supone un contacto directo entre el órgano jurisdiccional, las partes y otros sujetos que actúan en el proceso, las nuevas tecnologías de la informática y de las telecomunicaciones generan posibilidades de forma de los actos procesales distintas a aquellas formas tradicionales⁽⁷³⁾.

De hecho –con cargo a las autorizaciones normativas– hoy en día es factible que los actos procesales escritos sean sustituidos por documentos informáticos y que se trasladen electrónicamente entre los sujetos procesales. También puede suplirse los actos procesales orales por una comunicación por video conferencia entre todos los sujetos que deban intervenir en el acto correspondiente.

Es posible entonces llegar a una forma de procedimiento en el que el órgano jurisdiccional y los abogados intercambien los actos escritos, documentos, actas, constancias y resoluciones por *e-mail*, así como que el órgano jurisdiccional tenga siempre los autos a disposición en su computadora personal –expediente electrónico–, y en el que nadie habría de molestarse en acudir a un señalamiento judicial, sino que intervendría en la audiencia desde la sala de videoconferencia del edificio judicial o desde el despacho.

(73) ORTELLS RAMOS, Manuel, ARMENGOT y otros. *Introducción al Derecho Procesal*. Aranzadi, Navarra, 2011.

9.5. Principio de inmediación

El principio de inmediación, en sentido estricto, rige en dos planos: el primero, referido a las relaciones entre los sujetos del proceso: han de estar presentes y obrar juntos; el segundo, enlazado a la recepción de la prueba y en las alegaciones sobre ella: todas las partes y los jueces que la dirigieron han de estar presentes en su ejecución y su ulterior discusión, lo que constituye presupuesto para pronunciar sentencia⁽⁷⁴⁾. Ambas exigencias del mismo principio se combinan entre sí e incluso le incumbe a la inmediación personal la tarea de servir a la obtención de la verdad material⁽⁷⁵⁾. Por lo demás, este principio, corolario del de oralidad, está ligado otro, la identidad personal del juzgador, en cuya virtud el mismo juez que recibió inmediatamente las pruebas y escuchó las razones de las partes ha de ser quien inmediatamente después dicte personalmente la sentencia.

El principio de inmediación, expresamente reconocido como tal en el juicio oral (art. 356.1 del CPP de 2004), requiere, pues, un contacto directo, sin elemento interpuesto alguno, del juez con las partes y demás sujetos que intervienen en el proceso –estos, como regla, deben estar presentes y tener capacidad para obrar– (Cas. Exp. N° 09-2007-Huaura, f. j. 2). El sistema de audiencias, insustituibles como espacio procesal de consolidación del principio de oralidad, requiere, desde las audiencias preliminares, el concurso de las partes que voluntariamente asistan, quienes deberán plasmar sus peticiones y alegaciones (art. 8.2 del CPP de 2004); desde el enjuiciamiento, en cuanto etapa principal del proceso común, la presencia y participación obligatoria de ellas para su instalación, desarrollo y culminación, aunque con algunas excepciones menores (arts. 351.1, 3 y 4 del CPP de 2004); y, desde la impugnación, la presencia obligatoria de los recurrentes bajo sanción de inadmisibilidad del recurso, siempre que se trate de impugnación de sentencias o de la acción de revisión (arts. 423.3, 431.2 y 443.4 del CPP de 2004). Es el denominado sub principio de la asistencia.

La inmediación, en principio, se satisface con la utilización de procedimientos técnicos, como la videoconferencia, que permiten conectar la Sala donde se celebra el juicio con otro lugar diferente donde se

(74) MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal. Parte General*. Volumen II, Del Puerto, Buenos Aires, 2003.

(75) BAUMANN, Jürgen. *Derecho Procesal Penal: conceptos fundamentales y principios procesales*. Depalma, Buenos Aires, 1986.

encuentran los testigos y peritos, y así las partes pueden formular directamente las preguntas y escuchar las respuestas como si el testigo o perito estuviera allí físicamente presente (conforme: SISE del 5 de octubre de 2001). Sin embargo, cuando se trata del imputado esa opción debe restringirse, en tanto en cuanto este no ofrece una posición pasiva como los testigos y peritos, sino que requiere de la asesoría constante de su abogado defensor, lo que debe asegurarse de uno u otro modo, y además cuidar de respetar el principio de proporcionalidad, de urgencia y necesidad, de recurrir a ese método de comunicación electrónica (conforme: STSE. Exp. N° 678-2005, del 16 de mayo de 2005).

La intermediación es central cuando se trata de la actuación o práctica –recepción– del conjunto de las pruebas. Las razones son obvias: impresión fresca y directa, obtención de la verdad, posibilidad de defensa⁽⁷⁶⁾. En este ámbito es de destacar el hecho de que el juez debe presidir su ejecución y a él, por eso mismo, se le atribuyen incluso poderes de dirección (art. 363 del CPP de 2004). Le corresponde conducir y garantizar la regularidad del debate, intervenir puntualmente para que se logre el debido esclarecimiento de los hechos e, incluso, interrogar a los órganos de prueba cuando hubiera quedado algún vacío (art. 375.4 del CPP de 2004).

Esta exigencia también se proyecta a la expedición de la sentencia. La convicción judicial se ha de formar con lo visto y con lo oído en el juicio, y no con el reflejo documental del acto de prueba⁽⁷⁷⁾. El juez debe elaborar la sentencia de acuerdo con las impresiones personales que obtiene del acusado y de los medios de prueba. Es aquí donde radica la idea de eficacia en el nuevo proceso penal: esta será mayor si el juez está presente ante el mayor conocimiento de la litis (intermediación formal) y, por ello, una más pronta respuesta judicial ante la intermediación practicada⁽⁷⁸⁾, a lo que se agrega que debe extraer los hechos de la fuente de prueba, por sí mismo, sin utilizar equivalente probatorio alguno, con las excepciones de la prueba documental, preconstituida y anticipada (intermediación material). Por lo demás, la intermediación dota de una posición privilegiada a la apreciación probatoria contenida en la sentencia y limita considerablemente su revisión impugnativa, la cual, en este caso, solo podrá analizar

(76) TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad*. Idemsa, Lima, 2000.

(77) MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

(78) MAGRO SERVET, Vicente. *Guía práctica de la reforma procesal penal en materia de juicios rápidos*. La Ley, Madrid, 2003.

si los razonamientos y conclusiones son ilógicos, arbitrarios o contrarios a derecho –no puede entrar a considerar la credibilidad de las declaraciones o los testimonios prestados ante el juzgador–, o si la prueba invocada es inexistente o no tiene el resultado que se le atribuye, a menos que se trate de medios de prueba no sometidos a la percepción directa judicial, como es la prueba documental –se incluye la prueba documentada, preconstituida y anticipada– y, en algunos casos, prueba pericial (art. 425.2 del CPP de 2004).

Un efecto del principio de inmediación es el principio de identidad personal del juez. Solo el que ha presenciado la actuación de la prueba y las alegaciones de las partes está en condiciones jurídicamente aceptables de deliberar y dictar sentencia. La regla, por tanto, es la imposibilidad de un cambio de juez en el curso de la audiencia. El CPP de 2004, sin embargo, acepta una excepción: en órganos jurisdiccionales colegiados solo se permite el reemplazo de un juez (art. 359.2 del CPP de 2004), aunque no impone un límite temporal (el art. 269 del anterior CPP exigía que el cambio solo podía tener lugar hasta antes de finalizar la actuación probatoria, nunca después o en el curso de los alegatos). Es factible, entonces, el juez sustituto, pero el CPP de 2004 no impone que este juez deba estar presente desde el inicio del debate oral, lo que de por sí oscurece la vigencia del principio de inmediación. Es imperativo asimismo, bajo una perspectiva necesariamente restrictiva, reconocer que, por lo menos, el cambio solo puede aceptarse hasta antes de la culminación de la actuación probatoria; el periodo de alegaciones sobre la prueba requiere ineludiblemente la presencia de todos los jueces para que, en parte, pueda tener lugar una deliberación en algo aceptable.

La infracción de este principio, que es un valor en sí mismo y dada su esencialidad, con independencia de si su incumplimiento ha producido una merma en las facultades de alegar, contradecir y probar que están en la base del derecho de defensa, obliga a la nulidad del fallo y de las actuaciones probatorias, con la consiguiente repetición del juicio⁽⁷⁹⁾.

9.6. Principio de concentración

Es consustancial a la oralidad la concentración de las actuaciones procesales. La oralidad, como es evidente, no se concilia bien con el orden

(79) CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y MORENO CATENA Víctor. *Derecho Procesal Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

sucesivo y espaciado de las actuaciones. El procedimiento oral exige la concentración de la actividad procesal entera –o de la mayor parte de ella– en una sola audiencia –que puede constar de varias sesiones–, donde se formulan las alegaciones y se practican las pruebas ante el juez –sin que a ello obste un orden determinado de actuaciones procesales y la efectiva dirección judicial–, a partir de cuya realización debe dictarse sentencia en el breve plazo de tiempo⁽⁸⁰⁾. La necesidad de una audiencia o de pocas audiencias próximas temporalmente entre sí es la principal característica exterior del proceso oral, y propicia que las manifestaciones realizadas de palabra por las partes ante el juez y las pruebas permanezcan finalmente en su memoria a la hora sentenciar⁽⁸¹⁾.

La unidad del debate, en tanto expresión del principio de concentración, importa que los medios de ataque y de defensa, nuevos medios de prueba y contestaciones son posibles y deben tenerse en cuenta en cada momento del procedimiento. El CPP de 2004 fija momentos precisos para las solicitudes probatorias tanto en el procedimiento intermedio como en el principal o juicio oral (arts. 350.1 f, 373 y 385.1). Muy excepcionalmente podría aceptarse, aunque con serias dudas de su procedencia, una solicitud de prueba pese a su proposición tardía –la regla de caducidad del plazo dimana del artículo 144.1 del CPP de 2004, estatuto procesal que no recoge la advertencia de la OPP Alemana, artículo 246.1, en el sentido que un requerimiento de prueba no puede ser rechazado por haber sido propuesto demasiado tarde– si se advierte su absoluta y especial necesidad, y desde luego si no tiene como finalidad demorar el proceso, más aún si se acepta como punto de partida el principio de unidad del debate, y no el de eventualidad, como fundamento del proceso penal.

La unidad de acto, típica del juicio oral, se plasma en los artículos 356.2 y 360.1 del CPP de 2004: instalada la audiencia se sigue en sesiones continuas hasta su conclusión a través, en su caso, de sesiones sucesivas, las cuales tendrán lugar al día siguiente o subsiguiente de funcionamiento ordinario del órgano jurisdiccional; solo se permite una suspensión de la continuidad de las sesiones de audiencia por razones legalmente previstas y hasta por un plazo de ocho días hábiles, que de transcurrir determina la interrupción del debate y la repetición del juicio (arts. 360.2

(80) DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Derecho Procesal Penal*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.

(81) MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

y 3 del CPP de 2004). Este modelo se reproduce, parcialmente y en lo pertinente, en las demás audiencias, tanto las preliminares y las de impugnación, como las de los procesos especiales y auxiliares (arts. 8.3 y 4, 345.3, 351.3, 424.1, 431.3, 443.5, 457.1, 462°.3, 468°.4, 484.5 y 521.4 del CPP de 2004).

Aparte del procedimiento probatorio y del sistema de audiencias, este principio también propende a los plazos breves de los recursos: hasta diez días en el recurso de casación (art. 414.1 del CPP de 2004).

9.7. Principio de publicidad

El principio de publicidad, como se ha insistido, está íntimamente ligado con los principios de oralidad, inmediación y concentración; los cuatro, aisladamente, no pueden explicarse ni tendrían sentido. La publicidad del proceso tiene una definida trascendencia constitucional (art. 139.4 de la Ley Fundamental), que el CPP de 2004 residencia en la etapa de enjuiciamiento (arts. 1.2 TP, 356.1 y 357.1 del CPP de 2004), aunque el artículo 10 de la LOPJ la circunscribe a toda actuación judicial, sin perjuicio de reconocer todas “(...) las excepciones que la Constitución y las leyes autorizan”. Rige, exclusivamente, para la parte más importante del proceso penal: el debate (art. 356.1 del CPP de 2004), en tanto en cuanto lo tratado en él puede fundar la sentencia (art. 393.1 del CPP de 2004). Se proyecta al procedimiento, a las actuaciones procesales o debates, y a la sentencia.

Este principio concierne al control de la justicia penal por la colectividad. En una democracia el soberano es el pueblo, en su nombre se imparte justicia y el juez es únicamente representante de la comunidad jurídica⁽⁸²⁾. Permite al *quisque de populo* que pueda saber que rige el imperio de la ley y que, bajo él, se aplica en igualdad a todos⁽⁸³⁾. Consolida la confianza pública en la administración de justicia, fomenta la responsabilidad de los jueces y evita que circunstancias ajenas a la causa influyan en el órgano jurisdiccional y, con ello, en la sentencia (Roxin).

La etapa de investigación preliminar está sujeta a su par dialéctico: la reserva (art. 324.1 del CPP de 2004), solo aceptable en clave de

(82) BAUMANN, Jürgen. *Derecho Procesal Penal: conceptos fundamentales y principios procesales*. Depalma, Buenos Aires, 1986.

(83) PEDRAZ PENALVA, Ernesto. “Construcción de la fase planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad española.” *Revista Electrónica UACH*. s.f. <<http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v12n1/art13.pdf>>

proporcionalidad –frente al claro mandato constitucional– en tanto en cuanto pretende la salvaguardia del fin del proceso y también del derecho al honor, al facilitar las actuaciones de reconstrucción de los hechos, permitir el aseguramiento de las evidencias materiales y pruebas futuras, y proteger de una difamación social injusta a quienes en un momento dado pueden parecer implicados en hechos de apariencia punible sobre la base de indicios procedimentales y sospechas, que tal vez posteriormente se disipen⁽⁸⁴⁾. Sin duda la función primordial de la reserva de la investigación preparatoria, razonable desde la perspectiva constitucional, es garantizar el éxito de la misma, evitando comunicaciones en la causa que puedan provocar la fuga de los participantes en el hecho punible y/o la destrucción o manipulación de las fuentes de prueba⁽⁸⁵⁾. En consecuencia, el principio de publicidad no es aplicable a todas las etapas del proceso penal, sino tan solo al juicio oral y a la sentencia –y a su proyección en sede de impugnación–, pues únicamente referido a ese acto procesal tiene sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad (STEDH Pretto y Axen, del 8 de diciembre de 1983).

Diferente es el caso del secreto de la investigación preparatoria, permitida por el artículo 324.2 del CPP de 2004. Esta medida, sin duda excepcional y de aplicación restrictiva, debe: i) justificarse razonablemente –por circunstancias evidenciadoras de que la medida resulta imprescindible para asegurar la protección del valor constitucional de la justicia– y, además –una vez cumplida su finalidad, y en armonía con el derecho de defensa– debe concederse a las partes, tanto (ii) la oportunidad de conocer el contenido de las actuaciones como (iii) la oportunidad posterior para contradecir las actuaciones practicadas durante la vigencia del secreto y proponer y practicar prueba pertinente en contrario defenderse (Rifá / Richaro / Riaño; SSTCE 13/1985, del 31 de enero de 1985, y del 4 de octubre de 1988). Empero, ha de tenerse presente que si esta suspensión temporal se convierte en imposibilidad absoluta de conocimiento de lo actuado hasta el juicio oral, se ocasiona una lesión del derecho de defensa pues el acusado no habría estado en disposición de preparar su defensa de manera adecuada (STEDH Foucher, del 18 de marzo de 1997).

(84) DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.

(85) GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Colex, Madrid, 2007.

Desde la perspectiva del principio de igualdad, la principal ventaja que proporciona la declaración del secreto de la investigación preparatoria, en tanto produce de hecho un desequilibrio entre la Fiscalía y el imputado, es que restablece la igualdad que originariamente impidió el delincuente, quien, además, recupera todas sus posibilidades defensivas antes de abrirse el juicio –incluso, antes, en la etapa intermedia–, en el que disfrutará de todas las garantizadas⁽⁸⁶⁾.

El principio de publicidad reconoce dos manifestaciones –así, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Asunto Eissenstec-ken vs. Austria del 3 de octubre de 2000, párrafo 72–: a) su carácter técnico, al dirigirse a garantizar un juicio justo o debido; y b) su carácter político, al destinarse a incrementar la confianza de los ciudadanos en la administración de Justicia y al ejercicio del control social sobre la misma –de estricta sumisión del juez a la ley (Escribano)–. Ambas manifestaciones están referidas, sin duda, a la publicidad externa o general, pues la denominada publicidad interna, vinculada a las partes procesales, está circunscripta más bien al principio de contradicción y a la garantía de defensa procesal.

Se entiende por publicidad la preceptiva posibilitada de que cualquier ciudadano pueda acceder a la Sala de Audiencias para presenciar el acto procesal. Hoy en día, más bien, este principio se expresa en el acceso permitido a los medios de comunicación social, que se constituyen como “representantes” del público. Corresponde al órgano jurisdiccional crear las condiciones materiales apropiadas para que el público y la prensa puedan ingresar a presenciarla audiencia (art. 358.1 del CPP de 2004).

La publicidad se extiende a las actuaciones del juicio, pero no comprende las deliberaciones del órgano jurisdiccional, que son secretas (art. 392.1 del CPP de 2004), pues el contenido de la sentencia es el resultado de la voluntad de la propia Sala o Juzgado Colegiado y no la suma de voluntades reflejada en una resolución judicial; se preserva las discusiones sobre la decisión, pero no la decisión misma, que ha de publicarse al igual que los votos singulares o particulares.

La publicidad de las actuaciones procesales puede ser objeto de reserva o de celebración en privado –se excluye al público, no a las partes–, siempre que confluyan intereses constitucionalmente relevantes que es

(86) HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *El nuevo Tribunal Constitucional: los derechos fundamentales y el moderno recurso de inaplicabilidad*. LexisNexis, Santiago de Chile, 2006.

del caso proteger, vinculados al objeto debatido o a las partes que intervienen en la causa. La norma que lo permite (arts. 357.1 y 2 del CPP de 2004) ha de interpretarse restrictivamente, dentro de los estrictos cauces que esta prevé y en la medida de lo puntualmente necesario. La decisión judicial que imponga la exclusión de la publicidad de la audiencia, que incluso puede ser de oficio, requiere de un procedimiento que exija el contradictorio y de una resolución especialmente motivada –motivación reforzada– que refleje el juicio de proporcionalidad correspondiente.

Las limitaciones, en primer orden, están condicionadas a las posibilidades de espacio existente en la Sala de Audiencias –limitaciones fácticas–; en segundo, permiten la exclusión general por razones de salud del imputado (por ejemplo, anomalía psíquica grave), cuando se discute determinadas circunstancias del ámbito personal de un participante procesal (integridad corporal, pudor, intimidación, secretos particulares, profesionales, comerciales o industriales), o cuando esté en riesgo la seguridad nacional o el orden público; por último, comprenden la exclusión de personas determinadas (menores de edad, personas que afecten el orden y el decoro del juicio).

La sentencia no está sujeta a secreto, siempre ha de ser dada públicamente, salvo el caso excepcionalísimo de intereses de menores en conflicto (art. 356.5 del CPP de 2004). La forma de publicidad de la sentencia, sin duda, puede variar según el ordenamiento jurídico. El CPP de 2004, respecto de las sentencias de apelación, casación y de revisión, exige su lectura en audiencia pública (arts. 425.4, 431.4 y 443.5 del CPP de 2004), aunque muy bien en estos casos, muy distintos por ciertos que la sentencia de primera instancia sometida absolutamente al régimen de publicidad, el fundamento de la publicidad: asegurar el control del Poder Judicial por el público para salvaguardar el derecho a un juicio justo, se consigue también con el depósito de la sentencia en un Registro que permita a cualquiera el acceso al texto íntegro de la misma (STEDH Pretto, del 8 de diciembre de 1983).

■ BIBLIOGRAFÍA

- ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Derecho Procesal Civil: Teoría General del Proceso*. 6ª edición. Lima, 1975.
- ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 5ª edición. Marcial Pons, Madrid, 2010.

- ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal: Manuales*. 2ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- BANACLOCHE PALAO, Julio. *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Penal*. 2ª edición. La Ley-Actualidad, Madrid, 2011.
- BAUMANN, Jürgen. *Derecho Procesal Penal: conceptos fundamentales y principios procesales*. Depalma, Buenos Aires, 1986.
- BERNAL CUÉLLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El proceso penal: fundamentos constitucionales del sistema acusatorio*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.
- CAFFERATA NORES, José. *Temas de Derecho Procesal Penal*. Depalma, Buenos Aires, 1988.
- CAPPELLETTI, Mauro y otros. *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad: contribución a la teoría de la utilización del saber de las partes en el proceso civil*. Editora Platense, Buenos Aires, 2002.
- CHAIA, Rubén A. *La prueba en el proceso penal*. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.
- CORDÓN MORENO, Faustino. *Las garantías constitucionales del Derecho Procesal Penal*. Thomson&Aranzandi, Navarra, 2002.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y MORENO CATENA Víctor. *Derecho Procesal Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. *Estudios sobre Derecho Procesal*. Banco Central Hispano, Madrid, 1996.
- GELSI BIDART, Adolfo. *De derechos, deberes y garantías del hombre común*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1987.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición. Colex, Madrid, 2007.
- GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano”. En: *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, de Carbonel y Grández. Palestra, Lima, 2010.
- GUERRERO PALOMARES, Salvador. *El principio acusatorio*. 2ª edición. Aranzadi, Buenos Aires, 2009.
- HAKANSSON NIETO, Carlos. *La forma de gobierno de la Constitución peruana*. Universidad de Piura, Piura, 2001.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *El nuevo Tribunal Constitucional: los derechos fundamentales y el moderno recurso de inaplicabilidad*. Lexis-Nexis, Santiago de Chile, 2006.
- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomas. *Las intervenciones telefónicas en el Proceso Penal*. Colex, Madrid, 1991.
- MAGRO SERVET, Vicente. *Guía práctica de la reforma procesal penal en materia de juicios rápidos*. La Ley, Madrid, 2003.

- MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal. Parte General*. Vol. II. Del Puerto, Buenos Aires, 2003.
- MARTÍN MORALES, Ricardo y otros. *El principio constitucional de intervención indiciaria. Supuestos de intervención restrictiva sin indicios de ilicitud previa: su justificación y sistematización en la teoría general de derechos fundamentales*. Grupo Editorial Universitario, Granada, 2000.
- MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- MORAS MOM, Juan. *Manual de Derecho Procesal Penal: juicio oral y público penal nacional*. LexisNexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.
- MORENO CATENA, Víctor. *Derecho Procesal Penal. Principios de Derecho Procesal Penal*. Vol. I. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- ORTELLS RAMOS, Manuel, ARMENGOT y otros. *Introducción al Derecho Procesal*. Aranzadi, Navarra, 2011.
- ORTELLS RAMOS, Manuel. *Introducción al Derecho Procesal*. Comares, Granada, 1999.
- PEDRAZ PENALVA, Ernesto. "Construcción de la fase planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad española". En: *Revista Electrónica UACH*. s.f. <<http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v12n1/art13.pdf>>.
- PÉREZ CRUZ MARTIN, Agustín Jesús, FERREIRA BAHAMONDE, Xulio-Xose; PINOL RODRÍGUEZ, José Ramón y SEOANE SPIELGLBERG, José Luis. *Derecho Procesal Penal*. Aranzadi, 2009.
- RIFA SOLER, José María, RICHARD GONZÁLEZ, Manuel y RIAÑO BRUN, Iñaki. *Derecho procesal civil*. Departamento de Presidencia, Justicia e interior, Navarra, 2011.
- ROSAS YATACO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal. Análisis y desarrollo de las instituciones del nuevo Código Procesal Penal*. Pacífico, Lima, 2013.
- SÁNCHEZ MELGAR, Julián. *Código Penal: comentarios y jurisprudencia*. Sepin, Madrid, 2006.
- SFERLAZZA, Ottavio. *Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada. Principios, evolución y las formas especiales de valoración de la prueba en el modelo italiano*. Distribuciones Fontamara S.A., México, 2005.
- SPANCHEZ MELLAR, Julián. *Práctica procesal de los juicios rápidos, manual adaptado a las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley 38 y por Ley Orgánica 8/2002*. Sepin, Madrid, 2013.
- TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad*. Idemsa, Lima, 2000.

El caso Fujimori.

La justicia transicional en el Perú

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es la materialización de la conferencia en el I Seminario Internacional sobre Perspectiva y Retos del Proceso Penal, realizado los días 16, 17 y 18 de setiembre de 2015 en la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, Colombia. La ponencia se titula “El caso Fujimori. La justicia transicional en el Perú”; se divide en tres grandes partes: i) Gobierno y subversión en los años 90 al 2000; ii) La justicia transicional en el caso de Perú; iii) La sentencia de Fujimori.

Expreso mi agradecimiento a los organizadores del evento por ofrecerme la oportunidad de expresar mis ideas en un tema tan relevante, como es la emisión de la sentencia contra el expresidente Alberto Fujimori por los delitos de homicidio calificado, lesiones graves y secuestro por el caso de Barrios Altos y La Cantuta.

II. ANÁLISIS DE UN GOBIERNO Y SUBVERSIÓN

El Perú desde la década de 1960 hasta 1980, vivió una época de asalto a la democracia donde se observó la debilidad de sus bases institucionales, las reformas incompletas de carácter económico y los crecientes problemas sociales heredados en parte desde la década de 1950, que generaba una brecha grave entre las clases sociales, todo esto estuvo marcado por la influencia de los gobiernos militares vigentes en esa época⁽¹⁾. Iniciado el año 1980 y con el ingreso del primer gobierno inició una campaña de

(1) QUIROZ, Alfonso. *Historia de la corrupción en el Perú*. Instituto de Estudios Peruanos e Instituto de Defensa Legal, Lima, 2013.

moralización a fondo, ni tampoco se puso en contexto sobre la situación financiera, social e institucional que había heredado. El nuevo régimen se preocupó, por el contrario, por apaciguar, rápidamente, la todavía influyente posición militar en el Estado al negociar con las Fuerzas Armadas, que estas tendrían autonomía en cuestiones profesionales junto con inmunidad plena por cualquier ofensa o delito previo, ello a cambio de que el poder de los militares se limitara a la esfera puramente castrense⁽²⁾. Su intento de avanzar o “trabajar y dejar trabajar⁽³⁾” no prosperó; se quedó atrapado en un lodazal político que fue produciendo su caída lentamente: corrupción heredada, insuficiencia de actuación estatal, marcada oposición política. Todo esto retrasó las reformas y medidas políticas urgentes y permitieron, a su vez, el avance de Sendero Luminoso, en especial en las zonas pobres del país. En efecto, Sendero Luminoso aprovechó este contexto para intensificar sus violentos ataques y asesinatos, el crecimiento de la organización subversiva no se controló en esta temprana y –como veremos– crucial fase debido, en buena parte, a la ineficiencia de las instituciones, a lo inédito de la violencia y a la corrupción de unidades de la Policía de investigaciones dirigidas por notorios generales, quienes fueron vinculados inclusive, al cártel del narcotraficante de Reynaldo Rodríguez López. En definitiva, los desafíos planteados por Sendero Luminoso y el creciente narcotráfico minaron la débil institucionalidad democrática y el Estado de derecho.

Con el primer gobierno de Alan García Pérez (1985-1990), el Partido Aprista Peruano propuso cambiar la estrategia en curso, su idea era que, mediante la expansión económica y social, se impediría el crecimiento de Sendero Luminoso y cualquier otra fuerza subversiva. En efecto, como lo reconoce el informe de la Comisión de la Verdad, durante los primeros años el gobierno aprista tomó medidas importantes de control sobre violaciones de derechos humanos mientras se diferenciaba su política económica del gobierno anterior. Se propuso la despenalización para los inculcados por delitos menores, se anunció la creación de una comisión de especialistas jurídicos para evaluar la situación de los internos por terrorismo, y se propusieron alternativas que podrían incluir hasta la libertad de quienes no hubiesen participado en caso de muerte y se planteó

(2) Ídem.

(3) Lema liberal usado por el Presiente Fernando Belaúnde Terry.

la reorganización de las fuerzas policiales⁽⁴⁾. Sin embargo, hubo un hecho que detuvo esos importantes avances: en el año 1986, se produjo un amotinamiento realizado en tres penales de Lima liderados por senderistas y que acabó con la vida de varios de ellos y de efectivos policiales. El Gobierno retrocedió en su respuesta estatal primigenia, dando paso a que el conflicto armado y el terror se extendiera en todo el territorio, donde se destacó una lucha directa y confrontacional entre el aparato militar del Estado contra los subversivos, inclusive se dio cuenta de la existencia de grupos paramilitares –como el llamado Comando Rodrigo Franco⁽⁵⁾– cuya finalidad era el exterminio de los integrantes de Sendero Luminoso o el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru⁽⁶⁾.

En el año 1990 y luego de la derrota del escritor Mario Vargas Llosa, como líder del Movimiento Libertad y del Frente Democrático (Frede-mo), Alberto Fujimori Fujimori asumió la presidencia del Perú. De forma diferente a lo sucedido con los gobiernos precedentes, el gobierno de Fujimori –durante sus dos periodos– se caracterizó por la estrecha relación funcional entre el poder político con la corrupción, ello con mayor incidencia a partir del denominado autogolpe estatal del 5 de abril de 1992. En la alta cúpula del Gobierno se creó una estructura que controlaba los tres poderes del Estado, así como otras dependencias claves, con un solo objetivo: asegurar la impunidad para actos violatorios de derechos humanos y de la corrupción, posteriormente.

En un inicio el gobierno de Fujimori, quien se presentó como un reformador popular –plagió parte de la agenda política y económica de Vargas Llosa–, en los años venideros fue gestando un proyecto dirigido desde la cúpula más cercana de su gobierno: el autogolpe de 1992. A partir del referido autogolpe, el escenario político dará un cambio radical de 180 grados, sin Congreso y con el control de instituciones claves, junto con el apoyo de los Estados Unidos para asegurar el apoyo militar y económico condicionado a una mejora en el respecto de los derechos humanos y las formas democráticas, el Ejecutivo tuvo un periodo de 9 meses donde realizó profundos cambios en la estructura organizativa y legal del

(4) Véase: <<http://www.cverdad.org.pe/ifinal/pdf/TOMO%20III/Cap.%202%20Los%20actores%20politicos/2.2.%20PARTIDO%20APRISTA.pdf>>.

(5) Denominado así por el nombre del dirigente aprista asesinado por Sendero Luminoso el año 1987.

(6) En el Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) se informó de una comisión investigadora que estuvo a cargo de probar la existencia de este grupo militar, sin embargo, su objetivo fracasó al aprobarse en informe en mayoría que establecía que no habían pruebas de su existencia, rechazando estas denuncias de crímenes cometidos por agentes del Estado.

Estado a través de Derechos Ley elaborados en el Servicio de Inteligencia Nacional del Perú, SIN.

De otro lado, tanto durante el año electoral como en los primeros años del gobierno de Fujimori, las acciones subversivas y contrasubversivas continuaron con mucha intensidad. Como lo señala el informe de la CVR: “en realidad, la situación de violencia debida al conflicto armado interno, se encontraba exacerbada y seguiría en aumento por un tiempo más⁽⁷⁾. La Comisión de Justicia y Derechos Humanos, residida por el entonces senador Raúl Ferrero, reveló que en los iniciales 5 meses del nuevo gobierno había alrededor de 200 personas desaparecidas en el Departamento de Huancavelica. De otro lado, durante los años 1990 y 1991, varias decenas de estudiantes de la Universidad Nacional del Centro (Huanca-yo) fueron desaparecidos en forma progresiva, sin ahondar en las investigaciones ni asumir responsabilidades: era frecuente que se iniciaría una investigación a cargo de un representante del Ministerio Público; sin embargo, se adoptó una política de negación de las desapariciones forzadas por parte de las Fuerzas Armadas, y en algunos casos, también, hubo una falta de interés en las autoridades oficiales de llegar a un resultado exitoso en su investigación.

En 1991, por ejemplo, la violencia política se había acentuado en los centros urbanos del país, en especial en Lima. Sendero Luminoso estratégicamente se replegó a zonas rurales a fin de crear condiciones para la ruptura del orden constitucional instaurado, pero a su vez se incrementó la cantidad y modalidades de acciones subversivas a través de asesinatos políticos de dirigentes vecinales o mediante atentados urbanos por medio de coches cargados con alta cantidad de explosivos, así como paros armados. Como relata la Comisión de la Verdad, un documento dado a conocer al Congreso el 11 de noviembre de 1991 da cuenta de que el Servicio de Inteligencia del Ejército, SIE, implementó un plan denominado “ambulante”, cuyo objetivo era vigilar actividades prosubversivos e inmuebles en la zona de Barrios Altos, en el centro de Lima, entre estos, un solar ubicado en el Jirón Huanta N° 840. En ese solar, el 3 de noviembre de 1991, agentes de inteligencia adscritos al SIE asesinaron a balazos a 15 personas, 4 personas quedaron gravemente heridas y sobrevivieron al crimen ocurrido, quienes declararon que a las 10:30 de la noche, entre 6 a

(7) Véase: <<http://www.cverdad.org.pe/ifinal/pdf/TOMO%20III/Cap./202%20Los%20actores%20politicos/2.3%20LA%20DECADA%20DEL%2090.pdf>>.

10 personas cubiertas con pasamontañas irrumpieron en el patio del inmueble donde realizaban una reunión y amenazaron con sus armas a alrededor de 20 concurrentes, que luego de golpes e insultos, obligaron a todos a tenderse boca abajo, e inmediatamente y sin discriminar dispararon ráfagas hacia las cabezas y espaldas⁽⁸⁾.

Si bien estos hechos, en forma posterior, fueron de conocimiento público, en especial, por medios de prensa, el Gobierno negó toda participación de agentes estatales. Por lo demás, continuó con su estrategia, al menos ante las entidades internacionales, de contar con un discurso oficial y público de respeto escrupuloso a los derechos humanos, y frente al Congreso, principalmente las bancadas opositoras, de plantear o insinuar una cierta predisposición al diálogo a fin de poder preparar un paquete de normas dirigido a la reactivación de la economía junto con una lucha dura y directa contra los subversivos.

Con motivo del autogolpe del 5 de abril de 1992, el expresidente Fujimori anunció la disolución del Congreso de la República, la reorganización total del Poder Judicial, del Consejo Nacional de la Magistratura, del Tribunal de Garantías Constitucionales y del Ministerio Público. Al mismo tiempo en que transcurría el anuncio del autogolpe, las tropas del Ejército, la Marina de Guerra, la Fuerza Aérea y de la Policía Nacional tomaron el control de la capital y de las principales ciudades del interior. De igual forma, se ocupó las instalaciones del Congreso, el Palacio de Justicia, medios de comunicación y determinadas locales públicos. Mediante un comunicado, el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional expresó su respaldo total a estas medidas. Junto a un gran despliegue de efectivos militares, se procedió a la detención de políticos de oposición, periodistas y algunos jefes policiales, entre otros.

En materia de legislación antiterrorista se realizaron cambios radicales que ostensiblemente vulneraban una serie de principios fundamentales y garantías constitucionales para asegurar las garantías del debido proceso. El Decreto Ley N° 25475 (6 de mayo de 1992), por ejemplo, establecía la cadena perpetua para algunos casos de terrorismo y ampliaba la pena para otros, a la vez que instauraba el procedimiento penal bajo jueces sin rostro. El Decreto Ley N° 25499 (16 de mayo de 1992) modificó el Decreto Legislativo N° 748, a través del cual instituyó la ley de

(8) Véase: <<http://cverdad.org.pe/ifinal/pdf/TOMO%20VII/Casos%20Ilustrativos-UIE/2.45%20BARRIOS%20ALTOS.pdf>>.

arrepentimiento de subversivos rendidos. El Decreto Ley N° 25564 (20 de junio de 1992) reducía la edad de la responsabilidad penal de 18 a 15 para aquellos adolescentes que cometían el delito de terrorismo. El Decreto Ley N° 25659 (13 de agosto de 1992) estableció la figura penal de traición a la patria para delitos antes tipificados como de terrorismo. En cuanto a las medidas de carácter procesal esta legislación antiterrorista, aparte de la previsión ilegal de jueces sin rostro, permitió que civiles fueran juzgados por militares, que se redujeran los plazos para el proceso, que se limitara el derecho de defensa de los procesados y que se condenara en ausencia a los imputados por delito de terrorismo (Decreto Ley N° 25728 del 18 de setiembre de 1992).

Concluidas estas modificaciones legales de la lucha contra el terrorismo, el gobierno de Fujimori terminó de construir un aparato legal adecuado para las operaciones militares, pero exento de control parlamentario, así como fiscal y/o judicial. De haber iniciado su gobierno bajo la invocación del irrestricto respeto a los derechos humanos, se pasó, innecesariamente, al otro extremo. Los cambios hechos a la legislación antiterrorista facilitaron condenas largas para los subversivos como para sospechosos, con procesos de investigación y judiciales sin obstáculos legales.

Dentro de este periodo es que se produjo la intervención de las universidades en casos de flagrante delito y de peligro para su perpetración, se inició un periodo de intervención y presencia militar en las mismas y una paulatina pérdida de la autonomía universitaria. En este contexto, el 18 de julio de 1992 se produjo una incursión militar en la residencia estudiantil de la Universidad Enrique Guzmán y Valle (La Cantuta) que terminó con el secuestro y desaparición de nueve alumnos y un profesor; operación que fue realizada por un grupo de agentes del SIE no destacados en zona y dirigidos desde el SIN.

Fueron unos cuantos opositores quienes junto con periodistas de investigación e intelectuales, se enfrentaron al gobierno de Fujimori, bajo grandes obstáculos, porque aún no se contaba con el respaldo de cadenas televisivas del país y otros medios influyentes. De hecho, la investigación judicial de los casos La Cantuta y Barrios Altos se promovió a partir de informes valientes de periodistas, la participación de algunos respetables congresistas y de testigos presenciales, que terminaron en un Tribunal Militar, donde unos cuantos chivos expiatorios recibieron condenas de prisión por 20 años, sin embargo, los miembros de las fuerzas armadas buscaban una salida permanente a la impunidad bajo otro mecanismo legal.

Es así que, luego de la primera reelección de Fujimori, se promulgó y publicó, el 15 de junio de 1995, la Ley de amnistía N° 26479, que exoneró de toda responsabilidad penal a los oficiales militares procesados y condenados por delitos contra los derechos humanos.

A esta cuestionable ley, criticada arduamente por la prensa, el Congreso e, incluso, algunos jueces, se sumó lo que era previsible: en la práctica los dispositivos legales adoptados después el golpe –que ampliaron el margen de discrecionalidad de las Fuerzas Armadas y la Policía, alteraron a favor de la cúpula la institucionalidad de las fuerzas del orden, intervinieron el sistema de justicia, y otorgaron un poder absoluto y superior al Sistema de Inteligencia Nacional– creó las condiciones propicias para la repetición de actos violatorios de derechos humanos, dando lugar a un fenómeno hasta entonces no tan analizado: inocentes en prisión. Así, en unos meses se pasó de un extremo a otro: de la irregular liberación de algunos senderistas, a la detención y encarcelamiento de numerosos inocentes.

Los siguientes años del Gobierno se marcaron por una constante lucha de la ciudadanía contra el creciente autoritarismo y corrupción sustancial del gobierno Fujimori. El derecho a la verdad se tornó una exigencia esencial de la sociedad, como también un mecanismo para obtener la justicia. Sin embargo, las voces no eran escuchadas, la indiferencia del Gobierno era mayor pues su dedicación política tenía un plan: proseguir con los intereses primordiales de la cúpula que lo regía, en cuya virtud se desplegaron hábiles operaciones de inteligencia, operaciones psicosociales, compra de congresistas y manipulación de la información, en especial a través de la compra de líneas editoriales.

En el 2000, se produjo la tercera elección presidencial de Fujimori. Se trató de una elección marcada por el escándalo de fraude en las elecciones y en la inscripción del partido de Fujimori. En efecto, en febrero de 2000 se descubrió un inmenso fraude que implicó a altos funcionarios electorales en la falsificación de un millón de firmas para inscripción del partido de Fujimori, lo que originó violentas protestas cuando la primera ronda electoral tuvo lugar en abril de ese año. Como era previsible, Fujimori ganó la primera rueda electoral, sin embargo, la oposición tuvo mayoría en el Congreso. Alejandro Toledo, el candidato de la oposición que más votos recibió, no aceptó los resultados electorales, decidió no

participar en la segunda ronda y convocó a la resistencia de aceptar los resultados mediante la marcha de los 4 suyos⁽⁹⁾.

Sin embargo y pasado el periodo de tormenta electoral, el gobierno parecía haber sacado cierta ventaja momentánea en su consolidación en el país hasta la aparición de un hecho notorio y grave de corrupción. El 14 de setiembre de 2000, estalló una bomba mediática. Una estación de televisión difundió un video grabado secretamente por el propio Montesinos, donde Alberto Kouri, un parlamentario elegido por la oposición, aparecía recibiendo la suma de 15 mil dólares, a cambio de irse a la bancada oficialista en el Congreso –este hecho dio a conocer el fenómeno del “transfuguismo político”–. El 16 de setiembre de ese año, Fujimori anunció que habría nuevas elecciones y que las funciones del SIN habían quedado suspendidas. Por otro lado, su asesor, Vladimiro Montesinos Torres, partió a Panamá, en un jet privado, luego de haber recibido de manos de Fujimori la cuantiosa suma como despedida de 15 millones de dólares. La historia del Fujimorato acabó con la renuncia del expresidente desde Tokio el 20 de noviembre de 2000, cuando viajó a dicha ciudad para presuntamente asistir a una cumbre internacional. La ignominiosa renuncia a la Presidencia de la República se hizo mediante fax.

III. EL CAMINO HACIA UNA REAL JUSTICIA TRANSICIONAL

El caso peruano

1. ¿Qué entendemos por justicia transicional?

La justicia transicional es una respuesta concreta a las violaciones sistemáticas o generalizadas a los Derechos Humanos. Es una forma especial de justicia, una justicia de carácter restaurativa, por la que atraviesa una sociedad de violación generalizada de derechos humanos⁽¹⁰⁾. La justicia transicional abarca los procesos que atraviesan las sociedades en transición hacia la democracia, ya sea de un régimen autoritario o un conflicto armado. No existe, empero, una única definición, pues su estudio es complejo e interdisciplinario⁽¹¹⁾. Es claro, sin embargo, que alude a las

(9) QUIROZ, Alfonso. Ob. cit.

(10) ABRÃO Paulo y TARSO Genro. “Memória Histórica, Justicia de Transição e Democracia semFim”. En: *Repressão e Memória Política no Contexto Iberico-Brasileiro, estudos sobre Brasil, Guatemala, Mocambique, Peru e Portugal*. Anistia, Coimbra, 2010, pp. 16-25.

(11) Véase: <<http://blog.pucp.edu.pe/blog/mdddh/2011/07/04/la-justicia-transicional-experiencias-latinoamericanas>>.

estrategias judiciales y de otro tipo que se adoptan en aquellos Estados donde se produjeron graves violaciones a los derechos humanos. La finalidad es lograr la reconciliación y la justicia entre las partes enfrentadas y garantizar el desarrollo de una paz duradera así como una sociedad democrática, en coyunturas o procesos de transición y reconstrucción.

Lo expuesto en forma precedente, empero, no responde a un interrogante pertinente para estos casos: ¿Por qué justicia transicional? Las razones que pueden explicar este fenómeno son de diversa índole. Por un lado, porque es casi imposible hacer una justicia penal y reparaciones inmediata y plenas en una sociedad que ha atravesado por procesos masivos de violencia y de violaciones de Derecho Humanos. Por otra parte, por la necesidad de equilibrio dentro de un nuevo sistema democrático; si bien existe una reconocida necesidad de satisfacer los derechos de las víctimas, se debe también buscar preservar el orden institucional reconquistado y eso plantea un reto difícil de mantener⁽¹²⁾.

Las iniciativas que más caracterizan a la justicia transicional tomadas por los gobiernos de América Latina y Europa Oriental, se pueden resumir en: i) aplicación del sistema de justicia por crímenes ocurridos en las dictaduras, en especial aquellos considerados como Crímenes de Lesa Humanidad; ii) creación de Comisiones de la Verdad, que son los principales instrumentos de investigación sobre los abusos; iii) programas de reparación con iniciativas patrocinadas por el Estado que se refieren a reparación material y moral por los daños causados, por los abusos pasados; iv) reformas de sistemas que buscan transformar las Fuerzas Armadas y Policía o Poder Judicial u otras relacionadas a instituciones estatales, con la finalidad de reparar la corrupción en las entidades públicas; v) políticas de memoria vinculadas a una intervención educativa para el respeto de Derechos Humanos, o con prácticas institucionales que implementen memorias u otros espacios públicos capaces de establecer la historia o aumentar la conciencia moral sobre lo que pasó.

Dentro del estudio de la justicia transicional, es posible identificar – de acuerdo con la experiencia internacional– usos diferentes del discurso de la justicia transicional, que dependen de los intereses a los cuáles pueden servir. Así, encontramos un uso manipulador y el uso democrático de

(12) REÁTEGUI, Félix. “Comisiones de la Verdad y justicia transicional”. En: *Judicialización de violaciones de derechos humanos. Aportes sustantivos y procesales*. QUINTEROS, Víctor (coordinador), IDEHPUCP, Lima, 2010, pp. 25-42.

la justicia de transición en los países que intentan superar el periodo de conflicto para instaurar la paz en sus respectivas democracias⁽¹³⁾.

Se habla de un uso manipulador del discurso transicional cuando se usa el lenguaje de la justicia transicional como un instrumento teórico, donde no se realiza ningún cambio material, pero se obtiene un cierto efecto simbólico. ¿Cuál sería ese efecto simbólico? Introducir fórmulas aparentes de solución con la presunta finalidad de detener los actos de terror y orientadas a dinámicas políticas hacia la paz, sin embargo, el fin de ellas es la impunidad, pues sería el camino más fácil para obtener una paz negociada.

Este uso de la justicia transicional como un mecanismo puramente desorientador de la realidad también fue hábilmente implementado por el gobierno fujimorista durante la década de los 90. Así tenemos, i) promulgación de una legislación antiterrorista –el Decreto Ley N° 25475–, que comprendía normas sustantivas (tipos penales abiertos con penas elevadas), procesales (limitación al derecho de defensa del abogado pues solo podía entrevistarse con su cliente luego de ser interrogado, excesivo poder a la Policía en la investigación), y de organización judicial (creación de tribunales especiales sin rostro, como también de ambientes especiales para juzgamiento), como instrumentos salvadores frente al terrorismo; ii) dación de las Leyes N°s 26479 y 26432 que exoneraban de toda responsabilidad penal a los oficiales militares procesados y condenados por delitos contra los derechos humanos; y iii) configuración de un sistema de seguridad, inteligencia y de las Fuerzas Armadas como eje de la vida institucional y conductor de las políticas públicas de defensa y seguridad interior al margen del control ciudadano y del Congreso.

Se trata de un claro ejemplo del uso manipulador de la justicia transicional para legitimar medidas destinadas a la impunidad de los autores de delitos de lesa humanidad, frente a la desprotección de las víctimas de su derecho a la verdad y la reparación como consecuencia de la política genocida contras las organizaciones terroristas y de su necesaria represión. Se convierte el discurso de la justicia transicional no solo en manipulador, sino también opresivo⁽¹⁴⁾. Con la caída del gobierno de Fujimori en el 2000, en el Perú se inició un periodo de transición hacia

(13) UPRIMMY, Rodrigo y SAFFON, María. *Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia*. Anuario de Derechos humanos. 2008, pp. 165-195. Recuperado de <<http://www.anuariocdh.uchile.cl>>.

(14) *Ibíd.*

una democracia constitucional. Amplios sectores de la población junto a la representación política en el país, mantenían una esperanza de que el Perú iba a encontrar un camino hacia la construcción de un nuevo Estado democrático. En este contexto, se inició, como primer paso, el nombramiento de Valentín Paniagua, líder de la oposición, como Presidente del denominado “Gobierno de Transición”. Sin embargo, la situación del país no era para nada fácil, pues afrontábamos graves problemas como: i) instituciones cargadas de corrupción; ii) falta de separación de poderes, en especial un Poder Judicial asaltado por el Ejecutivo; iii) sistemáticas violaciones a los derechos humanos, tanto por grupos paramilitares como subversivos; etc.

En esta compleja situación, el país demandaba una necesaria reconciliación de la sociedad. Por un lado, no desproteger los derechos de la víctima de la violencia que operó en el país por más de 20 años por la acción de los grupos terroristas, igualmente el pedido de justicia y de reparación. De otro lado, comenzar a implementar políticas económicas y sociales de cara a la reorganización de nuestra decaída democracia.

Es aquí donde cobra vital importancia el uso del discurso transicional, ya no como un medio opresivo, sino como un mecanismo democrático cuyo propósito principal es la lucha contra la impunidad. En este sentido, aquellos mecanismos propios de la justicia transicional, tales como: derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y a la reparación, serán importantes para lograr ese propósito. Además de ello, el uso de la justicia transicional presenta un efecto emancipatorio por cuanto trae como resultado el empoderamiento de las víctimas hacia las violaciones de los derechos humanos, esto último es crucial pues permita afirmar o reconstruir la identidad de las víctimas como sujetos morales y políticos con derechos, identidad que es frecuentemente perdida como consecuencia de sus sometimientos graves a violaciones a los derechos humanos. Abundante jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido los cuatro pilares de la justicia transicional en un Estado democrático, a saber: i) obligación de los Estados de investigar y procesar a los presuntos autores de violaciones graves de los derechos humanos y del Derecho Penal humanitario; ii) el derecho a conocerla verdad sobre los abusos del pasado; iii) el derecho de las víctimas de violaciones graves de derechos humanos y el derecho internacional humanitario a obtener una reparación; y, iv) la obligación del Estado de impedir, mediante la adopción de medidas pertinentes, que las atrocidades vuelvan a producirse en el futuro.

2. ¿Qué se hizo en el Perú?

El proceso de transición se inició en el 2000. El proceso incluyó el establecimiento de la Comisión de la Verdad y Reconciliación –en adelante CVR– (creada en el 2001), que se encargó de elaborar el correspondiente informe sobre los acontecimientos que se vivieron en el Perú durante los años 1980 a 2000. El gobierno de Transición, cuyo Presidente fue Valentín Paniagua, creó la mencionada comisión en junio de 2001, para lo cual convocó a diferentes miembros de la sociedad civil. Fue presidida por Salomón Lerner Febres, entonces rector de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Se investigó la violencia terrorista de los grupos Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru –en adelante MRTA–. Profundizó en las causas de esa violencia y en la dura represión militar contra los movimientos terroristas, que cobró principalmente víctimas civiles. Para lograrlo, recogió el testimonio de 1985 personas y organizó 21 audiencias con las víctimas de la violencia, a las que asistieron más de 9500 personas. El Informe Final se hizo público el 28 de agosto de 2003, ante el presidente peruano Alejandro Toledo, en una ceremonia realizada en el Palacio de Gobierno.

El informe de la CVR consta de 9 tomos. Tiene tres partes principales: la primera relata el proceso, los hechos y las víctimas. La segunda, analiza e identifica los factores que permitieron que se desarrolle el conflicto. Y la tercera explica las secuelas del conflicto y postula las recomendaciones para que estos eventos no se repitan.

El propósito principal de la Comisión fue investigar y hacer pública la verdad sobre los años de violencia y de esta manera logró establecer modelos de violaciones de los derechos humanos y determinar los actores involucrados y su responsabilidad. Gracias a esto fue que se alcanzaron a diseñar los criterios para la reparación de las víctimas y presentar como resultado en el informe final las recomendaciones para un Plan Integral de Reparación.

En definitiva, la CVR cumplió su función de investigar lo ocurrido durante las épocas de subversión terrorista y contra la subversión estatal. Ello le permitió asignar responsabilidad, tanto al Estado, organizaciones políticas, y a los senderistas. También elaboró un patrón sobre el tipo de violaciones que permitieron saber el cómo y a quién se le debía reparar. Su proceso de reparación, importante en los parámetros internacionales, recoge estos componentes, que estaban en el Informe Final, para desarrollar el Plan Integral de Reparaciones, y deja demostrado que antes de

implementar una política de Estado para reparar es necesario tener claridad sobre lo ocurrido; sin embargo, también debemos indicar que la voluntad política es un elemento importante que puede contribuir, en mayor medida, a la ejecución de estas políticas o recomendaciones. La comunidad internacional en el 2003 reconoció el informe pionero de la CVR, aunque la mayoría de sus recomendaciones siguen sin ser plenamente implementadas. No obstante ello, sus sólidos hallazgos continúan dominando los debates sobre los años de guerra sucia en el Perú y brindan un fundamento para lo que ya no puede negarse en los terrenos ideológico y político⁽¹⁵⁾.

Se destaca, en consecuencia, el aporte del Informe Final la CVR por cuanto: i) sirvió como un medio de prueba, presentado por la Fiscalía como por el actor civil, en el proceso seguido contra Fujimori; ii) constituyó un mecanismo de justicia transicional elaborado a partir de una metodología interdisciplinaria cuyo objetivo fue descubrir la verdad de lo ocurrido; y, iii) se le otorgó un carácter público-vinculante, dado que la CVR fue un organismo de carácter oficial creado por el Poder Ejecutivo para cumplir una labor específica⁽¹⁶⁾.

Por Ley N° 28592 se formalizó el Plan Integral de Reparaciones como un objetivo para concretar las reparaciones de las víctimas de más de 20 años de violencia (1980-2000), basado en las recomendaciones de la CVR. Conforme a lo establecido por la ley, las reparaciones eran entendidas como: “las acciones que realiza el Estado a favor de las víctimas del proceso de violencia, y, de acuerdo con la Ley, a los familiares de las víctimas, orientadas de manera expresa al reconocimiento de su condición de tales, y que tiene como objetivo permitir su acceso a la justicia, la restitución de sus derechos, la resolución de las secuencias derivadas de las violaciones a los derechos humanos (...)”. Para cumplir con su meta, el Programa estaba compuesto por diferentes programas para las reparaciones en cada nivel: restitución de derechos ciudadanos, reparaciones en educación, salud, colectivas, simbólicas, acceso habitacional y otros programas según lo aprobado por la Comisión Multisectorial. Sin embargo, ya en el 2007 la Defensoría del Pueblo si bien se confirmaba el inicio de reparaciones colectivas en 440 comunidades, se observaba la falencia en

(15) MÉNDEZ, Juan. “La trascendencia del juicio a Fujimori para la lucha contra la impunidad en el Perú y el mundo”. En: *La trascendencia del juicio y la sentencia de Alberto Fujimori: una mirada nacional e internacional*. Instituto de Defensa Legal, Lima, 2011, pp. 9-16.

(16) LERNER FEBRES, Salomón. “El informe final de la comisión de la verdad y la reconciliación en la sentencia”. En: *La trascendencia del juicio y la sentencia de Alberto Fujimori: una mirada nacional e internacional*. Instituto de Defensa Legal, Lima, 2011, pp. 17-26.

la implementación del Registro Único de Víctimas por medio del cual los afectados podrían acceder a reparaciones individuales, ello junto con la demora en la investigación de los casos de violaciones y falta de defensa de las víctimas⁽¹⁷⁾.

Por otra parte, es de destacar la participación de los tribunales de Justicia en el Perú que también hicieron una importante labor, no solo por la condena al expresidente Alberto Fujimori –que analizaremos más adelante, sino porque se permitía investigar, juzgar y condenar a los responsables de las violaciones de crímenes contra los derechos humanos⁽¹⁸⁾. En efecto, el trabajo emprendido por los tribunales de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos es esencial para combatir la impunidad y para garantizar la no repetición de atrocidades y la depuración de las instituciones oficiales. Lo anterior, no es más que una muestra del carácter imperativo de la legislación internacional cuyo origen se remonta a los juicios de Nuremberg, donde se estableció la necesidad de los Estados de investigar todo hecho vinculado a violaciones a los derechos humanos⁽¹⁹⁾.

En cuanto a la propia sentencia emitida por la Sala Penal Especial y confirmada por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, se destacan varios aspectos: i) constituyó un hito histórico el haber juzgado y condenado a un presidente electo en democracia; ii) reivindicó la dignidad de las víctimas de Barrios Altos y La Cantuta al reconocerse que no pertenecieron a ninguna organización terrorista; iii) permitió concretizar el derecho a la verdad, como una exigencia del Sistema Interamericano de Derecho Humanos; y, iv) negó la impunidad de los crímenes de lesa humanidad⁽²⁰⁾.

De otro lado, el Tribunal Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad N° 010-2002-AI/TC declaró la inconstitucionalidad de los elementos más fundamentales de la legislación penal antiterrorista que se oponía a la Constitución, lo que motivó que, posteriormente, el gobierno del presidente Alejandro Toledo Manrique, previa delegación del

(17) Véase: <<http://www.defensoria.gob.pe/notasprensa.php?a=2007>>.

(18) SALMÓN, Elizabeth. *El Derecho Internacional humanitario y su relación con el Derecho Interno de los Estados*. Palestra Editores, Lima, 2007.

(19) MÉNDEZ, Juan. Ob. cit.

(20) ORTIZ, Gisela. “Lecciones de una larga lucha que llevó a la sentencia”. En: *La transcendencia del juicio y la sentencia de Alberto Fujimori: una mirada nacional e internacional*. Instituto de Defensa Legal, Lima, 2011, pp. 45-50.

Congreso, promulgara decretos legislativos que modificaban la legislación antiterrorista de 1992, entre los que destacaba la revisión de la cadena perpetua cada 30 años y la eliminación de los jueces sin rostro. Esto último contribuyó a la revisión de varias causas judiciales que habían sido llevadas a cabo en fueros militares, como también en los fueros civiles. En esa misma línea, el Tribunal también se pronunció sobre la imprescriptibilidad de delitos que violenten gravemente los derechos humanos. En el caso Genaro Villegas Namuche (Exp. N° 2488-2012, sentencia del 18/03/2004) y en la demanda de inconstitucionalidad contra la ley de justicia militar resolvió que los responsables de crímenes de lesa humanidad no podrían acogerse a la prescripción penal al tratarse de delitos que violaban gravemente los derechos humanos.

Igualmente, merece atención el rol de la Corte Interamericana en la lucha contra la impunidad de los delitos de lesa humanidad como un complemento necesario para el proceso interno de democratización en el Perú⁽²¹⁾. En virtud de la sentencia del 14/03/2001 del caso Barrios Altos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció como premisas importantes: i) las leyes de amnistía N°s 26479 y 26492 eran incompatibles con la Convención Americana porque promovían la impunidad de personas que habían cometido delitos de lesa humanidad; ii) el Estado peruano había incurrido en responsabilidad por no haber protegido los derechos a la vida; a la integridad personal de varias víctimas por violaciones a los derechos humanos; iii) el Estado peruano, al no efectuar investigaciones serias y eficientes para aclarar los hechos relacionados con la matanza en Barrios Altos, impidió a las víctimas sobrevivientes, sus familiares y a los familiares de las víctimas que fallecieron, conocer la verdad acerca de los hechos ocurridos⁽²²⁾.

De otro lado, la Corte en la sentencia del 29/11/2006 en el caso La Cantuta se destaca los siguientes fundamentos: i) el Estado peruano implementó una práctica sistemática en el marco de la estrategia contrasubversiva de los agentes del Estado, especialmente, en los momentos más intensos del conflicto (1983-1984 y 1989-1992) que consistió en la identificación de la víctima para luego su detención y ejecución; ii) existió un

(21) SALMÓN, Elizabeth. *La condena de Alberto Fujimori y el Derecho internacional de los derechos humanos*. Instituto de Estudio Constitucionales, Colombia, 2014.

(22) PEDRAZA, Wilfredo. "La imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y otras violaciones de derechos humanos". En: *Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos*. MACEDO, Francisco (coordinador). IDEHPUCP. Lima, 2007, pp. 141-150.

mecanismo de desaparición forzada usado recurrentemente por los agentes del Estado; iii) estas actividades fueron realizadas por el Grupo Colina, con conocimiento de la Presidencia de la República y del Comando del Ejército; iv) los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial articularon los mecanismos constitucionales y legales disponibles, mediante el abuso de poder, a fin de sustraer a los presuntos autores materiales e intelectuales de la administración de justicia competente.

En esta línea, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la importancia y vinculatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de lo dispuesto en la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, que indica que los derechos humanos se interpretan de conformidad con las normas internacionales sobre derechos humanos. Asimismo, el Tribunal Constitucional no solo considera que las resoluciones de la Corte Interamericana poseen fuerza vinculante en su parte resolutive sobre un caso concreto, sino respecto a los fundamentos del fallo, independientemente de si el caso concreto se relaciona con el Estado peruano, dado que la Corte es el intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta aplicación es vinculante no solo en los procesos constitucionales sino que irradia sobre los demás procesos, por lo que su observancia obligatoria irradia para los órganos jurisdiccionales del país⁽²³⁾. Finalmente, dentro de las recomendaciones para la implementación de reformas estructurales y conmemoraciones se creó en la capital el “Lugar de la Memoria y el Ojo que llora” (inaugurado en el 2005, en Campo de Marte, distrito de Jesús María. Monumento construido para recordar a las víctimas de la violencia desatada por el terrorismo en el país entre los años 1980 y 2000) (<http://blog.pucp.edu.pe/blog/mddhh/2011/07/04/la-justicia-transicional-experiencias-latinoamericanas/>). Este responde a una de las modalidades de reparación simbólica que se dan dentro de los gobiernos de transición pues la creación de estos espacios de memoria se dan con la finalidad de incorporar un reconocimiento frente a las víctimas que sufrieron del pasado y de mantener en la historia viva del país los graves atentados violatorios a los derechos humanos⁽²⁴⁾. Más allá de la creación de este importante mo-

(23) HUERTA, Luis. “Notas introductorias sobre la relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Penal, a propósito de los procesos de judicialización de violaciones de derecho humanos”. En: *Judicialización de violación de derechos humanos. Aportes sustantivos y procesales*. QUINTEROS, Víctor (coordinador). IDEHPUCP, Lima, 2010 pp. 55-62.

(24) QUINTEROS, Víctor Manuel. *Temas de Derecho Penal y violación de derechos humanos*. IDEHPUCP, Lima, 2012.

numento histórico también se aprecia en otras regiones la presencia de murales públicos (12), monumentos y esculturas (42), memoriales en cementerios (12), placas conmemorativas (9), museos y casa de la memoria (11), entre otros.

IV. DISEÑO, DESARROLLO Y DIVISIÓN DE LABORES

Estructura de la sentencia

1. ¿Cómo se estructuró la sentencia?

Para su estructuración se siguió una metodología explicativa constitutiva sobre la base de un caso sumamente complejo, en la cual, a partir de los hechos acusados como el haber tenido una política de Estado criminal, se propuso una evaluación amplia del tema para llegar a hechos concretos, como asesinatos, lesiones y secuestros. Por tanto, el diseño debía explicar no solo el funcionamiento de entidades complejas y secretas para el ciudadano de a pie, tales como las Fuerzas Armadas, el Sistema de Inteligencia, grupos de aniquilamiento, sino cómo el nombramiento y posicionamiento de alguna de ellas permitió una organización paralela para fines ilegales. Era indispensable, en estas condiciones analizar, desde una perspectiva interdisciplinaria, las características y evolución del sistema político del gobierno de Alberto Fujimori Fujimori, con especial acento en su política de conformación institucional y de seguridad pública.

Respondiendo a estos fines, la Sentencia se dividió en cuatro partes:

- a. La primera parte es un desarrollo amplio de los antecedentes del caso, que consistió en explicar –en tres capítulos– el itinerario del procedimiento, los hechos atribuidos y cargos imputados, y la posición del acusado como expresión de su defensa en el proceso.
- b. La segunda parte se concentró en los hechos –en quince capítulos–; se explicó a partir de un marco teórico de la prueba, las posturas del Tribunal acerca de qué se iba a valorar y qué no. Este aspecto tuvo su propia problemática que explicaré en la segunda parte de esta disertación. En esta etapa se usó mucha información documental, testimonial, videográfica y de audio; se dictaron directivas (reglas para la postulación de pruebas, reglas para su actuación entre otros), con la finalidad de que todos puedan tener clara la metodología a seguir.

- c. En los quince capítulos se observará que hubo una división temática, como el poder del presidente de la república, concepto de cooptación, las FF.AA., el SIN, la DINTE, el SIE, el Grupo Colina, las operaciones especiales de Inteligencia; se concluyeron también los hechos más concretos, como Barrios Altos, La Cantuta, Gorriti, Dyer, entre otros; la parte dos cierra con el abordaje de la intervención en los hechos del propio Fujimori.
- d. En la tercera parte, se explican los fundamentos jurídicos del caso en 5 capítulos, donde se desarrolla la tesis de la autoría mediata en aparatos organizados de poder.
- e. El cuarto, donde se trató en concreto el fallo en sí. Un aspecto relevante en todo esto es la estrategia incluso de la lectura de la sentencia el día último del juicio.

El desarrollo de su elaboración fue progresivo, conforme se avanzó el juicio se elaboraron notas de trabajo y resúmenes, hubo un intenso debate entre los miembros del Colegiado. Se tomaron muchos apuntes en la Sala de Audiencia; además de las grabaciones videográficas se contó con las actas transcritas del juicio.

El trabajo fue metódico y la dedicación exclusiva, con grupos de trabajo y jefes de grupo temáticos para los informes de avances de los debates. Estos grupos también se dedicaron a examinar toda la información del expediente.

Las primeras audiencias duraron todo el día, con intervalos de media hora. Luego por la prescripción médica se redujo a medio día, por las tardes se hacían los debates. Hubo dos aspectos, uno respecto de los temas del caso propiamente dicho y otro acerca del manejo de la prensa, la seguridad y la logística que implicó. Se estructuró todo un sistema de gestión porque la sede del Tribunal estaba ubicada en un lugar alejado, dentro de un centro policial, se proveyeron de médicos y enfermeras(os), para estar atentos a la evaluación médica del acusado.

Todas las audiencias eran televisadas en directo. Para esto había un equipo de prensa del Poder Judicial que diseñó un sistema de comunicación que trabajó sobre el tema día a día en las incidencias del juicio. Incluso, concluidas las audiencias, las partes prestaban declaraciones a la prensa. Este tema era evaluado por la Sala por el impacto que alguna declaración podía generar en el caso.

V. HECHOS: LA PRUEBA, SU ACTUACIÓN Y LA AUTORÍA MEDIATA

1. Hechos

1.1. Caso Barrios Altos

La noche del 3 de noviembre de 1991, en el distrito de Barrios Altos, una zona tradicional y popular del Cercado de Lima, en el Perú, se llevó a cabo una pollada en el primer piso del inmueble ubicado en el jirón Huanta N° 840, para conseguir fondos y reparar el servicio de desagüe de la quinta. Aproximadamente a las 23:30 horas, seis individuos armados y encapuchados entraron al edificio luego de bajar de dos vehículos, y dispararon con sus fusiles a los asistentes sin mediar explicación.

Todos los atacantes tenían el rostro cubierto con pasamontañas. Al entrar, ordenaron a los asistentes de la reunión tenderse en el piso, donde les dispararon indiscriminadamente por cerca de dos minutos, matando a quince de ellos, incluyendo a un niño de ocho años, e hiriendo seriamente a otras cuatro personas, uno de los cuales quedó paralítico. Luego, los atacantes huyeron en los dos vehículos. Durante la investigación, la policía encontró 111 casquillos y 33 balas del mismo calibre en la escena del crimen.

1.2. Caso La Cantuta

En la madrugada del 18 de julio de 1992, dos días luego de la explosión del coche bomba, en la céntrica calle miraflores de Tarata, miembros del Servicio de Inteligencia del Ejército, así como de la Dirección de Inteligencia del Ejército, muchos de los cuales aparentemente miembros del recientemente establecido Grupo Colina, entraron a las residencias de la Universidad Enrique Guzmán y Valle.

Una vez dentro, las tropas forzaron a todos los estudiantes a salir de sus habitaciones y echarse boca abajo en el piso. Nueve estudiantes, sospechosos de estar implicados en la explosión de Tarata, entre ellos Bertila Lozano Torres, Dora Oyague Fierro, Luis Enrique Ortiz Perea, Armando Richard Amaro Cóndor, Robert Édgar Teodoro Espinoza, Heráclides Pablo Meza, Felipe Flores Chipana, Marcelino Rosales Cárdenas y Juan Gabriel Mariños Figueroa, fueron separados de los demás y llevados aparte. Mientras tanto, en las residencias de los profesores, un grupo de soldados irrumpió en la casa del profesor Hugo Muñoz Sánchez. Luego de registrar su dormitorio, se lo llevaron.

2. Prueba

La prueba es la actividad de las partes procesales, dirigida a ocasionar la evidencia necesaria –actividad de demostración– para obtener la convicción del juez decisor sobre los hechos por ellas afirmados –actividad de verificación–, intervenida por el órgano jurisdiccional bajo la vigencia de los principios de contradicción e igualdad, y de las garantías tendentes a asegurar su espontaneidad, e introducida en el juicio oral a través de los medios lícitos de prueba. Debe quedar claro que lo probado o demostrado en el proceso jurisdiccional es la verdad o falsedad de los enunciados fácticos en litigio; en el caso del fiscal la actividad probatoria está dirigida a acreditar la verdad respecto de una proposición que afirma la existencia de un hecho delictivo. Cabe precisar, por lo demás, que las pruebas deben referirse a los hechos objeto de imputación y a la vinculación del imputado con los mismos, y que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, puedan sostener un fallo condenatorio [Cas. N° 3-2007, del 7 de noviembre de 2007].

2.1. Valoración de la prueba

Desde la perspectiva de la libre valoración de la prueba, como precisa Gimeno Sendra⁽²⁵⁾, se necesita que esta se realice con arreglo a las normas de la lógica, y máximas de la experiencia o de la sana crítica, lo que conlleva la obligación, máxime si se trata de la denominada prueba indiciaria, de razonar el resultado probatorio en la “declaración de hechos probados”. En consecuencia, no es posible aceptar, desde la racionalidad del proceso valorativo, que el juez se aparte de las reglas de la lógica, de las máximas de la experiencia y de los conocimientos científicos cuando se haya acudido a ellos; el razonamiento de la sentencia no puede ser, por lo tanto, irracional, inconsistente o manifiestamente erróneo.

Una actuación sumarial –incluso realizada en los momentos preliminares por la Policía o la Fiscalía–, en tanto acto de aportación de hechos al proceso, podrá tener valor de prueba o integrar la valoración probatoria –es inaceptable una prohibición general–, siempre y cuando, desde la perspectiva interna, cumpla con los requisitos o formalidades legales que ese acto exija en la sede en que se actúa [donde la posibilidad de contradicción en su actuación –o determinadas exigencias de contradicción– y atendiendo a la peculiaridad de la prueba de que se trate es vital]

(25) GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Colex, Majadahonda Madrid, 2007.

–requisito objetivo–, y que por una circunstancia derivada de las nociones de irrepetibilidad –o si se quiere, fugacidad o indisponibilidad– y urgencia no sea posible su reproducción en el juicio oral –requisito material–, como sería el caso, por ejemplo, de ausencia no subsanable del testigo o del perito. Es necesario cuidar, en este supuesto de excepción, un conjunto de garantías mínimas, tanto en la adquisición de la fuente de prueba como en su conservación y en su aportación al juicio oral; este último es el requisito formal que se satisface con la lectura del acta u otro medio equivalente y en condiciones que permitan a la defensa someter tales diligencias a contradicción.

2.2. Valoración de la prueba documental

El Código de Procedimientos Penales –al igual que el nuevo Código Procesal Penal– no define una lista cerrada de medios de prueba susceptibles de ejecutar en el proceso. En él, como es evidente, se admite la presencia de cualquier otro medio de prueba que tenga entidad para conformar juicio del órgano jurisdiccional sentenciador. Ello permite, a su vez, la posibilidad que puedan darse por acreditados datos recogidos por los medios de comunicación social, en cuanto reflejan hechos incontrastables de conocimiento general o declaraciones de personalidades u organizaciones políticas –o que dan noticia del devenir experimentado por los distintos agentes sociales, lo que de ordinario comporta una determinada percepción de una realidad externa, que es percibida y trasladada por el periodista que en ella interviene–, que no han sido desmentidas ni cuestionadas en el proceso.

La información periodística opera, entonces, como principio de prueba, que de no ser desmentida y cuestionada –el desmentido o el cuestionamiento, como es obvio, debe ser serio y de entidad, no basta uno meramente formal– pasa a surtir plenos efectos probatorios. Es claro que otra nota de validez o, mejor dicho, de validez de la información es que no se trate de una noticia aislada de prensa. El grueso de la información periodística incorporada al proceso refleja un contenido informativo general, de común aceptación por los medios de prensa, y se refiere a hechos públicos o de relevancia política general. Por lo demás, es pertinente precisar que solo podrán asumirse con pleno valor probatorio aquellos contenidos que de modo objetivo son introducidos por el profesional autor de la información, con lo que se excluyen los juicios de valor que puedan introducirse en una nota periodística. A lo que se agrega que, en puridad, la defensa no ha cuestionado la legitimidad o procedencia de los recortes

periodísticos, sino que ha cuestionado sus fuentes. En consecuencia, los artículos periodísticos pueden ser un medio idóneo para acreditar y dar certeza de las conductas objeto de enjuiciamiento; en especial, la existencia de la noticia en los diarios sí es prueba de la repercusión pública que tiene el acontecimiento o hecho determinado. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido, al respecto, que los recortes periodísticos no tienen el carácter de prueba documental propiamente dicha –tal vez por la circunstancia de no tratarse de un medio de prueba “típico”–, pero podrán ser apreciados cuando recojan hechos públicos o notorios, declaraciones de funcionarios del Estado o cuando corroboren lo establecido en otros documentos o testimonios recibidos en el proceso. En la sentencia *Ivcher Bronstein vs. Perú*, llegó a decir –reforzando su valor probatorio– que los artículos periodísticos son instrumentos idóneos para verificar, junto con los demás medio aportado, la veracidad de los hechos del caso.

También han sido ofrecidos, como medio de prueba, diversos libros. Sus autores han declarado en el acto oral. Se trata del General EP Hermoza Ríos, y de los periodistas Humberto Jara Flores y Ricardo Uceda. La defensa sostiene que incorpora versiones, propias o de terceros, que por tanto deben ser asumidas desde la prueba testifical, y como tal contrastadas con las demás actuaciones de la causa. Sin duda alguna, para analizar con propiedad la función de un libro en un proceso penal debe partirse de la diferenciación entre fuente y medio de prueba. “Fuentes de prueba” es un concepto extraprocesal, que consiste en objetos o personas que, en cuanto pueden proporcionar conocimientos para apreciar o para acreditar los hechos afirmados por un parte procesal, pueden tener trascendencia en el proceso y constituir el material de referencia para la decisión judicial. Mientras que “medios de prueba” son los instrumentos procesales a través de los cuales las fuentes de prueba se incorporan al proceso y solo existen dentro de él, regidos por normas procesales que establecen los supuestos y las formas en que la fuente de prueba puede aparecer dentro de este. Así, un libro; una noticia o recorte periodístico; un plano, croquis o una grabación constituyen fuentes de prueba y como tal pueden ser introducidos en el proceso –si se asume un concepto amplio de “documento” y desde una perspectiva dinámica, como cosa mueble o soporte material apto para la incorporación de señales expresivas de un determinado significado: datos, hechos o narraciones. Sin duda, un libro es un documento en el que se relatan hechos de relevancia para el caso, más propiamente corresponde otorgarle un valor de prueba documental

de carácter privado—. No obstante, no toda declaración extraprocesal de una persona o testigo, es y debe ser siempre incorporada por medio del procedimiento de la prueba testimonial. Si se trata de un libro en el que se ha dicho algo, o de una grabación televisiva que contiene una entrevista e incorpora lo relatado por una persona, entre otros, se incorporarán estos al proceso por medio del mecanismo más apropiado a su naturaleza, siempre que se respete la oralidad, la inmediación y la contradicción en su ejecución. La prueba documental admite que el libro es una fuente válida de información para el proceso, por lo cual se procederá a su lectura, sin más. No hace falta su ratificación, ni que el autor sea interrogado sobre todos los hechos relatados en el mismo o sobre sus términos. Cuestión distinta es, desde luego, el valor probatorio —respecto de la información incorporada— que cabe otorgar al libro. Mucho dependerá de su contenido y, luego, si puede confirmar datos incorporados por otros medios de prueba o estos puedan avalarlo.

2.3. Declaración de testigo

Es la declaración oral de conocimiento prestada ante el juez y efectuada por personas físicas que conocen de la comisión del hecho punible. Como medio de prueba, pretende acreditar la veracidad de una afirmación fáctica, a través de la información que aporta en el juicio oral un sujeto ajeno al proceso, que ha tenido conocimiento de algún hecho delictivo⁽²⁶⁾.

El testigo es una persona física ajena a los hechos —es una tercera persona llamada a comunicar al juzgador sus percepciones sensoriales extrajudiciales—, desprovista de cualquier valoración. Por razón del nexo con el hecho —objeto de la prueba testifical—, el testigo puede ser directo: cuando conoce del hecho mediante una percepción directa e inmediata, sin personas interpuestas; o, de referencia, cuando conoce del hecho a través de otra u otras personas interpuestas. No se admite que emita conceptos u opiniones —cuestiones jurídicas o juicios de valoración—, pues el objeto de la declaración son los hechos pasados o presentes. Estas reglas las recoge el artículo 166 del NCPP.

En su calidad de tercero, no pueden ser testigos el imputado ni el juez —el testigo ha de ser ajeno a los derechos que se ventilan en el proceso—. Si bien el agraviado no es ajeno a los hechos, se acepta su declaración,

(26) BANALOCHE, Julio y ZARZALEJOS, Jesús. *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Penal*. La Ley, Madrid, 2010.

pero al no ser absolutamente neutral, existe una regla jurisprudencial que condiciona su valor a determinados requisitos. Por tanto, en el proceso penal deben matizarse aquellas observaciones que destacan, a semejanza del proceso civil, la característica de ajenidad, referida por lo general a que el testigo es ajeno al proceso, a las partes y al objeto procesal. El testigo es, siempre, ajeno al juez, pero no necesariamente de las partes y del objeto procesal, desde el momento en que, de ser perjudicado por el delito, puede ser actor civil.

La prueba testifical es, por naturaleza, reproducible en el plenario para someterla a contradicción, y si, pudiendo hacerlo, no se produce, la practicada en la instrucción no puede ser utilizada, salvo que –mediante el recurso de su lectura– venga fundada en alguna grave causa de carácter absoluto u obstativo (se trataría de causas independientes de la voluntad de las partes y del Tribunal, de fuerza mayor, de carácter fáctico o jurídico, que impidan el concurso del órgano de prueba al juicio y que importe el agotamiento de todas las posibilidades legalmente previstas para su reproducción en juicio). En esta línea, ha recordado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el Asunto Isgró versus Italia, Sentencia del diecinueve de febrero de mil novecientos noventa y uno, párrafo treinta y cuatro, que “Los elementos de prueba deben ser normalmente presentados ante el acusado en vista pública, con el fin de que exista un debate contradictorio, pero la utilización de las declaraciones que se remontan a la fase de la instrucción preparatoria no son contrarias en sí mismas a los apartados 3 d) y 1 del artículo 6 (del Convenio Europeo de Derechos Humanos, norma parecida al art. 8.2 inc. f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sin perjuicio al respeto de los derechos de la defensa; por regla general, estos exigen que se conceda al acusado una ocasión adecuada y suficiente para oponerse al testimonio en su contra y para interrogar al autor, en el momento de la declaración o con posterioridad”. En consecuencia, la lectura de las declaraciones sumarias no es de recibo si es que no se solicitó la concurrencia de los testigos al acto oral, y no existe una causa fundada y razonable de su inasistencia. Se rechaza, por tanto, en la consideración de prueba valorable las dos testificales objeto de lectura.

Las declaraciones de un testigo deben someterse a un serio análisis de credibilidad, y si este ha declarado sobre los mismos hechos en otras sedes, corresponde tenerlas en cuenta y valorarlas cumplidamente. Sin duda, la falta de uniformidad del conjunto de las declaraciones de un testigo, incluso de un imputado o de un experto, no contribuye a un primer juicio

de atendibilidad, pero es del todo posible una retractación o un cambio de versión; por lo que, en este caso, para estimar cuál de las versiones es la más arreglada a lo acontecido –que es un problema de credibilidad, no de legalidad, en tanto elemento esencial para formar la convicción sobre el fundamento fáctico debatido– debe analizarse tanto internamente el conjunto de testimonios como en relación con los demás recaudos probatorios de la causa –es una exigencia de razonabilidad valorativa, que se profundiza cuando corresponde optar por la declaración sumarial, en función de su falta de inmediación y de la hipotética mayor credibilidad frente a la declaración en juicio oral, y por ello ha de apoyarse en su verosimilitud objetiva, que exige corroboración por otras circunstancias periféricas o por medios probatorios–. Compete al Tribunal contrastar, comprobar e interpretar los términos y alcances de las contradicciones, valorándolas a efectos probatorios, conforme con su recta conciencia.

Es factible, por consiguiente, con las debidas cautelas, otorgar mayor credibilidad a una declaración frente a otra, incluso a las prestadas en otra sede y ante la autoridad fiscal, policial y congresal –por tratarse, propiamente, de diligencias de investigación–, que a las prestadas ante el Tribunal enjuiciador si resulta más coherente en atención a las concreciones que formula, a los datos que proporciona, a la presencia de otras circunstancias periféricas o a la concurrencia de hechos o indicios externos que la doten de objetividad suficiente –credibilidad objetiva– para hacer razonable su valoración favorable frente a la otra declaración. Es indudable, por otro lado, que las declaraciones de contraste, del mismo testigo, deban aflorar en el curso del juicio o del interrogatorio por cualquier medio que garantice la contradicción, por lo que es suficiente que las preguntas y respuestas dadas en el juicio oral hagan referencia expresa a tales declaraciones sumariales poniendo de manifiesto las contradicciones al objeto de que pueda darse la explicación oportuna. El hecho de que en esas declaraciones –tanto las prestadas en el propio sumario como las rendidas en otros procedimientos– no haya intervenido la defensa del acusado, no importa su exclusión, pues no existe indefensión; una declaración hecha espontáneamente tiene siempre su valor y no puede obviarse. En efecto, no causa indefensión porque el testigo es interrogado en el juicio oral, aunque no se lean ni se valoren sus contradicciones –incluso, podría bastar a estos efectos que el declarante reconozca durante el juicio oral que tuvieron lugar, que declaró en esos términos–. Como ya se ha dejado expuesto, no es preciso que la contradicción sea efectiva en el momento en que se presta la declaración sumarial, solo se requiere posibilidad de

contradicción. Es evidente que cumplir la exigencia demandada de contradicción efectiva no siempre es legal y materialmente posible, por lo que basta que se cumplan las exigencias constitucionales y legales de ese acto de investigación. Es la posterior posibilidad de confrontación en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia de contradicción y suple cualquier déficit u omisión observable en la fase de instrucción. De cumplirse esas exigencias de contradicción, es posible analizar las declaraciones contradictorias y dar credibilidad a uno u otro testimonio y fundar sobre él la condena.

2.4. Prueba trasladada

Un tema también abordado en la sentencia es la prueba trasladada, la que se define como aquella que se admite y se practica en otro proceso y que es presentada al proceso penal en curso, en copia certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo. El fundamento de la validez de una prueba de un proceso en otro radica en la unidad de la jurisdicción. En efecto, debido a la unidad de la jurisdicción, las pruebas actuadas en otras jurisdicciones pueden ser trasladadas. El único límite, según la regla del proceso civil –no aplicable en el proceso penal– es que haya sido pública y controvertida por las partes contra quien se aduce⁽²⁷⁾. Las pruebas de otro juicio pueden ser válidas si en el anterior proceso la parte ha tenido la posibilidad de hacer valer contra ellas todos los medios de verificación e impugnación que la ley otorga en el juicio en que se produjeron. Lo expuesto demuestra que en el proceso civil se pueden incorporar pruebas actuadas en procesos de otras especialidades: Penal, Laboral, entre otros. Sin embargo, con esta ley en el proceso penal se pueden incorporar pruebas actuadas en otros procesos penales.

Cabe precisar que el Código Procesal Penal de 2004 no dice nada respecto a la prueba trasladada. Sin embargo, la Ley N° 30077, de 20 de agosto de 2013, en su artículo 2 incorpora la prueba trasladada, figura que por cierto es reconocida en el artículo 261 del CPP. Los supuestos legales de la incorporación de actuaciones probatorias procedentes del proceso fuente son: i) que provenga de otro proceso penal, ii) que el proceso receptor o el proceso fuente se refieran a delitos perpetrados por miembros de una organización criminal; en este extremo, difiere del artículo

(27) LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. “La actividad probatoria en el desalojo”. En: *La prueba en el proceso civil*. Diálogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica, Lima, 2010.

261 del CPP, pues en el acotado artículo se consigna también a la asociación ilícita.

Los requisitos legales de la prueba trasladada se configuran o califican en función del proceso fuente, esto es, del que se obtendrá la actuación probatoria para incorporarla al proceso en curso. Por tanto, desde el proceso fuente, por imperio de la norma, deben calificarse las actuaciones que podrán ser aportadas. La norma hace mención a las pruebas admitidas y practicadas ante el juez o sala penal, las cuales podrán ser utilizadas o valoradas en otro proceso penal. En consecuencia, lo que puede calificarse de testimonial, pericia, documentos, etcétera, está en función de la causa y no de la causa receptora.

Es obvio que desde el proceso receptor esas actuaciones constituirán prueba documental oficial, de ahí que la calificación realizada por la norma procesal solo tiene sentido si se toma como referencia el proceso fuente. En este sentido, la norma, antes que ampliar las posibilidades de contar con fuentes y medios de prueba procedentes de otras causas, traza límites a su utilización, que como tal debe interpretarse restrictivamente. En principio, no existen límites internos al traslado probatorio en el caso de dictámenes periciales oficiales, informes y prueba documental. Así lo autoriza la Ley N° 30077, en su artículo 20, numeral 2.

En cambio, existen límites para las demás actuaciones probatorias, entre ellas la prueba personal y las diligencias objetivas e irreproducibles. Se requiere que el traslado resulte indispensable, debido a que en el proceso receptor la actuación de las referidas pruebas sea de imposible consecución o difícil reproducción por riesgo de pérdidas de la fuente de prueba o de amenaza para un órgano de prueba. Esto último supone acreditar la existencia de un motivo razonable que impida la actuación de la prueba en el proceso receptor. El límite tendría como fundamento que la declaración de un testigo que no compareció en el plenario impide al juez escuchar y ver, conforme con el principio de inmediación, y a las partes someterlas a la pertinente contradicción. En síntesis, la declaración de un testigo en otro proceso no ofrecido en el proceso receptor como testigo ni que esté acreditada una causal de ausencia insubsanable de su parte, no puede ser utilizada (Exp. N° 19-2001: Caso Fujimori).

Cabe precisar que: i) el valor probatorio de la prueba trasladada está sujeto a la evaluación que el órgano judicial realice de todas las pruebas actuadas durante el proceso en que ha sido incorporada, respetando las reglas de la sana crítica, la lógica, las máximas de la experiencia y los

conocimientos científicos. ii) La prueba trasladada debe ser incorporada válidamente al proceso, debiendo respetarse las garantías procesales establecidas en la Constitución. iii) La persona a la que se imputan hechos o circunstancias acreditados en un anterior proceso penal tiene expedito su derecho para cuestionar su existencia o intervención en ellos.

2.5. Prueba indiciaria

La Corte Suprema la abordó ampliamente en la Ejecutoria Suprema N° 1912-2005/Piura, del 6 de setiembre de 2005. Se puede definir la prueba indiciaria como una prueba que sirve para establecer, en el proceso penal, cómo sucedió un hecho no directamente probado, fundada en puridad en indicios concluyentes periféricos al hecho que se quiere acreditar –que están alrededor del hecho consecuencia, que es el tipo legal sancionado–, interrelacionados y no desvirtuados por otros contraindicios o coartadas. En igual sentido, se pronunció el Tribunal Constitucional (ver: STC N° 728-2008-PHC/TC), y sobre todo, la CIDH (ver SCI-DH Castillo Petruzzi, del 30 de mayo de 1999).

Esta precisión se basa en una distinción funcional, resaltada por Bentham⁽²⁸⁾ –que consideró la única significativa–, que se funda en la conexión entre las pruebas y los hechos que integran el objeto procesal –los hechos que deben ser probados–: prueba directa y prueba indirecta, indiciaria o circunstancial, según tenga que ver con “hechos principales” o con “hechos secundarios o circunstanciales”. En consecuencia, prueba circunstancial es aquella que no tiene por objeto el hecho principal, sino un hecho secundario del que puedan extraerse inferencias relativas a la hipótesis sobre el hecho principal.

Como tal, es una prueba crítica o lógica e indirecta. La razón o el fundamento del valor probatorio de los indicios radican en su aptitud para que el juez infiera lógicamente de ellos el hecho desconocido objeto del proceso penal. Este poder indicativo se fundamenta, por su parte, en la lógica apoyada en la experiencia humana y en los conocimientos técnicos o científicos especializados, según sean indicios ordinarios o técnicos.

En la actualidad, los indicios son utilizados y permiten establecer elementos de contacto entre hechos desconocidos y aquellos conocidos, siendo aceptados como plena prueba, resultando una fuente importante de conocimiento, pues el saber humano sería escasamente desarrollado si

(28) BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Bossange, Francia, 1825.

se limita a la percepción directa, al saber empírico o a la apreciación en vivo de cada cuestión. En todo caso, es claro sostener que la prueba indiciaria no es una prueba subsidiaria –en defecto de la prueba directa– o de segundo grado; no existe jerarquización entre ambos ni una prevalencia general de la prueba directa sobre la prueba indiciaria. Respecto de esta última, la solidez de la afirmación base depende del medio o medios de prueba utilizados. Esta ausencia de diferencias cualitativas desde el plano epistemológico –solo se diferencia en el mayor número de pasos o secuencias inferenciales que requiere la prueba indiciaria– autoriza a concluir que tiene entidad para alcanzar el estándar probatorio del “más allá de toda duda razonable”, siempre que la inferencia no sea tan abierta que permita tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada.

Otra distinción funcional importante, vale puntualizar, es la existente entre prueba de cargo –prueba positiva–, cuyo objeto es demostrar la verdad de un enunciado fáctico, y prueba de descargo –prueba negativa o contraprueba–, que tiende a demostrar que un enunciado fáctico es falso, que el hecho no sucedió. Esta última distinción se basa en la relación entre los medios de prueba y el hecho que tiene que ser probado.

El procedimiento judicial para valorar la prueba indiciaria se construye a partir de dos fases, que deben explicitarse –requisito formal imprescindible⁽²⁹⁾–. La motivación ha de ser suficiente, de suerte que se debe indicar el enlace entre los hechos base o indiciantes y los hechos consecuencia, así como exponer con claridad por qué se llega a una determinada conclusión, si fuera la única posible, o por qué se escoge precisamente esa, si fueran varias las posibilidades.

La prueba indiciaria no es un auténtico medio de prueba –puede ser indirecto cuando tiene que ver con aspectos circunstanciales más que con un hecho principal–, sino un modo de valoración judicial de determinados hechos o circunstancias debidamente acreditados en el proceso que, sin tener por sí carácter delictivo, pueden permitir la deducción de otros que sí lo tienen, así como la participación y responsabilidad en ellos. Con tal finalidad, se erigen en un tipo de prueba, construida por requisitos propios, de necesaria concurrencia; vale por sí misma, es una prueba en sí misma, no es de aplicación subsidiaria o supletoria⁽³⁰⁾. Para su valoración,

(29) FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*. Iustel, Madrid, 2005.

(30) ROSAS, Jorge. *Derecho Procesal Penal*. Juristas Editores, Lima, 2005

se acude a un conjunto de reglas de seguridad que permiten sostener la corrección de la conclusión judicial, que precisamente importan el cumplimiento de sus requisitos constitutivos.

El grado de apoyo de la prueba indiciaria depende, así, de dos tipos de factores: i) el grado de aceptabilidad que la prueba confiere a la afirmación de la existencia del hecho secundario, que es propia de toda prueba. ii) El grado de aceptabilidad de la inferencia que se funda en la premisa constituida por aquella afirmación, que es el problema principal de esta clase de prueba, situado en la naturaleza de la “regla de inferencia”⁽³¹⁾.

Ahora, la sentencia, en el caso de Fujimori, trató la prueba indiciaria (párrafo 658), que sirvió de base para emitir la sentencia condenatoria. Para ello se tomó en cuenta que por el tiempo transcurrido no se podía lograr una información precisa de modo directo y que, durante ese lapso, varias pruebas habían sido eliminadas. Se recogió la jurisprudencia del Tribunal Supremo argentino, la cual indica que no pueden solicitarse pruebas directas para demostrar hechos realizados en la clandestinidad por personas que tenían la intención de no dejar pruebas de ninguna clase y que se encontraban dentro de apartados organizados de poder.

En el caso Fujimori, se demostró su responsabilidad penal como autor mediato en los aparatos organizados del poder y para ello se analizaron todos los indicios encontrados: los hechos ocurridos en el periodo presidencial; la actividad directiva del SIN; la centralización de las actividades de Inteligencia; el nacimiento del Grupo Colina por disposición del SIN, la formación del grupo de análisis; la duración de las actividades de Colina; el encubrimiento y la negación de fuentes; el descrédito y la persecución a los disidentes o a quienes denunciaron estos hechos; la defensa y el respaldo a Vladimiro Montesinos y Nicolás Hermosa Ríos, hechos que fueron extremadamente notorios; la promulgación de la Ley Cantuta; la promulgación de la Ley de Amnistía; la amplitud de los vínculos de las Fuerzas Armadas. Estos indicios se conectaron entre sí y se tomó una máxima de la experiencia como premisa general. Al juntar ambos elementos, se pudo inferir que, dada la concentración del poder, Fujimori participó centralmente en la concepción de los hechos acontecidos y actos posteriores⁽³²⁾.

(31) TARUFFO, Michele, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa”. Vol. 12, N° 2, *Ius et Praxis*, Universidad de Talca (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales), 2006, pp. 95-122.

(32) ESPINOZA GOYENA, Julio César. “La actividad probatoria en procesos por violaciones de derechos humanos: el juicio contra Alberto Fujimori”. En: *Judicialización de violación de derechos humanos*.

2.6. La autoría mediata: el sustento de la responsabilidad basada en la autoría del autor detrás del autor en aparatos organizados de poder

A. La autoría mediata en la sentencia de Fujimori

En una sentencia histórica, sin precedentes en la jurisprudencia nacional y una de las más relevantes en la jurisprudencia internacional, la Sala Penal Especial, de la Corte Suprema del Perú, condenó al expresidente Alberto Fujimori, el 7 de abril de 2009, como autor mediato de crímenes contra la humanidad, por el asesinato y posterior desaparición de un profesor y nueve estudiantes de la Universidad La Cantuta; por la muerte de diecisiete personas en una quinta del distrito de Barrios Altos, en Lima; y por el secuestro de un empresario y un periodista⁽³³⁾. En la sentencia, intervinieron los señores jueces supremos César San Martín Castro, Víctor Prado Saldarriaga y Hugo Príncipe Trujillo⁽³⁴⁾.

La Primera Sala Penal Transitoria, el 30 de diciembre de 2009, decidió, por mayoría, declarar “NO HABER NULIDAD” respecto a la sentencia recurrida en el extremo del secuestro de un empresario y un periodista; y declaró, por mayoría, “NO HABER NULIDAD” en lo demás que contiene⁽³⁵⁾. En la Ejecutoria Suprema intervinieron los señores jueces supremos Duberlí Apolinar Rodríguez Tineo, Julio Enrique Biaggi Gómez, Elvia Barrios Alvarado, Roberto Barandiarán Dempwolf y José Antonio Neyra Flores.

En efecto, el expresidente Alberto Fujimori fue condenado como autor mediato en aparatos organizados de poder. En esta línea, la presente exposición se centrará en el análisis de la mencionada institución.

La teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder fue formulada en 1963⁽³⁶⁾. Esta fue utilizada en el caso de Adolf Eichman, funcionario nazi encontrado responsable del asesinato de varios miem-

Aportes sustantivos y procesales. QUINTEROS, Víctor (coordinador). IDEHPUCP, Lima, 2010, pp. 119-126.

(33) Ver Exp. N° A.V. 19-2001.

(34) Sala conformada de acuerdo con los artículos 34.4. del TUO, de la LOPJ, y 17 del CPP. Tales normas disponen la competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia para el juzgamiento de altos dignatarios del Estado. Cabe acotar que a solicitud de los integrantes del CEPJ, se determinó la dedicación exclusiva de la Sala para los juzgamientos del expresidente Alberto Fujimori.

(35) Ver RN. N° 19-01-2009-av.

(36) ROXIN, Claus. “Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito”. En: *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, Civitas, Madrid, 2000.

bro de la comunidad judía, aun cuando no participó directamente en el hecho ilícito⁽³⁷⁾. Fue aplicada por el Tribunal Supremo alemán en la sentencia del 26 de julio de 1994, en el caso de los miembros del Consejo de Seguridad Nacional de la República Democrática alemana, para evaluar la responsabilidad de los ciudadanos alemanes que intentaron escapar del país escalando el Muro⁽³⁸⁾. En Sudamérica, esta teoría fue postulada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal de Argentina, en los casos de las juntas militares argentinas de 1976 a 1983, quienes dispusieron se realicen asesinatos selectivos, desapariciones y torturas. Esta teoría se aplicó por primera vez en el caso contra Abimael Guzmán Reynoso y otros, por el asesinato de 69 pobladores de la localidad de Luamarca, ocurrido el 3 de abril de 1983. En este caso, se sentenció a Abimael Guzmán Reynoso como autor mediano de los asesinatos (Sentencia emitida por la Sala Penal Nacional, el 13 de octubre de 2006. Expediente signado con N° 560-03).

Nuestro Código Penal vigente reconoce tres formas de autoría en su artículo 23, de las cuales, la segunda corresponde a la autoría mediata. Según esta disposición, será autor: “El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo comentan conjuntamente (...)”. En este sentido, la sentencia se basó en la teoría de la autoría mediata por organización. La sentencia hace clara alusión a la tesis del profesor Roxin. La Sala Penal Especial de la Corte Suprema peruana asienta en la parte III, capítulo 2 de su sentencia, los presupuestos materiales para determinar la autoría mediata en aparatos organizados de poder por dominio de la voluntad⁽³⁹⁾.

Ahora, la Corte establece dos características de la organización. La primera característica es la asignación de roles que designaría la relación entre el nivel estratégico y el ejecutor, y que aluden a una división del trabajo o distribución de funciones. La segunda característica es el desarrollo de una vida funcional, que es independiente a la de sus integrantes, cuyo fundamento no radica en un estado de ánimo especial del nivel superior estratégico, sino en el mecanismo funcional del aparato, esto es, su automatismo o desarrollo de un proceso o funcionamiento por sí solo. Producto de esto, el hombre de atrás podrá confiar siempre en que su orden

(37) Ídem.

(38) DONNA, Edgardo. *Teoría del delito y la pena*. Astrea, Buenos Aires, 2001.

(39) Véase: <http://www.nifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20091207_04.pdf> Consultado el 15 de mayo de 2015.

o designio criminal se va a cumplir sin necesidad de que tenga que conocer al ejecutor inmediato, este funcionamiento automático del aparato sería aquello que realmente garantice el cumplimiento de la orden⁽⁴⁰⁾.

La autoría mediata por organización requiere de la presencia de presupuestos y requisitos funcionales: i) el poder de mando; ii) la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico; iii) la fungibilidad del ejecutor inmediato; y, iv) la elevada disposición del ejecutor hacia el hecho.

Estos requisitos son clasificados en dos niveles: uno objetivo y otro subjetivo. El primero comprende al poder de mando y la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico. El poder de mando resulta trascendental para materializar el dominio de la organización, mientras que la desvinculación del derecho le dará mayor solidez a este dominio. Basado en esta característica, la sentencia califica a ambos como el soporte básico que permitirá al nivel estratégico superior (autor mediato), edificar y consolidar su dominio sobre la totalidad de la estructura criminal. Por otra parte, el nivel subjetivo comprende a la fungibilidad del ejecutor directo y su elevada disponibilidad a la realización del hecho. Estos elementos permitirían inferir que la actuación del ejecutor directo dependerá finalmente de su propia voluntad a la realización del hecho. En cambio, la no ejecución por este del evento criminal, conllevará a su fungibilidad o sustitución por otra persona interpuesta, que tenga una mayor predisposición a la realización del hecho típico.

- a. El primer elemento objetivo, poder de mando, es una condición fundamental para que se pueda imputar responsabilidad penal a un sujeto a título de autor mediato por dominio de la voluntad, en virtud de un aparato organizado de poder⁽⁴¹⁾. Es la capacidad del nivel estratégico superior del hombre de atrás de impartir órdenes o asignar roles a aquella parte de la organización que le está subordinada. Esta capacidad la adquiere o le puede ser conferida en atención a una posición de autoridad, liderazgo o ascendencia derivada de factores políticos, ideológicos, sociales, religiosos, culturales, económicos o de índole similar. El poder de mando del autor mediato se manifiesta ejercitando órdenes, de modo expreso o implícito, las cuales serán cumplidas debi-

(40) ver Exp. N° A.V.19-2001

(41) Véase: <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20091207_04.pdf>. Consultado el 15 de mayo de 2015.

do a la automaticidad que otorga la propia constitución funcional del aparato, es decir, sin que sea necesario que quien ordena deba, además o alternativamente, recurrir a la coacción o al engaño de los potenciales ejecutores. Roxin admite la participación en los delitos cometidos a través de aparatos organizados de poder, afirmando que para que esta se cumpla, la entidad de la contribución debe ser de tal medida, que no estimule por sí misma la puesta en marcha del aparato organizado de poder⁽⁴²⁾.

- b. El segundo elemento objetivo es el apartamiento del derecho. La admisión de la autoría mediata del nivel estratégico superior quedará condicionada a que las órdenes de este estamento sean dictadas en el marco de una organización que opera al margen del ordenamiento jurídico del Estado de derecho. La desvinculación del ordenamiento jurídico en la criminalidad estatal puede darse de dos maneras: primero, cuando el nivel superior estratégico del Estado decide apartarse por completo del derecho y crear un sistema normativo totalmente diferente que no es reconocido ni aceptado por el derecho internacional, en tanto expresa o encubre la comisión de delitos graves. Segundo, cuando el nivel superior estratégico del poder estatal se aleja paulatinamente del ordenamiento jurídico; inicialmente solo para la realización de determinados hechos punibles, pero luego, con actos sistemáticos cada vez más frecuentes, así como a través de acciones tendientes a anular, desnaturalizar o sustituir distorsionadamente los diferentes ámbitos y competencias que configuran los estamentos oficiales, legales y de control del Estado⁽⁴³⁾. Esta modalidad resulta ser la más grave porque se cubre de una aparente legitimidad; sin embargo, subrepticamente intenta crear un sistema normativo alterno al legalmente vigente, aprovechando, justamente, sus formas y estructuras para la comisión de delitos graves. La sentencia indica, pues, que el caso Fujimori se trataría de un gobierno *de facto* por razón de su ejercicio, es decir, de aquellos que fueron instituidos con las formalidades estipuladas

(42) ROXIN, Claus. Ob. cit.

(43) Véase: <<http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a33fa7804e3b3c7482268aa826aedadc/13.+Doctrina+Nacional+-+Ra%C3%BA1+Pariona+Arana.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a-33fa7804e3b3c7482268aa826aedadc>>

en la Constitución, pero que luego se expresan, manifestando y conduciendo fuera de ella o contra lo previsto por ella.

- c. La fungibilidad constituye un presupuesto de carácter subjetivo que sirve a la imputación de una autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Se menciona que la fungibilidad ha sido entendida, generalmente, como la característica del ejecutor de poder ser intercambiado o sustituido por el nivel estratégico superior en la operativización y realización de su designio delictuoso⁽⁴⁴⁾.
- d. Finalmente, la elevada disposición al hecho, que constituye un presupuesto subjetivo. El hombre de atrás tendría el dominio del evento criminal, es decir, que estaría seguro de que sus órdenes se van a cumplir porque los ejecutores directos de los crímenes serían personas que están predispuestas a cometer el hecho criminal. Es decir, los ejecutores directos serían personas con una cierta tendencia a la comisión de crímenes⁽⁴⁵⁾.

B. Rechazo de la tesis de coautoría e inducción

Aunque renombrados autores sostengan la tesis de que el sujeto de atrás no debe ser autor mediato sino coautor, puede verificarse lo siguiente: no se presenta ninguno de los presupuestos necesarios para admitir una coautoría entre el que da la orden en la central de un aparato de poder y el ejecutor *in sito*; por ejemplo: en el caso de los asesinatos en los campos de concentración o el de los tiradores del muro. No hay una

(44) Cfr. PARIONA ARANA, Raúl. "El posicionamiento de la teoría de la autoría mediata por organización en la jurisprudencia peruana". En: <<http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a33fa7804e3b3c7482268aa826aedadc/13.+Doctrina+Nacional+-+Ra%C3%BA1+Pariona+Arana.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a-33fa7804e3b3c7482268aa826aedadc>>. La sentencia admite erróneamente la fungibilidad como presupuesto de la autoría mediata por organización, la sentencia asigna función fundamental, lo que implicaría, a su vez, que su ausencia provocara que no se configure esta forma de autoría, es decir, si en el caso concreto se comprueba que los ejecutores no eran reemplazables, entonces no se configurará una autoría mediata. La jurisprudencia internacional demuestra que existen constelaciones de crímenes mediante aparatos de poder donde no hubo fungibilidad.

(45) Cfr. PARIONA ARANA, Raúl. "El posicionamiento de la teoría de la autoría mediata por organización en la jurisprudencia peruana". En: <<http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a33fa7804e3b3c7482268aa826aedadc/13.+Doctrina+Nacional+-+Ra%C3%BA1+Pariona+Arana.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a-33fa7804e3b3c7482268aa826aedadc>>. No puede ser tratado como presupuesto porque existen muchos casos donde no se presenta la disposición del hecho criminal. Ejemplo: en los crímenes del nacional-socialismo, en Alemania, existían muchos soldados alemanes que no estaban de acuerdo con las políticas criminales de asesinar seres humanos en masa; sin embargo, cumplían las órdenes para no ser objeto de represalias.

resolución conjunta a cometer el hecho, el cumplimiento de una orden es lo contrario a una resolución conjunta de común acuerdo entre los coautores; la identificación en el objetivo común que invoca otro no es suficiente para ello, y es que si acaso pudiera siquiera hablarse de ello frente a la motivación de un ejecutor que puede ser totalmente diferente, tal identificación puede presentarse por igual en la relación entre el inductor o cómplice con el autor, y también el hecho de que tal como argumenta Jeschek, la conciencia de que los hechos van a ser cometidos siguiendo las instrucciones de dirección solo puede transmitir la idea de que se tenga que cumplir con una orden y no fundamenta una resolución conjunta.

La coautoría se basa en una obligación recíproca y no en una vinculación unilateral por parte del que ha recibido la instrucción. No existe una posición de igual razón en la resolución conjunta, lo cual es característico en la coautoría, esta tiene una estructura horizontal, allí donde se presenta una clara estructura vertical como ocurre en la jerarquía de los aparatos organizados de poder, solo puede entrar en consideración una autoría mediata. Por lo demás, quien imparte las órdenes y el ejecutor, por regla general, ni siquiera se conocen y tampoco existe la posibilidad de que se conozcan, lo que hace que una resolución conjunta resulta mera ficción, pero también falta la ejecución conjunta del hecho y es que aquel que imparte la orden no participa para nada en la ejecución, ni siquiera mediante una contribución al hecho en la etapa de los actos preparatorios, esto no puede ser suficiente para admitir una comisión conjunta ni siquiera según aquella postura que no limita la coautoría a contribuciones al hecho en la etapa de la ejecución.

La coautoría consiste en una cooperación con división de trabajo mediante participaciones en el hecho vinculadas entre sí, y aquí ya no puede hablarse de esto, porque el sujeto que tiene la palanca del poder no se ensucia las manos y quiere que otros hagan el trabajo. En el dominio de la organización tampoco puede presentarse una vinculación recíproca de cómplices que cooperan con igual rango, algo que es característica de la coautoría.

Antes que admitir la coautoría, es más razonable admitir la inducción. Ella por lo menos coincide con el hecho de que el inductor pone en marcha el hecho y motiva al autor inmediato a ejecutarlo. Motivan, no como autores, sino como inductores los delitos que ordenaron; no obstante, esta suposición contradice la importancia de las órdenes y de la ejecución, conforme a ellas en el marco de aparatos de poder que operan al

margen del derecho. Un inductor no está en el centro de la decisión, él hace surgir la resolución al hecho, pero tiene que dejar el desarrollo ulterior de los acontecimientos en manos del inducido, quien es el único que tiene el dominio del hecho que determina estos acontecimientos. En el dominio de la organización se produce exactamente lo contrario, el sujeto de atrás, que tiene en sus manos la palanca de poder, decide sobre el “sí del hecho”; mientras que el ejecutor inmediato, mayormente solo por casualidad, entra en la situación concreta; él no puede cambiar nada esencial del curso de los acontecimientos, delineado de antemano. Por regla general, tampoco la desobediencia de la orden ayudaría a la víctima, porque las bases organizativas suelen prever que la orden sea cumplirá, de cualquier forma, cuando se presentaran esas situaciones.

El sujeto de atrás tiene un poder de hecho mucho mayor y el dominio configurador, tal como había sido reconocido por el Tribunal Regional de Jerusalén, en el caso Aisman, al afirmar que quien da la orden, al estar situado en la palanca del poder, tendría la responsabilidad principal por los hechos ocurridos. La medida de responsabilidad más bien aumenta cuanto más alejado este de él, que cuando con sus manos hace funcionar el arma asesina y más se acerque uno a los puestos superiores de la cadena de mando.

Se desconocen por completo las resoluciones de dominio cuando se tiene al individuo por autor principal y se juzga a los organizadores de crímenes masivos como figuras marginales sin dominio alguno. La inducción y el dominio de la organización son formas delictivas de cualidad totalmente diferentes. Algunos dictadores, con ayuda del aparato a su disposición, pudieron desencadenar un potencial destructivo y violador del derecho, que de lejos no puede compararse con el poder que pueda tener un inductor normal y corriente: si se colocara al mismo nivel el poder de dominio de estos con el de un inductor, se verían diferencias objetivas enormes; esto lo demuestra, incluso, el uso idiomático en que se habla de la manera más normal de autor de escritorio y no inductor de escritorio⁽⁴⁶⁾.

VI. LA CALIFICACIÓN DE DELITO DE LESA HUMANIDAD

El derecho internacional de los derechos humanos es concebido como un sistema de garantías para reducir la violencia del Estado respecto de

(46) Conferencia de Roxin. En: <<http://www.youtube.com/watch?v=DLPnGzhQf1I>>.

sus miembros. Cabe precisar que los crímenes de lesa humanidad, por lo reiterado y sistemático de la práctica, y los delitos contra los derechos humanos, puesto que constituyen violaciones graves que se producen en el ejercicio abusivo del poder del Estado, se configuran como infracciones internacionales de graves formas⁽⁴⁷⁾. Son concebidos como delitos que tutelan un bien jurídico institucional que protege a las garantías constitucionales –o, más amplias, a las garantías convencionales– en sí mismas, es decir, la intangibilidad de los derechos humanos frente al Estado. En estos delitos no se lesiona solo a la víctima individual en sus derechos fundamentales, sino a la humanidad en su conjunto⁽⁴⁸⁾.

Ahora bien, son crímenes contra la humanidad los cometidos de forma generalizada y sistemática contra la población civil, por disposición o con intervención directa o indirecta de una autoridad estatal o que se realizan por su actitud tolerante. La experiencia internacional muestra que la comisión de delitos contra la humanidad ha sido una expresión frecuente de la criminalidad de Estado. En efecto, la norma internacional consuetudinaria exige que los atentados se produzcan en el curso de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o una parte de ella, todos cuales están debidamente predeterminados por las normas internacionales. La concurrencia de las circunstancias, a su vez, justifica su perseguibilidad internacional, la improcedencia de la prescripción y la necesidad imperativa de su castigo, con exclusión de las disposiciones de amnistía y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad. Podrá decirse, entonces, que se trata de delitos de asesinato y lesiones graves, que por sus características constituyen internacionalmente, en el momento de su persecución, crímenes contra la humanidad, y que por ello permiten la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas por el Derecho Internacional Penal.

Este derecho, el Derecho Internacional Penal, frente a la gravedad de los delitos que prevé y las características de sus autores y partícipes, es menos garantista, flexibiliza las reglas de imputación y relativiza las garantías político criminal, sustantivas y procesales. Empero, es de apuntar que se trata de una cierta reducción –mayor o menor– del sistema *status*

(47) MONTTOYA, Yván. “El derecho internacional y los delitos”. En: *Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos* Macedo. MACEDO, Francisco (coordinador), IDEHPUCP, Lima, 2007, pp. 37-60.

(48) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte especial*. Lima, Grijley, 2014.

civitatis, pero no una exclusión del *status personae*, por lo que la mentada “enemistad” no es, pues absoluta.

En esta línea, se define el delito contra la humanidad como todo atentado contra bienes jurídicos individuales fundamentales (vida, integridad física y salud, libertad, entre otros) cometidos tanto en tiempo de paz como de guerra, como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político de *iure* o de facto.

El asesinato siempre fue considerado como una forma de delito contra la humanidad. El inciso 1), del artículo 7, del Estatuto de la Corte Penal Internacional, destaca lo siguiente: “A efectos del presente estatuto, se entenderá por crímenes de lesa humanidad cualquiera de los actos siguientes, cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”. El término asesinato parte de dos consideraciones necesarias. La primera, que no puede identificarse este término con el artículo 108 del CP, sino con el hecho de dar muerte o causar la muerte; y, la segunda, en virtud del reconocimiento del principio de culpabilidad individual, que la conducta, comitiva u omisiva, debe ser dolosa, dolo que debe extenderse a todos los elementos del delito, básicamente saber que la muerte se incardina en un ataque generalizado o sistemático dirigido contra la población civil.

La jurisprudencia internacional, entiende que el crimen contra la humanidad es de naturaleza especial, con un grado de mayor inmoralidad en su conducta frente a delitos comunes; requiere que se verifique:

- a. Aspecto objetivo o material, los requisitos exigidos por los instrumentos y tribunales internacionales se han referido siempre a: a) la condición del autor corresponde a un órgano de poder estatal (órgano de poder estatal o de una organización delictiva que asume control de facto de un territorio); b) la naturaleza de la infracción se materializa en actos organizados y sistemáticos (actos organizados, y generalizados o sistemáticos); c) la oportunidad de ejecución del ilícito (situación de conflicto interno o externo); d) calidad y situación de las víctimas (población civil e indefensión).
- b. El aspecto subjetivo. Que el agente o sujeto activo conozca el contexto amplio y general en que el acto ocurre; así como que la conducta eso será parte de un ataque generalizado sistemático en contra de la población civil en desarrollo de un plan o política. Es claro que el Derecho Internacional consuetudinario

no había reconocido nunca como crimen contra la humanidad cualquier comisión de un acto inhumano aislado; el acto debía ser parte de una campaña mayor de atrocidades cometidas contra civiles. En coherencia con ello se ha caracterizado al asesinato como delito contra la humanidad. No hay obstáculo para incorporar a estas consideraciones las lesiones graves, no solo porque en el caso Barrios Altos formaron parte de un mismo ataque que apunta a aniquilar a presuntos terroristas, sino porque el resultado era coherente con ese objetivo o misión.

En la jurisprudencia penal internacional el carácter sistemático de los ataques a la población civil se verifica mediante los siguientes indicadores: i) la existencia de un objetivo político o de un plan de conformidad, con el cual el ataque es cometido; o de una ideología diseñada para destruir, perseguir o debilitar a un sector de la comunidad. ii) La perpetración de un acto criminal a gran escala, contra un grupo de civiles o la reiterada y continua comisión de actos inhumanos que están vinculados entre sí. iii) La preparación de los actos con empleo significativo de recursos públicos o fiscales, sean militares o de otro tipo. iv) La vinculación de autoridades políticas y/o militares de alto nivel en la definición y el establecimiento del plan o diseño metodológico.

A partir de lo expuesto, resulta evidente que los actos de asesinato y lesiones graves, objeto de juzgamiento, trascienden su ámbito estrictamente individual o común al adecuarse, plenamente, a los presupuestos que identifican a los delitos contra la humanidad. Es claro que los delitos de lesa humanidad gozan de consenso en el ámbito doctrinario. Con este se alude a los atentados contra los bienes jurídicos individuales fundamentales, cometidos como parte de un ataque generalmente sistemático, realizado con la participación o tolerancia del poder político de *iure* o de facto⁽⁴⁹⁾. En esta línea, no cabe duda de que los asesinatos y lesiones graves de Barrios Altos y La Cantuta son también delitos contra la humanidad. Fundamentalmente, porque ellos se cometieron en el marco de una política estatal de eliminación selectiva, pero sistemática, de presupuestos integrantes de grupos subversivos. Esta política fue diseñada, planificada y controlada por los más altos niveles de poder del Estado y ejecutada por agentes públicos que se sirvieron del aparato castrense para hacerlo; ade-

(49) MEINI MÉNDEZ, Iván Favio. “Los delitos contra la humanidad en el ordenamiento legal peruano”. En: *Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), Lima, 2007, p. 112.

más, conforme con sus objetivos, afectó a un número importante de personas indefensas de la población civil.

Está probado que fue una decisión de Estado, ordenada o aprobada por el jefe de Estado, ejecutada por los organismos de inteligencia militar dirigidos por el SIN, y que contó con el apoyo oficial concebible, cuya finalidad era la desaparición forzada y/o ejecución arbitraria o extrajudicial de presuntos subversivos.

■ BIBLIOGRAFÍA

- ABRÃO, Paulo y TARSO, Genro. “Memória Histórica, Justicia de Transição e Democracia semFim”. En: *Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro*, estudios sobre Brasil, Guatemala, Mocambique, Peru e Portugal. Anistia, Coimbras, 2010.
- BANALOCHE, Julio y Zarzalejos, Jesús. *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Penal*. La Ley, Madrid, 2010.
- BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Bossange, Francia, 1825.
- DONNA, Edgardo. *Teoría del delito y la pena*. Astrea, Buenos Aires, 2001.
- ESPINOZA GOYENA, Julio César. “La actividad probatoria en procesos por violaciones de derecho humanos: el juicio contra Alberto Fujimori”. En: QUINTEROS, Víctor (coordinador). *Judicialización de violación de derechos humanos. Aportes sustantivos y procesales*. IDEHPUCP, Lima, 2010.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. *Prueba y presunción de inocencia*. Iustel, Madrid, 2005.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Colex, Majadahonda Madrid, 2007.
- HUERTA, Luis. “Notas introductorias sobre la relación entre el derecho constitucional y el derecho penal, a propósito de los procesos de judicialización de violaciones de derecho humanos”. En: QUINTEROS, Víctor (coordinador). *Judicialización de violación de derechos humanos. Aportes sustantivos y procesales*. IDEHPUCP, Lima, 2010.
- LERNER FEBRES, Salomón. “El informe final de la comisión de la verdad y la reconciliación en la sentencia”. En: *La transcendencia del juicio y la sentencia de Alberto Fujimori: una mirada nacional e internacional*. Instituto de Defensa Legal, Lima, 2011.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. “La actividad probatoria en el desalojo”. En: *La prueba en el proceso civil*. Diálogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica, Lima, 2010.
- MÉNDEZ, Juan. “La trascendencia del juicio a Fujimori para la lucha contra la impunidad en el Perú y el mundo”. En: *La transcendencia del juicio*

- y la sentencia de Alberto Fujimori: una mirada nacional e internacional. Instituto de defensa legal, Lima, 2011.
- MONTROYA, Yván. “El derecho internacional y los delitos”. En: MACEDO, Francisco (coordinador). *Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos*. IDEHPUCP, Lima, 2007.
 - ORTIZ, Gisela. “Lecciones de una larga lucha que llevó a la sentencia”. En: *La transcendencia del juicio y la sentencia de Alberto Fujimori: una mirada nacional e internacional*. Instituto de Defensa Legal, Lima, 2011.
 - PEDRAZA, Wilfredo. “La imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad y otras violaciones de derechos humanos”. En: *Los caminos de la justicia penal y los derechos humanos*. MACEDO, Francisco (coordinador). IDEHPUCP, Lima, 2007.
 - QUINTEROS, Víctor Manuel. *Temas de Derecho Penal y violación de derechos humanos*. IDEHPUCP, Lima, 2012.
 - QUIROZ, Alfonso. *Historia de la corrupción en el Perú*. 2ª edición, Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2013.
 - ROXIN, Claus. “Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito”. En: *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, Civitas, Madrid, 2000.
 - REÁTEGUI, Félix. “Comisiones de la Verdad y justicia transicional”. En: *Judicialización de violaciones de derechos humanos. Aportes sustantivos y procesales*. QUINTEROS, Víctor (coordinador), IDEHPUCP, Lima, 2010.
 - SALMÓN, Elizabeth. *La condena de Alberto Fujimori y el Derecho internacional de los derechos humanos*. Instituto de Estudio Constitucionales, Colombia, 2014.
 - SALMÓN, Elizabeth. *El Derecho Internacional Humanitario y su relación con el Derecho Interno de los Estados*. Palestra Editores, Lima, 2007.
 - ROSAS, Jorge. *Derecho Procesal Penal*. Juristas Editores, Lima, 2005
 - VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte especial*. Grijley, Lima, 2014.
 - UPRIMMY, Rodrigo & SAFFON, María. *Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia. Anuario de Derechos humanos*. 2008. Recuperado de <<http://www.anuariocdh.uchile.cl>>.

Capítulo II

DERECHO PENAL: PARTE GENERAL Y PARTE ESPECIAL

Garantía jurisdiccional

I. INTRODUCCIÓN

El Código Penal de 1991, como se sabe, al introducir un Título Preliminar, lo hizo en el entendido de instituir normas de directo desarrollo constitucional –que la exposición de motivos calificó de “principios garantistas”–, con una clara vocación expansiva hacia toda la legislación penal (art. X del TP del CP), y que deben guiar la labor del legislador y del órgano jurisdiccional, así como de la doctrina científica⁽¹⁾.

Una de las garantías básicas del ordenamiento punitivo es la denominada “garantía jurisdiccional”, cuya sanción suprema, pocos años después, tuvo lugar en el artículo 139.10 de la Constitución Política de 1993. El contenido de dicha garantía abarca todo el ámbito de la respuesta punitiva

(1) Se trata, en buena cuenta, como apunta VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando de “verdades fundantes” o de “principios generales del Derecho Penal”, que vista su positivización están dotados de obligatoria e imperativa observancia para el intérprete y para el juez, más aún si –decimos nosotros– ostentan rango constitucional por derivar directamente de la Ley Fundamental. Señala el autor que las normas que lo integran son, en buena cuenta, axiomas fundamentales que permiten orientar y encauzar el derecho represivo por senderos de justicia y seguridad jurídicas, posibilitan la construcción de un cuerpo de doctrina con un elevado grado de racionalización y sistematización teórica y práctica, y sirven tanto para crear el derecho cuanto para interpretarlo o integrarlo con un alto grado de objetividad. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal. Parte general*. 3ª edición, Temis, Bogotá, 1997, p. 256 y ss.

En igual sentido, Raúl Peña Cabrera califica –siguiendo el esquema colombiano– de “normas rectoras” –compiladoras de los grandes principios del Derecho Penal contemporáneo y equivalentes a la Constitución de la política criminal del Estado– a las incluidas en el Título Preliminar, las cuales, al sustentar el sentido, finalidad y legitimidad de la legislación penal, cumplen una doble función: la primera, por su carácter vinculante al juez y al intérprete, son de obligatorio cumplimiento; y, la segunda, fija la construcción dogmática del delito, al determinar los “límites intraspasables” del sistema represor. PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. 3ª edición, Grijley, Lima, 1999, p. 8 y ss.

del Estado. La garantía jurisdiccional –ahora norma procesal constitucionalizada–, incorpora el principio de necesidad del proceso penal, que se traduce en la expresión latina: *nemo damnetur nisi per legale indicio*. Estatuye la Constitución: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 10. El principio de no ser penado sin proceso judicial”. Como es evidente: 1) la pena o, más ampliamente, la sanción penal [el sistema bipartido impuesto por el Código Penal, conforme al artículo IX del Título Preliminar y numerales 28 y 71, exige tal configuración], requiere; 2) de una sentencia, que es la culminación; 3) del proceso declarativo de condena.

La regla ordinaria –el artículo V del Título Preliminar del Código Penal–, a su vez, agrega, primero, la exigencia de juez competente y, segundo, la necesidad de una ley que regule el proceso penal orientado a esclarecer la comisión de un hecho punible y, en su caso, decidir si debe punirse a una persona por la comisión de una infracción punible.

Es particularmente importante precisar, como lo hemos hecho, la fuente constitucional, pues desde ya en nuestro ordenamiento jurídico, por lo menos formalmente, y creo esencialmente, la garantía jurisdiccional no puede deducirse del principio de legalidad penal, anclado como Derecho Constitucional de carácter material de la persona en el artículo 2.24.d) de la Ley Fundamental, en tanto que, como apunta Bramont-Arias Torres, tal principio solo permite sostener que la principal fuente del Derecho Penal es la ley –principio de reserva de ley–, la cual debe cumplir tres requisitos: debe ser escrita, previa y estricta⁽²⁾.

En efecto, un sector de la doctrina española, incluso la jurisprudencia constitucional, del dato cierto que en la Constitución de ese país no existe una norma como la nacional, ha considerado pertinente deducirla del principio de legalidad, concepto extensivo que incluso ha sido utilizado para incorporar otra noción distinta como es el *ne bis in idem material*⁽³⁾, que en nuestra Ley Fundamental igualmente tiene norma expresa, como es el artículo 139.13.

Señala a este respecto Mir Puig, sin mayores referencias, que el principio de legalidad, en cuanto exigencia de seguridad jurídica y garantía política, comprende cuatro aspectos: garantía criminal, garantía penal,

(2) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal. Parte general*, 2ª edición, Eddili, Lima, 2002, p. 82.

(3) GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El poder punitivo en el Estado Democrático*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, p. 76 y ss.

garantía jurisdiccional o judicial y garantía de ejecución⁽⁴⁾. En igual sentido se pronuncia Gómez Colomer, siguiendo a Vives Antón; acota el primer autor que: “la evolución moderna de este principio demuestra que bajo su expresión amplia o general se esconde a su vez cuatro subprincipios o garantías básicas de gran trascendencia: garantía criminal, garantía penal, garantía jurisdiccional y garantía en la ejecución”⁽⁵⁾.

Responde, con razón, Luzón Peña que aunque a la garantía jurisdiccional se le suele considerar una última derivación del principio de legalidad, lo cierto es que es una garantía autónoma, derivada del Estado de Derecho y de sus principios de división de poderes, seguridad jurídica y tutela judicial de los derechos de los ciudadanos, y que naturalmente existe también en sistemas penales de Estados de Derecho, pero no regidos por el principio de legalidad penal, como en los sistemas angloamericanos⁽⁶⁾.

Desde esta perspectiva no creo que sea correcto sostener, como lo hace Villa Stein⁽⁷⁾, que el principio de legalidad se materializa cuando en el plano procesal solo se acepta que las penas o medidas de seguridad sean impuestas por jueces conforme a ley. La exigencia del juicio previo y que sean jueces legales quienes declaren la culpabilidad o, en su caso, la peligrosidad de una persona y, sobre esa base, impongan la sanción penal pertinente, es independiente de la concreta estructura legal material, de los principios o reglas sobre las que ella se desarrolla. Sustancialmente los criterios normativos que sirven al juez para decidir un conflicto jurídico no determinan quién juzga y cómo debe hacerlo, solo le dicen al juez en el marco de un proceso –que es el contenido unívocamente aceptado de una norma típicamente procesal– que para sancionar penalmente a una persona debe tomar en cuenta determinados parámetros jurídicos, de Derecho material.

Evidentemente en la base de esta discusión subyacen las diferencias entre norma material y norma procesal, así como las relaciones entre Derecho Penal material y Derecho Procesal Penal. Sin duda alguna el analizado artículo V del Título Preliminar del Código Penal es una norma

(4) MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. 3ª edición, PPU, Barcelona, 1990, p. 84. Estas dos últimas garantías, se expresarían normativamente en los artículos V y VI del Título Preliminar del Código Penal.

(5) GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *Constitución y Proceso Penal*. Tecnos, Madrid, 1996, pp. 66 y 68.

(6) LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Universitas, Madrid, 1995, p. 135.

(7) VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte general*. San Marcos, Lima, 1998, p. 105.

procesal y, como tal, pertenece al ámbito del Derecho Procesal Penal. Su ubicación, por tanto, si se quiere ser estricto, no debe estar en el Código Penal, sino en el Código Procesal Penal, para el que cuenta con norma constitucional expresa.

Desde el punto de vista de su contenido, siguiendo a Cordón Moreno, las normas procesales son aquellas destinadas a la protección jurisdiccional de los derechos, afectando a los órganos y sujetos del proceso, actos, relaciones y situaciones procesales, requisitos y efectos que se observan dentro de aquel por el juez y por las partes para proceder; mientras que las normas materiales son aquellas que regulan los derechos subjetivos, intereses y situaciones tuteladas por el derecho objetivo, relaciones que con ellos se constituyen, su ejercicio extraprocesal, sujetos y objetos de las mismas⁽⁸⁾. No cabe duda que si la norma en comento estatuye que la sanción penal es impuesta por el juez y en la forma prevista por la ley, define un ámbito de actuación judicial y reconoce derechos a los ciudadanos, le dice quién y cómo debe sancionarse –según la ley– a una persona. No identifica una conducta, tampoco prevé una sanción, menos fija reglas para la punibilidad, ni se refiere al complejo del hecho típico.

A su vez, en palabras de Roxin, el Derecho Penal establece los elementos de la acción punible y amenaza con las consecuencias jurídicas (penas y medidas) que están conectadas a la comisión del hecho; y, el Derecho Procesal Penal representa la síntesis del conjunto de las normas que sirven a la regulación jurídica de un procedimiento, con cuyo auxilio pueda ser averiguada la existencia de una acción punible y, en su caso, pueda ser determinada e impuesta la sanción prevista en la ley⁽⁹⁾. Así las cosas, el proceso penal se erige en un instrumento esencial de la efectividad del Derecho Penal y, paralelamente, el fuerte interés público que ello conlleva determina un conjunto de exigencias que es del caso desarrollar⁽¹⁰⁾

(8) CORDÓN MORENO, Faustino. *Introducción al Derecho Procesal*. Eunsa, Pamplona, 1995, p. 20 y ss.

(9) ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 1 y ss. En esta misma concepción, Hans-Heinrich Jescheck apunta que el Derecho Procesal Penal sirve a la realización del Derecho Penal material, determina las fronteras de las competencias jurisdiccionales de los órganos de persecución penal y se dirige, mediante una resolución firme, a la restauración de la paz jurídica perturbada; además previene que a causa de su relación con el delito, muchas instituciones no han sido adecuadamente calificadas como procesales, y su regulación –incluso por razones históricas– se abordó en el Código Penal. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Traducción de la 5ª edición alemana de Olmedo Cardenete. Comares. Granada, 2002, p. 18.

(10) Parcialmente conforme, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Derecho Procesal. Introducción*. 2ª edición, Ceura, Madrid, 2001, p. 29.

y que, parcialmente, reconoce el citado artículo V del Título Preliminar del Código Penal.

II. CONTENIDO

1. Ámbito general

La “garantía jurisdiccional” está dotada de un contenido muy preciso. Siguiendo a Gimeno Sendra; es decir, que el artículo V del Título Preliminar del Código Penal, muy parecido por cierto al artículo 1 de la Ley criminal española, contempla tres derechos que le han de asistir a todo procesado imputado: a) en primer lugar, el derecho a la legalidad procesal o a ser juzgado de conformidad con las disposiciones de la Ley procesal penal; b) en segundo lugar, el derecho a ser exclusivamente condenado mediante sentencia [imposición de sanciones penales, lo que se concuerda en sede nacional con los artículos 394 y 399 del Código Procesal Penal de 2004]; y c) el derecho al juez legal o a que dicha sentencia sea dictada por juez competente o predeterminado por la ley⁽¹¹⁾.

2. Legalidad procesal

La legalidad procesal significa que todo ciudadano tiene el derecho, cuando se le impute la comisión de una infracción punible, de ser juzgado de conformidad con el procedimiento penal judicial adecuado y previsto en la ley.

A diferencia de otros derechos materiales, como recuerda Armenta Deu, el Derecho Penal solo puede aplicarse jurisdiccionalmente, esto es, por jueces y tribunales o cortes a través de un proceso: *nulla poena, sine praevia processo*⁽¹²⁾. La fuente normativa del proceso penal es la ley. Al respecto, la exigencia de legalidad o de norma con rango de ley que regule la potestad jurisdiccional está reconocida, a un nivel genérico, por el artículo 138, I párrafo constitucional [la potestad jurisdiccional “(...) se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”]. Más específicamente o en ámbitos más concretos, varias normas constitucionales se pronuncian sobre el particular exigiendo ley expresa: a) el II párrafo del artículo 139.3 de la Ley Fundamental, consagra la exigencia de que no se puede desviar a una perso-

(11) GIMENO SENDRA, Vicente. *Los procesos penales*. Tomo I, Bosch, Barcelona, 2000, p. 17.

(12) ARMENTA DEU, Carmen. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 31.

na de la jurisdicción predeterminada por la ley y, principalmente, que el procedimiento debe ser el establecido por la ley; b) el artículo 139.4 constitucional establece que las excepciones a la publicidad del proceso se establece por ley, así como el artículo 139.16 de la Norma Suprema hace lo propio respecto a la gratuidad de la justicia; c) el artículo 141 de la Constitución fija la competencia impugnatoria de la Corte Suprema de Justicia, pero a su vez dispone que su concreta regulación se hace por ley; y, d) la limitación de los derechos fundamentales, que en buena cuenta se lleva a cabo con profunda intensidad en el proceso penal, requiere ley expresa que establezca esa posibilidad y desarrolle el procedimiento y garantías de su imposición, tal como se precisa taxativamente en los siguientes artículos de la Constitución: 2.5, II Párrafo; 2.10; 2.24, b); y, 2.24, g).

El principio constitucional de legalidad procesal expresa, en consecuencia, de un lado, que el procedimiento a través del cual se juzgue a una persona debe estar previsto en la ley, y de otro lado, que la jurisdicción debe estar predeterminada por la ley.

Las normas procesales deben tener rango de ley. Así lo establece la Constitución. Es el Congreso quien debe regular la conducta de los jueces y de los demás participantes procesales, reconocer derechos, imponer cargas y, además, limitar derechos fundamentales en aras del fin de esclarecimiento.

Enseña, al respecto, Maier: 1) que la ley es la única fuente del Derecho Procesal Penal, en tanto que con ello tal principio se refiera al sistema general de creación de normas procesales penales y no, como en materia penal sustantiva, un límite tajante, para el caso, del poder penal del Estado; 2) que la Constitución obliga a que la pena se aplique después de un proceso previo, conforme a las garantías que ella misma exige, y que ese procedimiento debe ser regulado por ley formal, emanada de los órganos legislativos competentes: una ley debe regular los actos procesales a cumplir, previos a la condena y a su ejecución, y las facultades de quienes intervienen en ellos; 3) que de la noción “ley” están excluidos los reglamentos del Poder Ejecutivo, los reglamentos judiciales y, en general, todo cuerpo de reglas jurídicas subalternas; y, 4) que los reglamentos – en estricto sentido, los emanados de los órganos de gobierno del sistema de justicia, pues los del Poder Ejecutivo no pueden invadir lo judicial por no estar vinculados a su actividad específica– no pueden ser considerados fuentes del Derecho Procesal Penal, aun cuando modernamente están adquiriendo gran importancia en materia procesal, dado que limitan

su influencia a ámbitos concretos, básicamente orgánicos, pero en todo caso su obligatoriedad está en su racionalidad y no por su fuerza vinculante *per se*; además, esos cuerpos normativos no pueden derogar la ley procesal ni establecer condiciones distintas para sus actos, ni cercenar facultades concedidas por la ley, en tanto que su validez está condicionada a que respeten el contenido normativo de la ley, relativa tanto a la organización judicial como al procedimiento⁽¹³⁾.

En el sistema jurídico peruano, la regla es que corresponde al Congreso dar leyes (art. 102.1 de la Const.); y, en lo que se refiere a la regulación de la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como en las materias expresamente previstas por ella, debe tratarse de una ley orgánica (vide art. 106 de la Const.)⁽¹⁴⁾. En el caso del Poder Judicial, por ejemplo, la Ley Fundamental establece taxativamente que su regulación debe establecerse por Ley Orgánica (vide art. 143 *in fine* de la Const.); y, en tanto el Ministerio Público es un órgano autónomo de Derecho Constitucional por conexión con el artículo 106 de la Constitución, la norma que lo regule debe ser ley orgánica.

Se ha hecho mención a las leyes orgánicas, puesto que es opinión común en la doctrina procesalista sostener que las normas procesales [que regulan la aplicación jurisdiccional del Derecho], pueden ser tanto orgánicas cuanto procesales-funcionales. Las orgánicas, acota Valencia Mirón, son las que tienen por objeto la constitución de los órganos jurisdiccionales, el régimen jurídico de sus órganos gubernativos, el estatuto personal de los magistrados, las correcciones disciplinarias a los sujetos que intervengan en los distintos actos procesales; mientras que las procesales-funcionales son las que regulan la actividad de los sujetos que intervienen en el proceso, principalmente la actividad del órgano jurisdiccional en relación con las partes⁽¹⁵⁾.

(13) MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, 2ª edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, pp. 121 y 125.

(14) La Ley Orgánica alude a un plexo normativo que desarrolla el repertorio constitucional, y sus elementos son tres: contenido predeterminado por la Constitución, procedimiento agravado para su aprobación y norma sujeta al criterio de reserva de ley, es decir, que un cierto número precisado, específico y detallado de instituciones o materiales singulares se regulan mediante esa vía legislativa. cfr. GARCÍA TOMA, Víctor. *Análisis sistemático de la Constitución Peruana de 1993*. Tomo II, Fondo de Desarrollo Editorial Universidad de Lima, Lima, 1998, p. 307.

(15) VALENCIA MIRÓN, Antonio José. *Introducción al Derecho Procesal*. 4ª edición, Comares, Granada, 2000, p. 49 y ss.

Por otro lado, si bien la ley, en sentido formal, es la emanada por el Congreso con arreglo a sus facultades constitucionales, pues en él reside la atribución legislativa, también existen otras normas que tienen rango de ley, emanadas por el Poder Ejecutivo, como es el caso específico del Decreto Legislativo, previa autorización o delegación del Congreso (vide art. 104 de la Const.)⁽¹⁶⁾. Esta delegación legislativa, constitucionalmente autorizada y expresada a través de una ley autoritativa, es lo que permite sostener que es absolutamente legítimo, en nada desmerece el Estado de Derecho, que las normas procesales puedan expresarse a través de Decretos Legislativo, salvo las orgánicas en tanto la propia Constitución las ha excluido de la delegación legislativa.

Al respecto, Rubio Correa expresa: “Los decretos legislativos son, para efectos del sistema jurídico, normas con rango de ley equivalentes a las leyes que aprueba el Congreso. Por consiguiente, pueden modificar o derogar las leyes y ser modificados o derogados por ellas. La única diferencia entre ley y decreto legislativo para el Derecho, consiste en que este fue aprobado por el Ejecutivo por delegación de atribuciones”⁽¹⁷⁾.

Finalmente, el artículo 139.3, II Párrafo, en lo pertinente, como ya se anotó, establece que toda persona tiene derecho al procedimiento preestablecido por la ley. Se trata de una regla constitucionalizada vinculada parcialmente a la noción de la vigencia de la ley procesal en el tiempo.

Sobre el particular el Tribunal Constitucional, en un fallo concreto, ha establecido que este derecho “(...) no supone que en virtud de él hayan quedado constitucionalizadas todas las reglas de procedimiento señaladas por la ley, de modo que cualquier transgresión importe su lesión. Por el contrario, y por lo que al ámbito penal se refiere, este solo garantiza el derecho a ser juzgado conforme a las reglas procesales que se encuentran vigentes al momento de iniciarse la investigación judicial y no por otras que, *ad hoc*, o modificando las existentes al momento de iniciarse el proceso, pretendan regularlas. El inciso 3) solo garantiza

(16) Las normas con rango de ley, dice Marcial Rubio Correa, constituyen el segundo rango dentro de la legislación nacional correspondiente al Gobierno Central, inmediatamente debajo de la Constitución, en la que ingresan un conjunto variado de disposiciones, encabezadas por la ley, a la que hay que añadir los decretos legislativos y los decretos de urgencia. RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 8ª edición, Lima, 2001, p. 140.

(17) RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo IV, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 201.

el derecho a no ser sometido a procedimientos distintos de los previamente establecidos”⁽¹⁸⁾.

Esta concepción, sin embargo, merece algunas aclaraciones. En efecto, es claro que en materia de ley procesal penal en el tiempo el factor de aplicación no es la relación jurídica material deducida en juicio, sino el propio proceso como tal (los actos procesales, las potestades y situaciones jurídicas procesales); en consecuencia, la predeterminación legal del proceso exige que sus manifestaciones se rigen por la ley procesal vigente al momento de su realización. Desde esta perspectiva, explica Ortells Ramos, 1) no hay vulneración alguna si, iniciado el proceso bajo el imperio de una ley procesal determinada, el mismo deba regirse, a partir de un cierto momento de su realización, por otra ley procesal que haya entrado posteriormente en vigor; y, 2) para que pueda afirmarse la presencia de una retroactividad perniciosa es necesario que los efectos procesales producidos por actos procesales realizados bajo el imperio de una ley procesal dada, queden anulados o modificados por una ley procesal entrada posteriormente en vigor, de modo que la ley nueva extiende “hacia atrás” su eficacia normativa⁽¹⁹⁾.

La citada sentencia del Tribunal Constitucional parece asumir, en materia de *tempus regit actum*, la antigua concepción denominada de “unidad procesal”, en cuya virtud, como recuerda Prieto-Castro, en materia de sucesión de leyes procesales en el tiempo, todas las secuencias del proceso, hasta su final, deben estar regidas por la ley bajo cuya vigencia se hubiese iniciado⁽²⁰⁾. Empero, esa concepción –que no es de jerarquía constitucional sino de derecho ordinario– solo puede ser aceptada en el marco del derecho transitorio o intertemporal cuando se modifica íntegramente el proceso penal; es decir, cuando entra a regir un nuevo Código, pero no cuando se trata de reformas parciales, pues haría de jure ultractiva toda norma procesal vigente al inicio del proceso, lo que no es de recibo.

(18) STC del 08/07/2002, Asunto Juan Manuel García Quiroga, párr. 5, Exp. Nº 1077-2002-HC/TC. vide <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/1077-2002-HC.html>>.

(19) ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal. Introducción*. Colección Punto y Coma, Nomos, Valencia, 2003, p. 427.

(20) PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1982, p. 105.

3. Sentencia y sanción penal

Como es sabido, el acto procesal a través del cual el juez impulsa o decide al interior del proceso es la resolución judicial; se trata de actos decisorios del juez o sala (vide art. 120 del CPC). La Constitución no solo exige que se exprese por escrito, sino que sea motivada, con exclusión de los “decretos de mero trámite” (vide art. 139.5 de la Const.), que son meramente actos de impulso procesal o de ordenación del proceso. Según la norma primeramente citada, las resoluciones judiciales son: decretos, autos y sentencias; estas últimas ponen fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose sobre la decisión controvertida (vide art. 121 *in fine* del CPC), esto es, la cuestión principal [mediante autos se decide cuestiones incidentales, decisivas para la prosecución del proceso y para alcanzar la decisión final]⁽²¹⁾.

El ser penado, como dice la Constitución, o la imposición de penas o medidas de seguridad, según detalla el Código Penal, no puede tener otra expresión judicial que la sentencia; esta es el medio procesal de la sanción penal. Así lo establecen taxativamente los artículos 394 y 399 del Código Procesal Penal vigente, que, de ese modo, resultan complementarios al analizado artículo V del Título Preliminar del Código Penal y, por tanto, integran su contenido esencial. En este orden de ideas, ha establecido el Supremo Tribunal que la sentencia debe resolver la condición jurídica del acusado, absolviéndolo o condenándolo; consecuentemente, no procede –luego de finalizar el debate– simplemente archivar el proceso, estimando, por ejemplo, que los hechos constituyen falta y que está suficientemente sancionada con la detención sufrida⁽²²⁾.

La sentencia, como es claro, no solo proviene de un proceso contradictorio, sino también de un proceso por terminación anticipada [sentencia de conformidad] o por colaboración eficaz [sentencia consensuada].

Si bien la condena solo puede expresarse a través de una sentencia, no siempre es así cuando no se condena al imputado, pues a la par que una sentencia absolutoria es posible culminar el proceso –sin sanción– con resoluciones equivalentes a una sentencia, como es el caso del auto de sobreseimiento o del que declara fundada una excepción.

(21) CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Introducción al Derecho Procesal*. 3ª edición, Colex, Madrid, 2000, p. 281.

(22) Revista de los Tribunales, 1946, p. 262. Código de Procedimientos Penales. Grijley. 5ª edición. Lima, 2003, p. 191.

4. Juez competente

El artículo V del Título Preliminar del Código Penal, según explica Gimeno Sendra, configura un derecho a favor del acusado, el de ser exclusivamente condenado “por juez competente”, Derecho Procesal que tiene su anclaje en el derecho al juez legal⁽²³⁾, contemplado en nuestra Constitución en el artículo 139.3, II Párrafo.

Ahora bien, es claro –como precisa De La Oliva Santos–, que –desde una perspectiva amplia, única posible, sin confundir titularidad de un derecho fundamental con legitimación de una concreta pretensión– titulares del derecho al juez legal y competente son todos los sujetos jurídicos en cuanto protagonistas procesales como partes o intervinientes, en acto o en potencia⁽²⁴⁾; empero, desde la perspectiva del artículo en comento, este derecho está radicado en el imputado.

El Tribunal Constitucional, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0217-2002-HC/TC, recaída en el Asunto Alfredo Crespo Bragayrac –del 17/04/2002, párr. 2, tiene expuesto que es el inc. 3) del artículo 139 constitucional el que contempla la institución del juez legal –aunque lo denomina “juez natural”– cuando menciona que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley⁽²⁵⁾, aunque incorpora otro dato vinculado al concreto procedimiento, el cual por no referirse al estatuto del juez ni a su competencia no puede integrar esa noción. Sobre este último extremo, el de “no sometimiento a persona alguna a un procedimiento distinto del previamente establecido por la ley”, ya nos hemos pronunciado en la sección anterior. De igual manera, en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1261-2002-HC/TC, recaída en el asunto Juan Carlos Quispe Gutiérrez –del 08/07/2002, párr. 2–, con cita a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –SCIDH– recaída en el Asunto Tribunal Constitucional del Perú vs. Perú, párr. 77, que prescribe que toda persona deberá contar con la garantía de que el órgano jurisdiccional sea competente, independiente e imparcial, señaló que el derecho a un juez competente garantiza que ninguna persona pueda ser sometida a un proceso ante una autoridad que carezca de competencia para resolver una determinada controversia⁽²⁶⁾. El

(23) GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. cit., p. 22.

(24) DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Ob. cit., p. 307.

(25) Vide <<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/0217-2002-HC.html>>.

(26) Vide <<http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/1261-2002-HC.html>>.

juez competente, a su vez, según el propio Tribunal Constitucional, es un derecho subjetivo, parte del modelo constitucional de proceso, el mismo que requiere que las reglas competenciales estén preestablecidas sobre la base de distintas consideraciones (materia, territorio, grado, etc.), de forma que quede garantizada su independencia e imparcialidad en la resolución de la causa⁽²⁷⁾.

La noción de juez legal exige, en un primer momento, que el régimen orgánico y procesal del juez permita calificarse de ordinario. Esto último implica reconocer dos de las tres características del juez legal: judicialidad y ordinariedad del juez.

La Constitución en ese ámbito establece que el órgano judicial llamado a conocer de un proceso debe estar incardinado en el ordenamiento judicial y rodeado de las garantías propias de todo órgano jurisdiccional: independencia y aplicación objetiva del derecho, lo que desde luego no se opone a la existencia de órganos especializados, pero sí de excepción. En efecto, la Constitución expresamente prohíbe los órganos jurisdiccionales de excepción y las comisiones especiales creadas al efecto [vide art. 139.3, II párrafo, de la Ley Fundamental]. El juez debe integrar el Poder Judicial-organización, con excepción de la justicia militar; su estatuto jurídico debe ser el previsto en el artículo 146 de la Constitución y desarrollado en la Ley Orgánica del Poder Judicial; asimismo, como derivación de dichas normas supremas, se requiere: a) que la ley, con cierto grado de concreción, debe establecer la composición del órgano judicial, sobre todo si es colegiado, bajo parámetros de objetividad y generalidad; b) que no pueda conocer un órgano de la jurisdicción especial –la militar o, en su caso, la tradicional, artículos 173 y 149 de la Constitución– un delito del que daba a conocer la jurisdicción penal ordinaria; c) que la designación de jueces suplentes y provisionales debe ser regular, bajo un procedimiento preestablecido y objetivo⁽²⁸⁾; y, d) que es posible contar con subespecialidades dentro del orden jurisdiccional penal, en tanto la LOPJ instituyó tal orden jurisdiccional y la constitución del órgano obedezca a una razón objetiva evaluada por el órgano de gobierno del Poder Judicial⁽²⁹⁾.

(27) Vide <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/010-2002-AI.html>. Párr. 103>.

(28) Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Ob. cit., pp. 310 y 312.

(29) Sentencias del Tribunal Constitucional N° 1330-2002-HC/TC. Asunto: Marcial Mori Dávila, 09/07/2002, párr. 4, vide <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/1330-2002-HC.html>>; y N° 290-2002-HC/TC, Asunto: Eduardo Martín Calmell del Solar Díaz, 06/01/2003 párr. 11, vide <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/0290-2002-HC.html>>.

La tercera característica del contenido esencial del juez legal es la predeterminación legal. La legislación competencial debe ser **pro futuro**. Ello permitirá, como dice Asencio Mellado, que por ley se instituyan criterios, con carácter de generalidad, de atribución competencial, cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el juzgado o sala llamado a conocer del caso⁽³⁰⁾.

Dos temas trascendentes emergen de esta nota característica. La primera referida al factor de precisión del juez que debe conocer el proceso, el *dies a quo*; y, la segunda circunscrita, a la sucesión normativa de leyes de competencia.

El Tribunal Constitucional ya se pronunció en ambos casos. Estableció que el juez es aquel anterior al inicio del proceso y no el anterior a la fecha de comisión del delito; y que, bajo determinadas limitaciones, las normas referidas al cambio de competencia pueden ser aceptadas constitucionalmente (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional, Asunto Eduardo Martín Calmell Del Solar Díaz, 06/01/2003, Exp. N° 290-2002-HC/TC, párrs. 9 y 10).

Es de aprobarse, con rotundidad, la decisión del Tribunal Constitucional respecto al *dies a quo*. El caso, debe ser el momento de interposición de la *notitia criminis* al juez, que en nuestro ordenamiento se concreta en la denuncia formalizada del fiscal o en la fecha de interposición de la querella por el acusador privado o querellante. Señala al respecto, Díez-Picazo Giménez, que es de imponerse una solución unitaria, común a todos los órdenes jurisdiccionales, en virtud no solo de lo que debe entenderse por norma procesal, sino también de la unidad del Derecho Procesal, esto es, como preexistencia de norma del proceso, que en lo penal radica en el momento del conocimiento de la noticia criminal, a partir del cual se evita toda maniobra para instituir jueces *ad hoc* o sospechosos de parcialidad⁽³¹⁾.

El Tribunal Constitucional, en orden a la sucesión de normas competenciales, señaló: a) que cualquier modificación orgánica o funcional no altera el derecho al juez legal, en tanto no se vulnere la imparcialidad

(30) ASENCIO MELLADO, José María. *Introducción al Derecho Procesal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 77.

(31) Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. "El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley". En: *Revista española de Derecho Constitucional*. Año 11, N° 31, Madrid, 1991, p. 106 y ss.

judicial y se realice con criterios objetivos y de manera general; y, b) que la predeterminación se refiere al órgano judicial y no a la creación anticipada de Salas Especializadas que conocen del proceso, de suerte que la predeterminación judicial no puede interpretarse rígidamente ni puede impedir que las normas de carácter general sobre organización y competencia judiciales adquieran efectos temporales inmediatos. Esta posición, justificativa de la excepción, sin duda ha sido influenciada por la jurisprudencia constitucional italiana, que asumió la concepción de la “objetividad de los criterios de atribución”. Como dice, De Diego Díez, la legitimidad de la excepción requiere que la nueva norma tenga el rango adecuado para hacerlo, y adopte criterios objetivos y de generalidad: destinados a la protección de intereses generales, pues de ser así no se podría concluir que el cambio normativo persigue alterar la imparcialidad judicial⁽³²⁾. La invocación de criterios generales y objetivos envuelve la existencia, previene Gimeno Sendra, de no vulnerar el principio constitucional de igualdad o, lo que es lo mismo, de la no constitución de órganos judiciales por criterios de discriminación, tales como nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra circunstancia personal o social (v. gr. jueces *ad hoc* o *ad personam*)⁽³³⁾.

La competencia, en cuanto institución procesal, dice de los criterios de atribución instituidos por la ley para la determinación concreta de un asunto a un órgano jurisdiccional en particular. Como se sabe, los criterios de atribución son el objetivo, el funcional y el territorial⁽³⁴⁾.

La atribución objetiva viene determinada por la ley en base (1) a un criterio cualitativo, según quien sea el imputado [destaca el caso de los aforamientos que importan una regla de variación del sistema de adscripción normal de casos radicados en el juez penal o de paz letrado, según sea el caso]; y, con base (2) en criterio cuantitativo, material, según la entidad de la infracción penal, que procesalmente se clasifica en delitos graves, delitos menos graves y faltas.

La atribución funcional de los órganos jurisdiccionales penales se refiere al conocimiento de determinadas etapas del proceso penal, visto como un universo concreto e individual, así como al conocimiento de los

(32) DE DIEGO DíEZ, Luis Alfredo. *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*. Tecnos, Madrid, 1998, pp. 139 y 144.

(33) GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Colex, Madrid, 1996, p. 51.

(34) Cfr. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *Derecho Jurisdiccional*. Tomo III, Tirant lo Blanch, 6ª edición. Valencia, 1997, p. 42.

recursos impugnatorios y de determinados incidentes. Es una competencia derivada y automática, según en quien radique la primera instancia. Así, por ejemplo, para un delito grave, la etapa de instrucción conoce el juez penal; las etapas intermedia y de enjuiciamiento, la Sala Penal Superior; y, la etapa recursal final, la Sala Penal de la Corte Suprema; a su vez, por ejemplo, el conocimiento del recurso de apelación contra las decisiones del juez penal corresponde a la Sala Penal Superior, etc.

La atribución territorial, la más importante, se refiere al lugar de comisión de un delito en relación con el ámbito geográfico de conocimiento de un concreto órgano jurisdiccional, instituyendo reglas denominadas “fueros”. El fuero principal o criterio preferente es el del lugar del delito y, en su defecto, criterios subsidiarios, tales como el lugar de las pruebas, el de detención del imputado, etc. La ley, sin embargo, prevé otras pautas adecuadas a circunstancias muy concretas, tales como el fuero relativo a la comisión de delitos en medios de transporte, el fuero de la conexión (acumulación por conexidad), el fuero del encargo del superior (supuestos de recusación, reenvío recursal, etc.), el fuero especial para determinados delitos (v. gr. terrorismo).

No existe pues un único criterio de atribución competencial. La Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código de Procedimientos Penales son las normas pertinentes para fijar, con base en la pauta constitucional de generalidad, los supuestos que rigen, objetivamente, la competencia penal⁽³⁵⁾.

■ BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTA DEU, Carmen. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Marcial Pons, Madrid, 2003.
- ASECIO MELLADO, José María. *Introducción al Derecho Procesal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. 2ª edición, Eddili. Lima, 2002.
- CORDÓN MORENO, Faustino. *Introducción al Derecho Procesal*. Euns, Pamplona, 1995.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y otros. *Introducción al Derecho Procesal*. 3ª edición, Colex, Madrid, 2000.

(35) El Orden Jurisdiccional Penal está reconocido en los artículos 34, 41, 46.2, 50, 54 y 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, normas en las que se fija genéricamente el ámbito de conocimiento de los órganos jurisdiccionales penales. En el aspecto funcional-procesal están las normas del Código Procesal Penal, D. L. N° 957.

- DE DIEGO DíEZ, Luis Alfredo. *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*. Tecnos, Madrid, 1998.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros. *Derecho Procesal Penal*. 5ª edición, Ceura, Madrid, 2002.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DíEZ PICAZO JIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime. *Derecho Procesal. Introducción*. 2ª edición, Ceura, Madrid, 2002.
- DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley. En: *Revista española de Derecho Constitucional*. Año 11, Nº 31, Madrid, 1991.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El poder punitivo en el Estado Democrático*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.
- GARCÍA TOMA, Víctor. *Análisis sistemático de la Constitución Peruana de 1993*. Tomo 11, Fondo de Desarrollo Editorial Universidad de Lima, Lima, 1998.
- GIMENO SENDRA, Vicente, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido y GARBERI LLOBREGAT, José. *Los Procesos Penales*. Tomo I, Bosch, Barcelona.
- GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. Colex, Madrid, 1996.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *Constitución y Proceso Penal*. Tecnos, Madrid, 1996.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y otros. *Derecho Jurisdiccional*. Tomo III, 6ª edición, Tirant lo Blanch. Valencia, 1997.
- JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Traducción de la 5ª edición alemana de Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Universitas, Madrid, 1995.
- MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, 2ª edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. PPU. 3ª edición, Barcelona, 1990.
- ORTELLS RAMOS, Manuel, CÁMARA RUIZ, Juan y SÁNCHEZ, Ricardo Juan. *Derecho Procesal. Introducción*. Colección Punto y Coma, Nomos, Valencia, 2003.
- PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. 3ª edición, Grijley, Lima, 1999.
- PRIETOCASTRO y FERRÁNDIZ, Leonardo y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1982.
- ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

- RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. 8ª edición, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001.
- RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo IV, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.
- VALENCIA MIRÓN, Antonio José. *Introducción al Derecho Procesal*. 4ª edición, Comares, Granada, 2000.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal. Parte general*. 3ª edición, Temis, Bogotá, 1997.
- VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte general*. San Marcos, Lima, 1998.

Proceso penal, anomalía psíquica grave y delito

I. INTRODUCCIÓN

No obstante, lo mucho que se ha avanzado en entender y abordar jurídicamente el fenómeno de la capacidad, tanto desde el punto de vista penal como del procesal penal, el tema de la anomalía psíquica grave sigue presentando serios problemas. En ese campo, muy desatendido por la doctrina nacional, uno de los ámbitos del conocimiento jurídico más deficiente es, sin duda alguna, el Derecho Procesal Penal con su noción de “capacidad procesal”. Tanto el Código de Procedimientos Penales de 1940 como el Código Procesal Penal de 1991 no abordaron –en su momento– con el rigor legislativo necesario la inmensa problemática que rodea al imputado cuando se ve envuelto en una anomalía psíquica grave, que es la denominación que acoge, en tanto causal de inimputabilidad, el artículo 20.1 del Código Penal de 1991.

Es de recordar que el artículo 85.1 del Código Penal de 1924 consideraba como causal de exención de pena la enfermedad mental, la idiocia y la grave alteración de la conciencia. El Código Penal vigente, sin embargo, luego de precisar que la exención es de la responsabilidad penal y no de la pena, solo respeta –en cuanto a su denominación– la “grave alteración de la conciencia”, mientras que introduce otros dos conceptos: la “anomalía psíquica” y la “alteración en la percepción”. Tales referencias permiten ubicarnos, desde el punto de vista de las fuentes del Código, en el modelo hispano. Al respecto, es de precisar que el artículo 20, incisos 1 y 3 del Código Penal español, precisa que está exento de responsabilidad criminal el que padece de “anomalía o alteración psíquica” y el

que sufre de “alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia”, sin que ello niegue, por supuesto, la influencia del artículo 20 del Código Penal alemán.

Estos cambios, por lo menos de nomenclatura, también se reprodujeron en los Códigos Procesales. El Código de Procedimientos Penales de 1940, en sus artículos 189 al 191, se refiere al supuesto de enajenación mental u otros estados patológicos, a fin de determinar procesalmente lo conveniente para el inculpado que lo sufre, estando reconocida expresamente como una opción válida el ingreso del inculpado a un asilo de insanos. Adicionalmente, el artículo 195 de dicho Código autoriza al órgano jurisdiccional que ordene el examen del acusado para determinar sus condiciones fisiológicas, intelectuales o psíquicas. Llama la atención que no se respete los términos exactos del Código Penal de 1924, aunque, como es obvio, el vocablo “enajenación mental u otros estados patológicos”, por su manifiesta amplitud, incorpora los tres supuestos contemplados en la ley penal material.

El Código Procesal Penal de 1991⁽¹⁾, en sus artículos 71 al 74, reguló separadamente la anomalía psíquica grave, según esta haya sido originaria o sobrevenida a la comisión del delito, y estableció, a su vez, dos consecuencias procesales según el momento de su presentación: a) suspensión del ejercicio de la acción penal, en caso de anomalía psíquica sobrevenida; y, b) sobreseimiento en caso que la anomalía psíquica sea anterior al delito y se constituya en una causal de inimputabilidad, sin perjuicio del internamiento del inculpado en un centro hospitalario especializado. En este caso, más allá de las serias deficiencias que se irán enunciando a lo largo del presente trabajo, el nuevo Código utiliza los mismos vocablos incorporados en el Código Penal de 1991.

Desde el punto de vista del Derecho Procesal Penal, el problema de la anomalía psíquica grave se aborda tomando en consideración, en primer lugar, el presupuesto de la capacidad procesal del imputado; en segundo lugar, las causales y el procedimiento auxiliar que se sigue según la anomalía

(1) Cuerpo normativo parcialmente derogado pero que aún mantiene vigente algunos artículos tales como 2, 135, 136, 137, 138, 143, 144, 145, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 239, 240, 241, 242, 243, 244 y 245. Además estos artículos se vienen aplicando, al igual que el Código de Procedimientos Penales de 1940, en los distritos judiciales donde aun no se implementa el CPP de 2004 (del 29 de julio de 2004) en las cuales tenemos a los distritos judiciales de Lima, Lima Sur, Lima este y Lima Norte, conforme con la última modificación al Calendario Oficial de Aplicación Progresiva del Código Procesal penal (D. S. N° 015-2017-JUS, de 30 de junio de 2017).

psíquica sea sobreviniente o anterior al delito cometido; y, en tercer lugar, las coerciones procesales personales que cabe dictarse contra el presunto inimputable peligroso. Estos temas, de una u otra forma, definen cómo el Estado trata al ciudadano objeto de una sospecha punitiva cuando adolece una anomalía psíquica y determinan la actitud de los diferentes órganos públicos y sujetos procesales ante el amplio fenómeno de la capacidad penal y la capacidad procesal.

II. CAPACIDAD PROCESAL DEL IMPUTADO

Es por todos conocidos, desde Oscar Von Bülow, que la noción “presupuestos procesales”, que a su vez comprende el tema de la capacidad del imputado, es condición esencial para que pueda constituirse un proceso válido. Su ausencia, apuntan Quintero y Prieto, es un defecto formal de entidad mayúscula que vicia el proceso y lo vuelve inepto para proferir fallo de fondo⁽²⁾.

La capacidad para ser parte es un presupuesto procesal ineludible. A menudo se la identifica con la capacidad de goce del derecho sustancial, esto es, de ser sujeto de derechos y obligaciones. En el proceso penal; sin embargo, no cualquiera puede ser parte pasiva, esto es, sujeto activo del delito imputado por el Ministerio Público y quien va a sufrir las consecuencias jurídico penales correspondientes. El imputado, en cuanto parte pasiva del proceso penal, señala Muerza Esparza, es aquella persona contra quien se dirigen, fundamentalmente, las actuaciones procesales; él ocupa el lado pasivo de la relación jurídico procesal penal y es quien aparece como sujeto activo del delito⁽³⁾.

En tal situación, la coincidencia con el Derecho Penal es remarcable. En consecuencia, no pueden ser pasibles de una pena o medida de seguridad y, por tanto, ser parte pasiva en el proceso penal o tener capacidad material para ser parte: a) los menores de 18 años de edad (art. 20.1 del CP); b) las personas jurídicas, las cuales solo pueden ser pasibles de consecuencias accesorias (art. 105 del CP); y, c) las personas muertas (art. 78.1 del CP). Obviamente están excluidos los animales y los objetos.

(2) QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Teoría General del Proceso*. Tomo II, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1995, p. 17.

(3) DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; MUERZA ESPARZA, Julio y otros. *Derecha Procesal Penal*. Editorial Ceura S.A., Madrid, 1993, pp. 143-145.

Por otro lado, y esto es esencialísimo, un complemento de la capacidad para ser parte es la capacidad para comparecer en el proceso o capacidad procesal. En el proceso penal, anota Moreno Catena, se requiere que el imputado “(...) tenga la aptitud necesaria para participar de modo consciente en el juicio, comprender la acusación formulada contra él y ejercer el derecho de defensa”⁽⁴⁾.

Sobre esto último, es del caso puntualizar con Velez Mariconde, que si bien la imputabilidad y la capacidad para intervenir en el proceso son conceptos que no se identifican, puesto que pertenecen a dos esferas jurídicas diversas, ambas instituciones reposan en la salud y madurez mental del imputado; es decir, tienen una base común que se conecta con fines distintos: cuando esas condiciones concurren, el sujeto debe responder penalmente de su acción por mandato del derecho sustantivo, aunque es posible, claro está, que en el proceso seguido contra un imputado procesalmente capaz, se demuestre su inimputabilidad; mientras que la falta de tales condiciones en una persona a la que se ha incoado un proceso, puede determinar su incapacidad procesal, ya sea porque no pueda asumir la calidad de imputado, ya sea porque carece de aptitud para intervenir válidamente en la causa y ejercer su defensa⁽⁵⁾.

Al respecto, Clariá Olmedo, cuando aborda el tema de la personalidad del imputado, en primer lugar, señala que bajo ninguna condición pueden estar comprendidas en una imputación penal para dar nacimiento a un proceso válido, las personas de la vida civil que están excluidas del ámbito del Derecho Penal (menores de 18 años, fallecidos, personas jurídicas, animales, objetos inanimados). En segundo lugar, acota que existen supuestos en los que la personalidad del imputado en el proceso deberá integrarse con la posibilidad de intervenir efectivamente en él, y son aquellos que exigen que el imputado esté munido de las condiciones mínimas para que pueda defenderse válidamente. En estos casos, enfatiza el ilustre jurista argentino, no existe coincidencia entre el Derecho material y el procesal, dado que el Derecho material prevé los supuestos de quien comete un delito mediando anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y alteraciones en la percepción, que dan lugar a la exención de la responsabilidad penal, “al actuar el sujeto bajo el influjo de

(4) GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Colex, Madrid, 1996, p. 181.

(5) VELEZ MARICONDE, A. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II, M. Lerner Ediciones, Córdoba, 1986, pp. 833-834.

una motivación anormal, en concreto bajo una anormalidad psíquica”⁽⁶⁾; mientras que el Derecho Procesal Penal se coloca en el supuesto de insauración del proceso mismo, luego de cometido el hecho delictivo, por lo que para que pueda hablarse de incapacidad de intervención debe tratarse de una persona cuyas condiciones psicobiológicas no le permiten defenderse personalmente por carencia del suficiente poder de entender o de querer, y, por tanto, de ejercitar sus derechos y hacer valer sus intereses jurídicos en el proceso. Un imputado en esas últimas condiciones, se encuentra incapacitado en forma absoluta para obrar por sí, en el sentido de defenderse en las condiciones queridas por la ley⁽⁷⁾.

En tanto que la capacidad procesal está desvinculada de la imputabilidad del Derecho Penal material, y aun cuando normalmente el menor de 18 años y quien padece de una anomalía psíquica grave o una profunda alteración en la percepción no podrán ser acusados, es obvio –siguiendo a Ibáñez y García Velasco– que no se le puede negar la capacidad en ambos casos, que poseerán hasta el final del proceso, siendo partes cuando menos para plantear en el supuesto de la minoría de edad el artículo de previo pronunciamiento del artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española (art. 18 de nuestro CPP de 1940⁽⁸⁾), lo que por esencia solo puede hacer quien sea parte⁽⁹⁾.

En el supuesto de anomalía psíquica grave, incluyendo la alteración de la percepción, la Ley procesal hace un tratamiento diferenciado según esta se presente antes o después de la comisión del delito. Si la **anomalía psíquica es posterior estamos ante un tema exclusivamente procesal**. El procedimiento auxiliar que se seguirá al respecto, se limitará a constatar si concurre la capacidad procesal del imputado y, por tanto, si puede ser juzgado, suspendiéndose el proceso en caso de respuesta negativa, hasta que recobre la salud. Por el contrario, si la anomalía psíquica es anterior al delito y no obstante que el imputado carece de capacidad procesal, el juicio proseguirá hasta la definición de la imposición o no de una medida de seguridad, en las condiciones reguladas en el artículo 72 del Código Penal.

(6) MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. Editorial PPU. Barcelona. 1996, p. 573.

(7) CLARIÁ OLMEDO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1962, pp. 391, 397-398.

(8) En el mismo sentido el inciso 1 del artículo 74 del CPP de 2004 regula la minoría de edad descubierta en el curso de la investigación preparatoria.

(9) IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, Miguel. *Curso de Derecho Procesal Penal*. Universidad de Madrid, 1969, p. 106.

El fundamento a este diferente tratamiento la proporciona correctamente Gómez Colomer. Enseña dicho autor, que la explicación hay que encontrarla por una doble vía, procesal y material. Desde el Derecho Penal material, es de señalar que si la anomalía psíquica es eximente, es necesario desarrollar un procedimiento y llegar a aquel trámite en el que se pueda declarar la exención; falta capacidad sí, pero porque el sujeto es además inimputable el proceso debe seguir. Desde el Derecho Procesal Penal es de sostener que se está ante un concepto formal que permite una aplicación provisional de las disposiciones procesales, ya que al imputado hay que seguir considerándolo parte pasiva hasta que se despejen o confirmen las dudas sobre su salud mental y se opere legalmente en consecuencia, admitiendo sus peticiones, o las de su defensa, de práctica de actos para la demostración de su falta de salud mental. Siendo ello así, en un caso el concepto formal cede archivándose la causa hasta que recobre la salud, y en otro, porque se le ha absuelto en la sentencia imponiéndole una medida de seguridad, no cede nunca en puridad⁽¹⁰⁾.

III. ANOMALÍA PSÍQUICA GRAVE Y LEY PENAL MATERIAL

1. La anomalía psíquica grave

El artículo 20, inciso 1, del Código Penal prescribe que está exento de responsabilidad penal:

“El que por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión”.

El Código Penal, como se puede apreciar del texto transcrito, que en este caso ha sido elaborado a partir de una mixtura del Código anterior y del anteproyecto de Código Penal español de 1983⁽¹¹⁾, considera la anomalía psíquica grave como una causal específica de inimputabilidad. De la indicada norma, concebida negativamente, es posible deducir una noción positiva de imputabilidad, en cuanto elemento de la categoría culpabilidad. Sobre esa base, el profesor Hurtado Pozo señala que “una per-

(10) CARBONELL MATEU, Juan Carlos, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y MENGUAL I LULL, Joan B. *Enfermedad Mental y Delito. Aspectos Psiquiátricos, penales y procesales*. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1987, p. 79.

(11) PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Comentarios al Código Penal de 1991*. Editorial Alternativas, Lima, 1993, p. 94.

sona es imputable cuando posee la facultad de comprender –sinónimo de ‘apreciar’– el carácter delictuoso de su acto y la facultad de determinarse conforme a esa comprensión”. Nuestro legislador, continúa explicando Hurtado Pozo, en el primer nivel del concepto **facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto**, apunta a la capacidad intelectual del individuo para conocer sus deberes, para darse cuenta de la inserción de su propia persona en el orden jurídico y para comprender las exigencias de la sociedad frente a los individuos que la forman. Cuando el legislador alude, en el segundo nivel del concepto a la: **facultad de determinarse**, se refiere a la voluntad, es decir, de reconocer al hombre consciente de sus deberes la capacidad de obrar según sus móviles. En estas condiciones y tal como ha sido configurado legalmente, el examen de la facultad del autor para apreciar el carácter delictuoso del acto precede al examen de la facultad de determinarse conforme a esta apreciación”⁽¹²⁾.

La fórmula legal que define la ausencia de capacidad penal por inimputabilidad es, como esclarece Carbonell Mateu, de carácter “normativo-psicológica”, puesto que es de reconocer, desde el aspecto psicológico, que los fenómenos psíquicos giran en torno al entendimiento y que el aspecto normativo no es un estado psíquico, sino una atribución⁽¹³⁾.

Ahora bien, Jescheck define la anomalía psíquica grave como aquella perturbación psíquica que menoscaba profundamente la formación de la voluntad humana; es decir, la capacidad de comprensión o la capacidad de acción. El mismo autor, sobre la base de la ley germana, precisa que los supuestos de anomalía psíquica grave son los siguientes:

- a. La **psicosis**, incluida la **epilepsia**, que constituye una perturbación psíquica morbosa producida en el ámbito intelectual o emocional que escapan al marco de un contexto vivencial comprensible y responden a una lesión o enfermamiento del cerebro;
- b. La **oligofrenia**, específicamente cuando se trata de un grave defecto de inteligencia desprovisto de una causa corporal comprobable (idiotia e imbecilidad); y,
- c. Las más graves formas de manifestación de las **psicopatías** y **neurosis**, así como las **perturbaciones sexuales graves**, en cuanto se

(12) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Editorial Edoili, Lima, 1987, pp. 412 y 413.

(13) CARBONELL MATEU, Juan Carlos; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y MENGUAL I LULL, Joan B. Ob. cit., p. 45.

trata de casos excepcionales extremos, en los que toda la imagen vital del afectado resulta determinada por una continua repetición de hechos punibles motivada por la afección psíquica y por la absoluta ineficacia de las sanciones penales⁽¹⁴⁾. La **personalidad anómala**, como prefiere llamarla Günther Jakobs, consiste en condicionamientos de la obediencia a la norma por trastornos de la vida afectiva y de la percepción de los impulsos, que hacen que el autor aparezca como distinto, aun cuando en el caso concreto las taras solo permitan al autor una existencia restringida⁽¹⁵⁾.

El autor nacional Solís Espinoza, siguiendo la clasificación internacional de enfermedades elaborada por la Organización Mundial de la Salud, vigente desde 1979, identifica cuatro grandes grupos de problemas mentales: 1) Psicosis orgánicas. 2) Otras Psicosis. 3) Trastornos neuróticos, trastornos de la personalidad y otros trastornos mentales no psicóticos. 4) Retraso mental. Entre estos problemas mentales se tiene, por ejemplo: a) desde el nivel de las psicosis, la orgánica senil y presenil, la alcohólica, la debida a drogas, la esquizofrénica, la paranoide y la afectiva; b) desde el nivel de los trastornos mentales no psicóticos, la desviación y trastorno sexual (pedofilia y exhibicionismo, entre otros), el síndrome de dependencia del alcohol y de las drogas; y, c) desde el retraso mental, qué importa una subnormalidad de la inteligencia, el retraso mental Profundo (CI menor de 20), grave (CI 30-34) y moderado (CI 35-49), que entes se denominaban idiocia e imbecilidad⁽¹⁶⁾.

En el nivel de las alteraciones en la percepción a que hace referencia el artículo 20.1 del Código Penal, están comprendidos aquellos supuestos que provienen de una ausencia de socialización derivada de una minusvalía física, no psíquica. Esa falta de integración en el entorno, acotan Berdugo Gómez De La Torre y otros, puede provocar una inadaptación de tal calibre que el sujeto no haya interiorizado las claves que distinguen las acciones socialmente aceptadas de las que no lo son⁽¹⁷⁾. Lógicamente, tales disfunciones al importar una falta profunda de vinculación con

(14) JESHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Volumen I, Editorial Bosch, Barcelona, 1981, pp. 600 y 601.

(15) JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 541.

(16) SALÍS ESPINOZA, Alejandro. *Criminología*. Editorial Eddili, Lima, 1984, pp. 204-223.

(17) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis y otros. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. Editorial Praxis, Barcelona, 1996, p. 215.

las normas sociales, tienen efectos procesales equivalentes a la “anomalía psíquica grave”; en esta perspectiva, las personas que lo padecen deben ser tratadas principalmente con medidas educativas y, de ser necesario, curativas y de tratamiento, las que obviamente deben tener un correlato de aseguramiento procesal.

Mir Puig, dando cuenta de las posibilidades de esta eximente, detalla la posición de Carmona Salgado, quien propone incluir tanto defectos de percepción, que es el caso de la ceguera, como las “pseudoligofrenias”, procedentes de falta de comunicación con el entorno social, v. gr.: niños lobos, “síndrome de Häuser”. Dicha autora también alude al autismo, pero exigiendo que en todos los casos, tales afectaciones priven al sujeto de la necesaria capacidad valorativa frente al Derecho. Asimismo, Mir Puig hace mención a la posición de Morales, quien ve el campo de aplicación de dicha eximente en los casos de “grave aislamiento o subdesarrollo cultural”⁽¹⁸⁾.

2. Las medidas de seguridad

La medida de seguridad, cuya introducción en el Derecho moderno se debe al genio de Carl Stoss con su anteproyecto de Código Penal suizo de 1893, siguiendo a Marino Barbero Santos, es entendida como “la privación de bienes jurídicos, impuesta jurisdiccionalmente por el Estado, con un fin reeducador, inocuizador o curativo, a persona socialmente peligrosa, con ocasión de la comisión de un delito y mientras aquel no se cumple”⁽¹⁹⁾.

El artículo IX del Título Preliminar del Código Penal al prescribir que “las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación”, les da una clara orientación de prevención especial. Respecto del individuo, es del caso tener presente que la medida de seguridad se legitima por el hecho de que el disminuido psíquico está protegido por los principios constitucionales de igualdad y rehabilitación, al ser tan persona como cualquier otra, con su misma dignidad, y poseedor derechos específicos y adicionales, derivados de su condición, así como por

(18) MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., p. 605.

(19) BARBERO SANTOS, Marino. *Consideraciones sobre el Estado Peligroso y las Medidas de seguridad. Estudios de Criminología y Derecho Penal*. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1972, pp. 38 y 39.

la obligación que tiene el Estado de prestarles la atención integral que requieran, siempre con respeto a su dignidad de persona⁽²⁰⁾.

Es de insistir que mediante la medida de seguridad, anota Terradillos Basoco, se persigue objetivos de defensa social a través de la prevención especial⁽²¹⁾. Estas se aplican, como precisa Gracia Martín, solo cuando sea previsible que los fines de la prevención especial no puedan alcanzarse mediante la pena adecuada a la culpabilidad, lo que se da en los supuestos de los inimputables, de semi-imputables peligrosos o en los delincuentes de estado o condición⁽²²⁾.

Claus Roxin enfatiza la finalidad preventiva especial de esta institución, al sostener que por medio de la medida de seguridad se trata de evitar futuros hechos punibles del afectado⁽²³⁾. A partir de esta constatación, la medida de seguridad, como anota Rodríguez Gómez, cumple dos funciones: en primer término, la función de socialización, de educación, de tratamiento del sujeto peligroso; en segundo lugar, la función de seguridad de la colectividad⁽²⁴⁾. Esto último explica porqué en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal se señala que “la medida de Seguridad solo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes”, norma que a su vez sugiere como justificación de la medida de seguridad la idea de ponderación de bienes (superior a las ideas de la vinculación a la comunidad de la libertad humana y del abuso), según la cual, postula Claus Roxin, una libertad puede ser privada cuando su utilización conducirá, con gran probabilidad, a perjuicios para otros, los cuales, en su maldad, son mucho más graves que las restricciones que debe tolerar el que causa el peligro por la medida de seguridad⁽²⁵⁾.

Los supuestos que, eventualmente, pueden fundamentar la imposición de medidas de seguridad, son los recogidos en los artículos 20.1, 74 y 77 del Código Penal. En primer lugar, procede contra el inimputable que padece de anomalía psíquica grave, grave alteración de la conciencia

(20) IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto y SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. Ob. cit, p. 45.

(21) TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Consecuencias jurídicas del delito*. Editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 199.

(22) GRACIA MARTÍN, Luis. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Editorial Tirant Id Blanch, Valencia, 1996, pp. 359-361.

(23) ROXÍN, Claus y otros. *Determinación Judicial de la Pena. “Fin y Justificación de la pena y de las medidas de seguridad”*. Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 43.

(24) DIEGO DÍAZ-SANTOS, Rosario y FABIAN CAPARRÓS, Eduardo. Coordinadores. *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*. RODRÍGUEZ GÓMEZ, Carmen. *Las medidas de seguridad en el ordenamiento español*. Tecnos, Madrid, 1995, p. 195.

(25) ROXÍN, Claus. Ob. cit., p. 44.

–obviamente siempre que padezca de una afectación que se prolonga en el tiempo– y alteraciones en la percepción que afectan gravemente su concepto de la realidad. En segundo lugar también es posible aplicar medidas de seguridad a los imputables relativos y al toxicómano alcohólico imputable. Esta configuración de la medida de seguridad permite calificar nuestro sistema de “dualista impropio”⁽²⁶⁾.

El artículo 72 del Código Penal precisa las exigencias que deben concurrir para que pueda imponerse una medida de seguridad, que a tenor del artículo anterior puede ser privativa de la libertad: Internación, y no privativa de la libertad: Tratamiento ambulatorio. Dos son las circunstancias concurrentes: 1. Que el agente haya realizado un hecho previsto como delito; y 2. Que del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro, que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos. Esto significa, al decir de Villavicencio Terreros, que las medidas de seguridad son medidas referidas al autor, pero tomando referencia al hecho cometido y conminado con pena, y fundamentadas en la idea de peligrosidad delictual; estas extraen su contenido de la persona del autor, tratándose de ajustar a su manera de ser y limitar su peligrosidad social⁽²⁷⁾.

La determinación de las medidas de seguridad, según el artículo 73, se formula en base a tres consideraciones: a) la peligrosidad delictual del agente; b) la gravedad del hecho cometido; y, c) los delitos que probablemente cometiera el agente si no fuese tratado. Tiene razón Terradillos Basoco cuando apunta que el mero hecho de incurrir en los supuestos de inimputabilidad o de dependencia al alcohol o a las drogas no justifica la declaración de peligrosidad⁽²⁸⁾, es necesario que se cumplan los requisitos fijados en los artículos 72 y 73 del Código Penal.

Bramont-Arias, en esa misma línea, acota que la medida de seguridad, a diferencia de la pena, no debe imponerse en todo caso; que la sociedad debe soportar las anomalías psíquicas, graves alteraciones de la conciencia y las perturbaciones de la percepción, salvo que en situaciones excepcionales de evidente peligro de auto o heteroagresión (“intereses públicos predominantes”) se vea precisada a imponer una medida de

(26) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fumando. “Normas Rectoras del Proyecto de Código Penal Peruano de 1986”. En: *Revista Anuario de Derecho Penal*, Lima, 1988, p. 37.

(27) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Código Penal*. Editorial Cultural Cuzco, Lima, 1992, p. 243.

(28) TERRADILLOS BASOCO, Juan. Ob. cit., p. 203.

seguridad, cuyo funcionamiento tiene que ser limitada a casos en que las conductas típicas realizadas revistan cierta gravedad y en donde el trastorno mental conlleve, de acuerdo a sus particulares características, un serio riesgo de auto o heteroagresión”⁽²⁹⁾.

De las normas arriba citadas, señala Prado Saldarriaga, se deducen los siguientes criterios de interpretación:

- a. La peligrosidad es un pronóstico que debe hacerse con base en el delito cometido, a su modalidad de ejecución y a la evaluación psicológica que se haga del agente.
- b. La declaración de peligrosidad opera como un pronóstico de probabilidad de comisión de nuevos delitos.
- c. El pronóstico de peligrosidad es una decisión judicial, pero debe fundarse en los resultados de las evaluaciones que apliquen los peritos al infractor⁽³⁰⁾.

La exigencia de la previa comisión de un delito, apunta Gracia Martín, constituye un límite externo, por razones de seguridad jurídica, al ejercicio del Derecho Penal preventivo. La peligrosidad criminal, que es el fundamento de las medidas de seguridad, exige que lo que se estime de probable comisión por el sujeto en el futuro sean hechos punibles. La peligrosidad debe probarse, correspondiendo al juez formular el juicio de [peligrosidad sobre un diagnóstico y una prognosis: el primero, radicado en analizar si el sujeto reúne los síntomas que pueden indiciar su peligrosidad; y, el segundo, referido a formular el pronóstico acerca de la probabilidad de que el sujeto realice hechos delictivos en el futuro⁽³¹⁾.

El artículo 74 del Código Penal prescribe que en la internación, en cuanto medida de seguridad sometida al principio de proporcionalidad, que es un principio básico de todo el ordenamiento jurídico, el presupuesto más importante se centra en el peligro concurrente de que el agente cometa delitos considerablemente graves. Jescheck aclara que la proporcionalidad de una medida depende sobre todo de la “significación de los delitos que cabe esperar en el futuro del autor, mientras que los ya cometidos pueden ser menos importantes, ya que en las medidas ocupa el

(29) BRAMONT-ARIAS, Luis. *Código Penal Anotado*. Editorial Rodas, Lima, 1995, pp. 111-112.

(30) PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Ob. cit., p. 103.

(31) GRACIA MARTÍN, Luis. Ob. cit., pp. 377-384.

primer plano la necesidad de seguridad general”⁽³²⁾. La prognosis desfavorable es central en esta evaluación, construida sobre la base de una valoración total del hecho cometido y del autor, de la que quepa esperar de este como consecuencia de su estado, relevantes delitos.

El artículo 75 del Código Penal fija un límite temporal a la medida de internación: no podrá exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicarse por el delito cometido. Si se tiene en cuenta, como ya se ha indicado, que la causa de la limitación de la libertad del inimputable radica en la especial condición personal de una persona que ha atentado contra un bien jurídico tutelado, es de concluirse –siguiendo a la jurisprudencia constitucional colombiana, SC/221 del 29 de mayo de 1992– que las medidas de seguridad no podrán ser perpetuas⁽³³⁾. El límite temporal previsto por la ley puede acortarse sin duda alguna en aras del fin terapéutico y rehabilitador de la medida. Señala la ley que la evaluación médica del agente se producirá cada seis meses, mediante pericia psiquiátrica, de suerte que si “las causas que hicieron necesaria la aplicación de la medida han desaparecido”, el juez deberá hacerla cesar.

En conclusión, sobre las medidas de seguridad, respecto a que las medidas de aseguramiento procesal deben tener algún punto de referencia, es del caso precisar lo siguiente:

1. Las medidas de seguridad son propias del denominado “derecho penal de la peligrosidad” y constituyen –sin desconocer su contenido aflictivo para el sujeto– una consecuencia jurídica preventivo especial (un tratamiento terapéutico de diverso signo, con fines correctores, o, en todo caso, una respuesta asegurativa del mismo) frente a la peligrosidad manifestada por el sujeto en un delito.
2. El presupuesto de las medidas de seguridad viene dado por la peligrosidad, puesta de manifiesto en la comisión del hecho antijurídico por un sujeto inculpable, que expresa una necesidad preventiva especial. Esto último explica, desde el principio de proporcionalidad, regido por el marco penal abstracto, que las medidas pueden modificarse en su configuración e incluso cesar por la desaparición o mengua de la peligrosidad del sujeto.

(32) JESHECK, Hans Heinrich Ob. cit., p. 1116.

(33) IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto y SAM PEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. Ob. cit., p. 46.

El tratamiento terapéutico resocializador, en la medida de seguridad, es condición de su legitimación, de ahí su naturaleza obligatoria o coactiva. El criterio de proporcionalidad no es el injusto cometido sino los hechos cuya comisión quepa pronosticar a partir de la peligrosidad revelada, tanto la expresada directamente en el hecho cometido como la previsible de cara al futuro⁽³⁴⁾.

3. Dos son los principios político-criminales centrales que informan esta institución:
 - a. **Principio de necesidad preventivo-especial**, que sobre la base utilitarista de necesidad y subsidiaridad, prevé que la medida de seguridad se justifica en función a la peligrosidad del sujeto, cuya intensidad está en función a la obtención de los efectos pretendidos y a la preferencia por las intervenciones menos gravosas si es que con ellas se obtenga el mismo objetivo, consecuentemente, no cabrá ni imponer un tratamiento, ni establecer su realización en privación de libertad, cuando lo uno o lo otro no resulte necesario.
 - b. **Principio de proporcionalidad**, que tiene un definido acento garantista, y se expresa en una referencia tanto a la “peligrosidad de pasado”, expresada en el delito cometido, como a la “peligrosidad de futuro”, expresada en el pronóstico sobre los hechos que pueda cometer, y que en nuestra legislación se asocia –respecto de la internación– a la duración de la medida⁽³⁵⁾.

IV. ANOMALÍA PSÍQUICA SOBREVENIDA DEL IMPUTADO

1. Aspectos iniciales

Desde el punto de vista procesal, la posibilidad más compleja se presenta cuando quien resulta implicado por la comisión de un delito comienza a sufrir síntomas de anomalía psíquica grave que no habían aparecido al tiempo de la perpetración del hecho punible.

(34) SILVA SÁNCHEZ, José María. *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 27-32.

(35) SILVA SÁNCHEZ, José María. Ob. cit., pp. 42-44.

El Código de Procedimientos Penales de 1940, aparentemente, no se pone en este supuesto. El artículo 189 solo hace mención a la enajenación mental u otros estados patológicos del imputado, en cuanto pueden alterar o modificar su responsabilidad. Sin embargo, pese a esta sensible omisión, como otras más que tiene el viejo Código, es del caso postular que si resulta pertinente examinar la condición psíquica del imputado – que integra la amplia noción de salud–, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 195, tal examen deberá realizarse por dos psiquiatras peritos, como analógicamente lo impone el citado artículo 189. Y, si se establece el estado de enfermedad mental del imputado que le impide ejercer sus derechos procesales, es evidente que no es posible que se le lleve a juicio, pues no estaría en condiciones de hacerlo por razones de enfermedad (arts. 192 y 234).

El Código Procesal Penal de 1991, en su artículo 72, reguló el supuesto de la anomalía psíquica sobrevenida, cuyo efecto principal es la suspensión del ejercicio de la acción penal hasta que, el tratamiento de la dolencia haga posible seguir con el procedimiento.

En tal virtud, es del caso estudiar en toda su dimensión el supuesto de que un imputado sufra una anomalía psíquica grave que lo imposibilite de seguir el proceso y ejercer su derecho de defensa. Los serios defectos legislativos constituyen, sin duda alguna, un serio obstáculo al tratamiento jurisprudencial del problema, pero de ninguna manera puede impedir su análisis integral y la formulación de propuestas de reforma correspondientes⁽³⁶⁾.

2. Anomalía psíquica grave sobrevenida e investigación preliminar

En el modelo vigente, a raíz de la entrada en vigor de la Constitución de 1979 y de la promulgación de la Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto Legislativo N° 52, se instituyó al fiscal como director jurídico funcional de la actividad policial y titular del ejercicio público de la acción penal (arts. del 9 al 11). La Policía, a partir de dichas normas, tiene un definido y controlado espacio de actuación en la averiguación del delito, la identificación de los presuntos responsables y el aseguramiento de las fuentes de prueba y de la propia persona del implicado, bajo la conducción jurídica funcional del Ministerio Público.

(36) Tal como en el artículo 76 del CPP de 2004 expresamente salva este vacío legal, tomando en cuenta lo recogido por el artículo 72 del CPP de 1991, en la que regula la anomalía psíquica sobrevenida y la suspensión del proceso penal hasta la cura de esta dolencia.

La Constitución reconoció a la Policía la atribución de investigación de delitos y de detención de personas, prescribiendo la LOMP que la Fiscalía debía vigilar e intervenir en su desarrollo. El artículo 9 de dicha Ley estatuye que: “El Ministerio Público interviene en ella –la investigación el delito desde la etapa policial– 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”. Ello significa que los actos de policía judicial, reconocidos por el artículo 59 del Código de Procedimientos Penales de 1940, son actos a prevención, realizados con el carácter de urgencia y extrema necesidad y en aras de poner inmediatamente al imputado y a las pruebas obtenidas a disposición de la autoridad judicial⁽³⁷⁾.

Una vez que la policía ha iniciado una investigación preliminar, corresponde a la fiscalía intervenir jurídicamente en ella. Si durante el breve periodo de investigación policial –que se reduce ostensiblemente si el “implicado” se encuentra detenido– se presentan en él síntomas de anomalía psíquica, corresponderá a la policía y, necesariamente, al fiscal ponerlo a inmediata disposición judicial promoviendo la acción penal a fin de que, previo auto de apertura de instrucción, se inicien los actos procesales que correspondan.

Se entiende que la puesta a disposición judicial del implicado está condicionada a la existencia de mínimas pruebas de su intervención en el delito objeto de investigación, tal como lo preceptúa el artículo 942.2 de la LOMP. Por consiguiente, si no hay evidencias del delito o de la intervención delictiva del implicado con presunta anomalía psíquica sobrevenida, es del caso disponer su inmediata libertad.

Es igualmente claro que si el estado de salud del imputado, en atención al padecimiento psíquico que sufre, no le permite prestar manifestación, esta debe suspenderse inmediatamente y, con las pruebas y medidas de aseguramiento adoptadas, ponerlo a disposición de la fiscalía. Si las afectaciones se detectan luego de la manifestación, la inmediata puesta a disposición del implicado tampoco puede esperar.

La necesidad de la puesta a disposición judicial del implicado es inevitable porque únicamente corresponde al juez, en su momento, decidir

(37) GIMENO SENDRA, Vicente. *El proceso de Habeas Corpus*. Editorial Tecnos, Madrid, 1985, p. 28.

no solo la realización de una pericia psiquiátrica y evaluar el informe pericial respectivo, sino establecer si el proceso debe o no continuar.

3. Anomalía psíquica sobrevenida e instrucción judicial

3.1. El Código de 1940

Si el estado de anomalía psíquica grave sobrevenida no es apreciado en sede de investigación preliminar –que según práctica uniforme puede ser realizada por la Policía o por la fiscalía directamente– o, en todo caso, se presenta durante la etapa de instrucción, corresponde al juez penal decidir al respecto. Como ya se anotó, el Código de 1940 no tiene norma específica que resuelva el problema, por lo que únicamente se puede trazar alguna solución a partir de las propias posibilidades de nuestro ordenamiento procesal, con el auxilio del derecho comparado.

En este sentido, si se tiene en cuenta que la anomalía psíquica es una enfermedad que afecta el psiquismo de la persona, resulta de estricta necesidad establecer su concurrencia, para lo cual debe realizarse la pericia psiquiátrica correspondiente. Una vez que la anomalía psíquica se acredita judicialmente y siempre que el imputado requiera auxilio médico especializado en un centro hospitalario, es del caso disponer, con fines estrictamente terapéuticos, su internamiento. El juicio oral, siempre que se formule acusación contra el imputado que adolece de anomalía psíquica, está condicionado a su estado de salud y a que pueda estar presente en el acto del juzgamiento (arts. 192, 195, 210, 234 y 266). Es de acotar que es la etapa del juicio oral la que se suspende más no la instrucción, que debe continuar hasta su culminación regular, a fin de definir si procede acusar o no al inculpado.

Puede suceder que el imputado se encuentre con mandato de detención, en cuya virtud, probada la anomalía psíquica sobrevenida, de conformidad con el artículo 192, corresponde trasladarlo al hospital para que reciba tratamiento terapéutico especializado. Este traslado, en estricto sentido, no determina la variación de la medida cautelar de detención, sino que se adicionaría a ella, aparte de su esencial función cautelar, funciones de seguridad y tutela.

Por el contrario, si se encuentra con mandato de comparecencia, obviamente tal medida cautelar atento al principio del *rebus sic stantibus* puede modificarse, siempre que –respetando el principio de proporcionalidad– resulte indispensable internar al imputado en atención a la peligrosidad procesal que podría presentarse: entorpecimiento de la necesaria

sujeción del imputado a los emplazamientos judiciales y, fundamentalmente, a la ejecución de la posible sanción a imponerse. Tal cambio de medida traería consigo, adicionalmente y como ya se anotó, no solo el cumplimiento de funciones cautelares (aseguramiento de la ejecución de la futura medida de seguridad que deberá imponerse si se cumplen las exigencias de los artículos del 72 al 74 del CP), sino también de funciones de seguridad y tutela para el propio imputado, en atención al padecimiento síquico que está sufriendo.

3.2. La pericia psiquiátrica

El artículo 192 del Código de 1940 prescribe que el internamiento del inculcado enfermo está condicionado a un informe médico. Sin embargo, como quiera que la anomalía psíquica tenga su propia especificidad, es práctica constante de los tribunales, aplicando integrativamente el artículo 189, dedicado a la anomalía psíquica vigente al momento de la comisión del delito, exigir el previo informe pericial de dos médicos psiquiatras.

La Ley procesal, en materia de prueba pericial, exige que se nombren dos peritos (arts. 161 del Código de 1940 y 217 del Código de 1991)⁽³⁸⁾, aunque el artículo 216 del Código de 1991 autorizaba que los peritajes puedan ser realizados por personas jurídicas, oficiales o privadas. En esta perspectiva, el artículo 91 de dicho Código señalaba que el auxilio al esclarecimiento de los hechos y a la determinación de las responsabilidades a que hubiere lugar, que lógicamente incluía el apoyo pericial, podían ser realizado en Criminalística de la Policía Nacional, por el Sistema Nacional de Control, por los demás organismos del Estado, por las Universidades e Institutos Superiores y por los organismos técnicos de los ministerios. En el caso del análisis del estado mental del imputado o de cualquier otro sujeto procesal, el Instituto de Medicina Legal “Leonidas Avendaño Ureta” –que a partir de lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria del Decreto Ley N° 25993⁽³⁹⁾, del 21 de diciembre de 1992 fue transferido del Ministerio de Justicia al Ministerio Público– tiene a su cargo la realización de pericias siquiátricas, por lo que es a dicho órgano pú-

(38) En el caso del nuevo Sistema Procesal de 2004, en el artículo 76.1 del CPP de 2004, el Juez de Investigación Preparatoria o el Juez Penal colegiado o unipersonal ordenará, de oficio o de parte, la realización de un examen por un perito especializado, distinto al Código de Procedimientos Penales que exigía dos peritos.

(39) Ley actualmente derogada por la Única Disposición Derogatoria de la Ley N° 29809 - Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 8 de diciembre de 2011.

blico al que hay acudir cuando el juez, de oficio o a pedido de parte, advierte que el imputado puede sufrir anomalía psíquica grave sobrevenida.

El dictamen o informe pericial, necesario en cuanto la apreciación de la anomalía psíquica requiere el auxilio especializado de naturaleza científica de médicos siquiátras, en la que debía contener los siete apartados del artículo 234 del Código de 1991. Es de destacar cuatro de ellos: a) exposición detallada de lo que se ha comprobado en relación al encargo; b) motivación o fundamentación del examen técnico; c) indicación de los criterios científicos o técnicos, métodos y reglas de los que se sirvieron para hacer el examen; y, d) conclusiones.

En el caso específico de la pericia psiquiátrica, lo que se requiere del informe pericial es: a) que se haga una mención expresa de los síntomas de manifestación del trastorno mental; b) que se realice el correspondiente diagnóstico clínico, esto es, que se describa el cuadro semiológicamente caracterizado de la entidad nosológica a que pertenece⁽⁴⁰⁾; c) que se precise la entidad de la anomalía psíquica, si esta es sobrevenida y qué relación guarda, con el delito objeto del proceso penal; y, d) que se establezca si la anomalía psíquica diagnosticada impide al imputado seguir el proceso, es decir, si es capaz procesalmente.

A la presentación del informe pericial, los Códigos de 1940 y de 1991 (arts. 167 y 228, respectivamente) exigen la diligencia de **ratificación o examen pericial**, a la cual podrán concurrir las partes personadas en la instrucción e intervenir en su desarrollo (art. 168 del Código de 1940). Se trata de una diligencia que la jurisprudencia suprema ha establecido que integra el dictamen o informe pericial propiamente dicho, pues lo que en ella se diga, modifica o completa dicho dictamen o informe⁽⁴¹⁾. Además, dicho examen debe ser realizado por el juez obligatoria y personalmente⁽⁴²⁾. Sin tal diligencia el juez no puede expedir sentencia⁽⁴³⁾ o, en todo caso, otras resoluciones instructorias vinculadas a la validez, suspensión o prosecución de la acción penal⁽⁴⁴⁾.

(40) CABELLO, Vicente P. *Psiquiatría Forense en el derecho penal*. Tomo I. Editorial Hammurabi, Buenos Aires. 1981, pp. 95-97.

(41) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. *Anales Judiciales*. Lima, 1942, p. 291.

(42) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. *Anales Judiciales*. Lima, 1943, p. 264.

(43) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. *Anales Judiciales*. Lima, 1944, p. 130.

(44) Esta diligencia también es obligatoria en el CPP de 2004, en específico en el artículo 181.

Lo expuesto viene a significar:

1. Que la pericia psiquiátrica, incluyendo la ratificación o examen pericial, siguiendo a Gómez Colomer, es una actuación especial encaminada a proporcionar al juez el acreditamiento necesario para poder observar la concurrencia o no del presupuesto de capacidad procesal del imputado; es decir, un medio de justificación de presupuesto procesal. Esta pericia no sirve para preparar el juicio oral –función del acto de investigación– ni para fundamentar una sentencia, sino para determinar si ha de suspenderse el proceso o impedirse la celebración del juicio oral⁽⁴⁵⁾.
2. Que esta diligencia, según el modelo del Código de 1940, se actúa bajo los principios que rigen la actividad probatoria, esto es, de contradicción, igualdad de armas, oralidad y publicidad (relativa en este caso). Las partes han de ser citadas a la diligencia de ratificación o examen pericial y, además, pueden asistir peritos de parte y llevarse a cabo debates periciales entre los peritos oficiales y los de parte. El inculcado, el actor civil y el fiscal están autorizados a intervenir y exigir las aclaraciones que correspondan, estando los peritos obligados a absolver⁽⁴⁶⁾. Sobre esa base es que el juez podrá decidir si, en efecto, cabe declarar probada la causal de anomalía psíquica sobrevenida y, por consiguiente, disponer –de ser el caso– el internamiento del inculcado enfermo.

Este conjunto de exigencias, señala Gómez Colomer, tienen como finalidad instituir los cauces más adecuados para fundar una resolución justa, que tanta importancia, fundamentalmente para el enfermo, tiene si se aprecia la existencia de una anomalía psíquica grave⁽⁴⁷⁾. El juez aprecia el informe pericial y el resultado del examen pericial con criterio de conciencia, por lo que a partir de la calidad y solidez científica del aporte pericial la decisión judicial definirá si el inculcado, en efecto, padece de anomalía psíquica grave que le resta capacidad procesal.

(45) GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. Ob. cit., pp. 86-88.

(46) GARCÍA RADA, Domingo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Eddili, Lima, p. 8.

(47) GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. Ob. cit., p. 94.

3.3. La suspensión del proceso

Establecida la anomalía psíquica sobrevenida, como consecuencia de la pericia siquiátrica y de la diligencia de examen pericial, corresponde al juez dictar la resolución que corresponda. Como ya se anotó, el Código de 1940 no se pone en el supuesto de anomalía psíquica sobrevenida, pero es de considerar que indefectiblemente ante una clara incapacidad procesal del imputado el proceso debe suspenderse: no puede haber juicio oral con un encausado que padece enfermedad mental. Coincidente con esta posición es García Rada, quien señala que en estos casos “(...) procede disponer su internamiento –del inculcado– en el establecimiento respectivo hasta su curación y cuando la alcance, ser sometido al juicio oral y juzgado por el delito cometido cuando era responsable. Entre tanto la instrucción quedará reservada en el Tribunal”⁽⁴⁸⁾.

En lo que discrepamos de García Rada es en lo referente a la obligatoriedad del internamiento en un centro hospitalario. Consideramos, en aplicación del principio de proporcionalidad, que solo podrá disponerse el internamiento siempre que: a) el delito cometido y los que se pueda esperar como consecuencia de la anomalía psíquica sobrevenida sean graves; y, b) que no sea posible dictar una medida menos gravosa que la: con asegurar el fin de tutela, curación y de prevención. Estas referencias permiten adecuar los poderes de restricción de derechos entregados al juez para proteger el interés general con el respeto a los derechos fundamentales del imputado⁽⁴⁹⁾. Si se toma como referencia la nota de instrumentalidad de toda medida cautelar y, por ello mismo, se tiene en consideración que el artículo 71 del Código Penal prevé como medidas de seguridad la internación y el tratamiento ambulatorio, resulta plenamente posible que, acreditada la anomalía psíquica sobrevenida, corresponda disponer un tratamiento ambulatorio, bajo control de la autoridad judicial.

El control judicial de la medida significa que sobre el internamiento y el tratamiento la última palabra la tiene el juez, así como de la correcta aplicación de las técnicas terapéuticas y del respeto de los derechos individuales del interno.

(48) GARCÍA RADA, Domingo. Ob. cit., p. 237.

(49) PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *El Principio de Proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal y literatura especializada alemanas*. Revista Poder Judicial, 2ª época, N° 17. 7990, p. 79.

En el artículo 72 del Código de 1991 señalaba que si se acredita la anomalía psíquica sobrevenida, el juez previo dictamen pericial y opinión favorable del fiscal dictaría un auto resolviendo la suspensión del ejercicio de la acción penal hasta que el tratamiento de la dolencia haga posible seguir con el procedimiento. Este numeral presentaba tres problemas centrales: en primer lugar, el referido al momento de la suspensión y su extensión; en segundo lugar, el supuesto de los procesos penales complejos; y, en tercer lugar, el pretendido carácter vinculante de la opinión fiscal.

a. Suspensión de la acción penal

Una vez que el juez está convencido de la anomalía psíquica sobrevenida del imputado y que, por tal motivo, adolece de incapacidad procesal, la norma señala que “(...) suspenderá el ejercicio de la acción penal (...)”. Una lectura literal del aludido precepto permitiría concluir que con el auto de declaración de incapacidad procesal por anomalía psíquica sobrevenida la instrucción se suspendería en ese mismo momento⁽⁵⁰⁾.

Sin embargo, siguiendo a Giovanni Leone, consideramos que prima siempre los principios del *favor rei* y del *favor libertatis*, tanto más si el citado artículo 72 constituye una *lex favoris* para el imputado incapaz⁽⁵¹⁾. En tal virtud; la instrucción debe continuar, desde que no puede impedirse que se lleven a cabo los actos necesarios para la declaración de certeza del delito; por consiguiente, si como resultado de los actos de investigación se establece la inexistencia del delito, la extinción de la infracción penal o no se puede acreditar que el encausado está vinculado al ilícito penal como autor o partícipe, no puede impedirse que se dicte auto de sobreseimiento y, con tal decisión, liberar de todos los cargos criminales al imputado incapaz, entonces, no existe razón alguna para entender el artículo 72 cuya *mens legis* buscaba favorecer al imputado, perjudicando su entorno jurídico. La suspensión, en todo caso, resulta inevitable si corresponde la procedencia del juicio oral.

(50) Al igual que el CPP de 2004, en el artículo 76, advierte que el órgano jurisdiccional dispondrá la suspensión del proceso hasta que el tratamiento la dolencia haga posible reiniciarlo, si fuese necesario se ordenará el internamiento del imputado en un centro hospitalario especializado.

(51) LESNE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Editorial EJEA, Buenos Aires, 1963, pp. 453-454.

El auto de suspensión del ejercicio de la acción penal tiene dos límites legales. El **primer límite** está referido al término regular de la suspensión, el cual está condicionado a la recuperación de la capacidad procesal del imputado. En el supuesto del Código de 1940, corresponde al juez solicitar cada seis meses la actualización de la pericia médica respectiva, sin perjuicio de que el director del centro de internación o donde el imputado esté recibiendo tratamiento le haga conocer que las causas que determinaron la suspensión han desaparecido (aplicación supletoria del II Párrafo del art. 75 del CP). En cambio, en el supuesto del Código de 1991 existe una norma expresa, el artículo 74, que reduce a la mitad el control periódico del encausado declarado incapaz procesal. Dicha norma prescribe que el director del centro hospitalario en donde reciba asistencia psiquiátrica el procesado deberá informar trimestralmente al fiscal –en cuanto conductor de la investigación– acerca del estado de salud del imputado, sin perjuicio de que se pueda ordenar exámenes periciales de oficio cuando lo juzgue conveniente el Ministerio Público.

El segundo límite tiene que ver con la extinción de la acción penal por prescripción. Como la potestad punitiva está limitada por el tiempo, el artículo 78.1 del Código Penal prevé que la acción penal se extingue, entre otras causales, por prescripción, esto es, cuando transcurre un tiempo determinado sin que se haya emitido sentencia. Si esto sucede, en armonía con los artículos 80 al 84 del Código Penal, debe dictarse la resolución que archive definitivamente el proceso, levantándose las medidas cautelares de toda índole dictada contra el imputado y disponer que cese el internamiento dispuesto.

b. Suspensión y procesos penales complejos

En los casos en que existe una pluralidad de imputados y la anomalía psíquica sobrevenida no afecte a todos, resulta indispensable entender la suspensión exclusivamente para los afectados por la incapacidad procesal. El proceso, en ese caso, se divide o separa, prosiguiéndose la causa respecto de los capaces. Ante el vacío legislativo, el artículo 276 del Código de 1991 estatuyó que si son varios los acusados, y alguno de ellos no concurra, la audiencia se iniciará con los asistentes. Es claro que los coimputados capaces tienen interés en la rápida definición del proceso:

interés, como explica Giovanni Leone, de alto contenido, ya que constituye un aspecto del derecho a la defensa y que no puede quedar sin tutela judicial efectiva⁽⁵²⁾.

c. El dictamen fiscal y la anomalía psíquica sobrevenida

El artículo 72 del Código de 1991 prescribía que el auto de suspensión requiere la opinión favorable del fiscal. Si el juez discrepaba del dictamen fiscal, sea estimativo o desestimativo de la suspensión pedida por el imputado o iniciada por el propio juez de la causa, el artículo 73 disponía que los autos debieran pasar al fiscal de mayor jerarquía para que emita dictamen al respecto, con el cual se resolvería en el plazo de 3 días.

La trascendental importancia de la resolución, que definirá si el proceso debe o no suspenderse, puede haber justificado tan inusitada disposición legal, carente de toda referencia en el derecho comparado. Sin embargo, es de puntualizar que la necesidad de instar el control jerárquico solo se entiende frente a un dictamen no acusatorio del fiscal, como expresión de un atributo de la jurisdicción de cautelar la vigencia del principio de oficialidad de la acción penal. Por ello, es de advertir que no tiene base jurídica razonable vincular la opinión fiscal, que en suma es la postulación de quien es parte en el proceso, a la decisión del juez y, en todo caso, lesionar el principio de igualdad procesal, otorgando a una de las partes mayores armas y un contenido más fuerte de actos postulatorios frente al imputado y a las demás partes procesales.

En todo caso, cabe una interpretación acorde a la garantía de igualdad y compatible con el principio acusatorio y el de contradicción. El juez frente a una discrepancia del fiscal acerca de la existencia de una anomalía psíquica grave sobrevenida, elevará los autos al fiscal superior en grado y con su dictamen, cualquiera que sea el sentido del mismo, resolverá conforme al mérito de lo actuado y a lo que estima justo y arreglado a derecho. La opinión del fiscal superior no lo vincula, como sería en el supuesto de control jerárquico de dictámenes no acusatorios, puesto que se está ante supuestos radicalmente distintos; en el caso

(52) LEONE, Giovanni. Ob. cit., p. 456.

que nos ocupa se trata de decidir si se suspende el proceso, mientras que en el otro supuesto se debe resolver si la acción penal, entregada al Ministerio Público, debe desestimarse mediante un sobreseimiento.

4. Anomalía psíquica y las otras etapas del proceso penal

Como sabemos, la fase intermedia del proceso está destinada a establecer si es posible someter a una persona determinada –el inculpado– a un juicio⁽⁵³⁾. Esta fase, como su nombre lo sugiere, se encuentra entre la instrucción y el juicio oral. Como se trata de una fase fundamentalmente crítica, luego de establecer que los actos de investigación están completos debe determinarse si se dan los presupuestos necesarios para sobreseer o para dictar el auto de enjuiciamiento.

En caso existan sospechas de que el imputado, luego de la comisión del delito, padece de anomalía psíquica grave, el juez o la sala penal, de oficio o a pedido de parte, se haya emitido o no acusación fiscal, puede instar la realización de la correspondiente pericia psiquiátrica. Si bien, por regla general, en esta etapa no cabe actuaciones probatorias, empero dado que la decisión de suspender la acción incide en la acreditación de un presupuesto procesal y que el examen pericial –según jurisprudencia del Supremo Tribunal– constituye una unidad con el informe pericial propiamente dicho, no existe el menor problema para que el examen pericial se lleve a cabo en el curso de una audiencia preliminar con asistencia de las partes.

Una vez realizado el examen pericial, el Juez o la Sala Penal, previa vista fiscal, decidirá si procede dictar el auto de suspensión del proceso. En el caso, del Código de 1991 se requerirá, en un primer momento, la conformidad del Ministerio Público. Si el fiscal no está de acuerdo con la suspensión del proceso y el juez está en desacuerdo con esa opinión, debe instar la intervención del fiscal superior en grado y con su opinión decidir lo que considere arreglado a derecho.

Si las sospechas de que el imputado adolece de anomalía psíquica grave sobrevinida que le prive de capacidad procesal se produce en el curso del juicio oral, los actos procesales destinados a determinar tal situación; solicitud, pericia psiquiátrica y examen pericial, se llevarán a cabo

(53) BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 223.

en vía incidental, al amparo del artículo 271 del Código de 1940. Cualquiera que sea el estado o momento del juicio oral, debe procederse a ordenar la pericia, realizar el examen pericial y a dictar el auto de suspensión del procedimiento, en tanto se adolece de un presupuesto procesal que impide al acusado comprender los cargos y defenderse debidamente.

V. COMISIÓN DE DELITO EN ESTADO DE ANOMALÍA PSÍQUICA GRAVE

1. Aspectos generales

Como se sabe, la comisión de un delito por quien padece de una anomalía psíquica grave da lugar a una causal de exención de responsabilidad penal reconocida por el artículo 20.1 del Código Penal. En puridad, el sujeto que, en esas condiciones, perpetra un hecho típicamente antijurídico es un inimputable, al que no puede imponérsele una pena. Este es un problema de fondo, por lo que en esencia resultan de aplicación las normas penales materiales. La ley procesal se limita a prescribir el procedimiento que debe llevarse a cabo para esta declaración de inimputabilidad, de ahí que en esencia es del caso acudir al Código Penal.

El tratamiento procesal del Código de 1940 es más bien escueto y no permite vislumbrar, a partir de su propio texto (art. 191), qué debe hacer el superior tribunal con el inculcado una vez que se ha dispuesto su ingreso al “asilo de insanos”. En esta misma perspectiva, el Código de 1991 prescribía que se declarará exento de responsabilidad al encausado inimputable y se sobreseerá la causa respecto de él, no especifica qué sucede una vez que el imputado evidencie mejoría y qué carácter tiene el tratamiento que se le impone en un centro hospitalario.

Evidentemente frente a estos vacíos y claros defectos legislativos es de rigor enfrentar el problema procesal no solo correlacionándolo con el Código Penal –a final de cuentas es un tema netamente sustantivo– sino hurgando en la naturaleza de los actos procesales e invocando el auxilio del Derecho comparado.

2. La pericia psiquiátrica

La declaración judicial de inimputabilidad está precedida, en ambos Códigos, de la realización de una pericia psiquiátrica. El artículo 189 del Código de 1940 señala: “Cuando hubiere sospechas de que el inculcado sufre enajenación mental, u otros estados patológicos, que pudieran

alterar, o modificar su responsabilidad, el juez de oficio o a petición del defensor del fiscal, mandará reconocerlo por dos psiquiatras peritos. El defensor el fiscal, puede, también, nombrar su perito”. Esta norma central, a su vez, debe integrarse con lo dispuesto en el artículo 95.4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público que dispone señala como atribución del fiscal provincial en lo penal, “solicitar al juez el reconocimiento del inculcado por médicos siquiátras cuando tuviere sospechas de que el inculcado sufre de enfermedad mental o de otros estados patológicos que pudieran alterar o modificar su responsabilidad penal; y en su caso, pedir su internamiento en un nosocomio, cortándose la instrucción con respecto al inimputable”.

El artículo 71 del Código de 1991, igualmente, exige la realización de un dictamen pericial a fin de acreditar el estado de inimputabilidad del procesado al momento de cometer el delito.

Es indudable que, conocer o apreciar el estado de anomalía psíquica de un imputado requiere de conocimientos especiales (art. 160 del Código de 1940). Los especialistas, encargados de la labor pericial, a que hace referencia el artículo 161 del Código vigente, están concretados cuando se trata de definir la anormalidad psíquica de un imputado: el artículo 189 exige –caso único– que sean siquiátras. El Código de 1991 no precisó que los peritos deban de ser siquiátras, pero se tiene en consideración que el artículo 215 hacía mención que la realización de un peritaje importa el conocimiento especializado de naturaleza científica y que la labor pericial de carácter forense está encomendada al Instituto de Medicina Legal, resulta obvio que los expertos que están en condiciones de realizar científicamente una determinación del estado mental del agente deben ser siquiátras.

El informe pericial debe contemplar dos situaciones esenciales. En primer lugar debe pronunciarse acerca de si el imputado adolece una anomalía psíquica que afecta gravemente su concepto de la realidad y; por tanto, no posee la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión (art. 202.1 del CP). En segundo lugar debe pronosticar el nivel de peligrosidad delictual del imputado, tomando como referencia al padecimiento que sufre, el delito cometido y los delitos que puede esperarse cometa a partir de las características del sujeto (art. 73 del CP). Sobre el juicio de peligrosidad, apunta Vicente P. Cabello, este corre por cuenta del perito psiquiatra, tornando oportuna

la aplicación de una medida de seguridad curativa que, obviamente, también es decidida por el juez⁽⁵⁴⁾.

El artículo 167 del Código de 1940 regula la diligencia de entrega y ratificación pericial, que el artículo 228 del Código de 1991 denominó “interrogatorio de peritos”. Esta diligencia, que según criterio jurisprudencial antes precisado se integra unitariamente al informe pericial, constituye un acto de prueba y, como tal, se actúa con absoluto respeto a las garantías propias de todo acto de esa naturaleza, esto es, contradicción, igualdad de armas, oralidad, inmediación y publicidad, en este caso relativa⁽⁵⁵⁾. Como se trata de determinar si el imputado es imputable o no, lo cual es un tema de fondo, de Derecho Penal material, es de rigor actuar la ratificación o interrogatorio de peritos previa notificación a las partes, aceptando su intervención en igualdad de condiciones y obligando a los peritos contesten las preguntas e inquietudes que formulen las partes y el juez. Es de resaltar que las partes pueden nombrar su perito, el cual –previa presentación de su informe– debe asistir a dicha diligencia y de ser discrepante con las conclusiones de la pericia oficial, debe procederse al debate pericial.

3. Los demás actos instructorios

Lo relevante, si se tiene en cuenta que la anomalía psíquica sobrevenida constituye una causal de suspensión del procedimiento al constatar-se la ausencia de un presupuesto procesal, es que la determinación de la comisión de un delito mediando anomalía psíquica grave, al ser un tema de Derecho Penal material, no puede impedir la actuación de las diligencias de constatación de los hechos delictuosos objeto del proceso penal ni la de determinación de la intervención en tales hechos del imputado. Esto último es de vital importancia, por cuanto para la imposición de una medida de seguridad debe acreditarse que el agente haya realizado un hecho previsto como delito (art. 72.1 del CP): En tal virtud, es de concluir que la decisión acerca de la exención de pena por inimputabilidad está condicionada al agotamiento de los actos de instrucción, es decir, al cumplimiento de los fines establecidos en los artículos 72 del Código de 1940 y 91 del Código de 1991.

(54) CABELLO, Vicente. Ob. cit., p. 98.

(55) GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. Ob. cit., p. 140.

4. La resolución de mérito sobre la inimputabilidad

Actuada la pericia psiquiátrica y el examen pericial correspondiente, así como las demás diligencias de comprobación que exija la acreditación de los extremos de la noticia criminal, lo que está impuesto por el artículo 72.1 del Código Penal, corresponde al órgano jurisdiccional decidir acerca de la situación jurídica del imputado.

El artículo 191 del Código de 1940 se limita a señalar que si el Juez Penal se persuade que el inculpado padece de enajenación mental, “ordenará su ingreso al asilo de insanos; y elevará la instrucción al Tribunal, para que resuelva lo conveniente”. Se entiende que la elevación al tribunal solo procede en aquellos supuestos en los que el juez penal no emite sentencia, que sería el caso del denominado procedimiento ordinario. Ello es así, porque luego de la entrada en vigencia del Código se incorporó nuevo procedimiento, el sumario o abreviado, que reconoció al Juez Penal facultades de fallo para un conjunto de delitos considerados de pequeña o mediana entidad.

El indicado artículo 191 se limita a prescribir que el juez penal ordenará el ingreso al asilo de insanos, lo que a nuestro juicio solo procederá cuando el imputado, a tenor del artículo 73 del Código Penal, revista peligrosidad, delictual. También dispone dicho numeral que el juez penal elevará la instrucción al tribunal para que “resuelva lo conveniente”. Esa frase ha sido interpretada por la jurisprudencia en el sentido de que si está plenamente acreditado el estado de anomalía psíquica grave del imputado no cabe decidir la inimputabilidad mediante sentencia luego de finalizar el juicio oral –no se puede juzgar a insanos–, sino que es posible dictar auto de sobreseimiento⁽⁵⁶⁾.

Si bien, esa opción jurisprudencial de reconocer que la inimputabilidad, cuando se encuentra plenamente establecida a partir de las diligencias actuadas por el Juez Penal o en la fase de instrucción investigación, da lugar al sobreseimiento de la causa es absolutamente correcta y guarda relación con el Derecho Comparado; empero, no es posible imponer una medida de seguridad, que al igual que la pena también es una sanción penal, obviando la celebración de un juicio, en el cual se pueda discutir al amparo de los principios del contradictorio, inmediación, oralidad, igualdad de armas y publicidad –que puede ser relativa–, primero,

(56) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. *Anales Judiciales*. Lima, 1960, p. 126.

si el imputado realmente cometió el delito que se le incrimina, y, segundo, si cabe imponer una medida de seguridad (juicio de peligrosidad delictual del sujeto) y, en todo caso, si corresponde internación o tratamiento ambulatorio.

La medida de seguridad, es de recordar, requiere, en primer lugar; que el inimputable haya cometido un hecho calificado de delito en la ley penal y, en segundo lugar, que su autor sea peligroso. Si la medida de seguridad es una sanción penal y, como tal, importa la restricción de derechos fundamentales, no se puede permitir que se le sancione sin proceso judicial, en este caso sin un juicio debido, por así imponerlo los incisos 10 y 3 del artículo 139 de la Constitución que garantizan la necesidad del juicio penal y el debido proceso; no sería justo ni equitativo imponer una medida de seguridad a una persona, sin dar oportunidad a que contradiga el requerimiento fiscal y pueda alegar lo conveniente en defensa de su derecho a la libertad.

El Código de 1991 si bien declaró expresamente que la inimputabilidad del procesado es causal de sobreseimiento definitivo de la causa respecto de él, empero autorizaba al Juez Penal –sin interesar el procedimiento, ordinario o especial por razón de delito, que se siga– a que en caso necesario disponga el tratamiento del imputado en un centro hospitalario especializado hasta que evidencia mejoría. Este tratamiento, sin duda alguna, es el efecto o materialización de la imposición concurrente de una medida de seguridad, que según el nivel de peligrosidad puede ser de internación o de simple tratamiento ambulatorio compulsivo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 71 del Código Penal. Rigen, por consiguiente, las mismas críticas hechas al Código anterior: ¡la imposición de una medida de seguridad exige un juicio o debate contradictorio!

En virtud de tan grave defecto, de esta iniquidad según palabras de Maier, el Proyecto de Código Procesal Penal de 1995 en su artículo 72 prescribe la necesaria realización de una audiencia privada con intervención de todos los sujetos procesales, pudiendo obviarse la presencia del imputado si su estado de salud no lo permite, para discutir, en primer lugar, si cabe absolverlo de los cargos y, en segundo lugar, si corresponde imponer una medida de seguridad. La absolución que se precisa como primera posibilidad de esta audiencia (El Código italiano permite esta discusión en la denominada “audiencia preliminar”), presupone un dictamen inculpativo del fiscal y la solicitud de imposición de una medida de seguridad.

Este es el modelo que surge del “procedimiento de seguridad” de la ordenanza procesal penal alemana (*Sicherungsverfahren*). Se trata, explica Julio B. J. Maier, de un procedimiento –expresión de la necesidad de un debate en toda ocasión– llevado a cabo únicamente para aplicar medidas de seguridad y corrección, específicamente la internación en un sanatorio o establecimiento asistencial (art. 42-B del CP alemán), cuando el imputado, a causa de haber realizado la acción punible en situación de inimputabilidad, no puede ser perseguido para someterlo a una pena, pero puede corresponder la medida de seguridad y corrección citada⁽⁵⁷⁾. De igual manera, bajo esta orientación el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica instituyó el denominado “juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad y corrección”. En la exposición de motivos de dicho Código se dice: “El juicio para la aplicación exclusiva de una medida de seguridad y corrección intenta dar solución a un problema real de nuestra legislación que se traduce, actualmente, en una privación absoluta del Derecho de defensa de los inimputables, sometidos a severas medidas de seguridad y corrección. En estos casos nuestra práctica común interna por un tiempo indeterminado a quien se encuentra en la condición prevista por la regla, sin debate y, en la inmensa mayoría de ellos, sin oír al afectado y sin defensa técnica”⁽⁵⁸⁾.

VI. ANOMALÍA PSÍQUICA GRAVE Y MEDIDAS CAUTELARES

1. La restricción de la libertad personal

Los códigos procesales nacionales guardan absoluto silencio en materia de medidas coercitivas –término sin duda alguna más amplio que cautelares– que pueden dictarse contra los encausados que adolecen de anomalía psíquica grave. Resulta de particular interés definir qué medida de carácter personal cabe dictar contra el supuesto enajenado mental que comete un delito y cómo se puede definir el internamiento que dispone el juez una vez que constata, previo informe siquiátrico y examen pericial, el estado de anomalía psíquica del imputado.

(57) MAIER Julio B.J. *La Ordenanza Procesal Penal Alemana. Su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentinos*. Revista Doctrina Penal, 1980, Buenos Aires, p. 842.

(58) MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal Argentino*. Volumen la Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1959, p. 310.

La Constitución de 1993, en principio, solo autoriza la restricción de la libertad personal en el modo y forma prescrito por la Ley (art. 2, inc. 24, lit. b). Por motivos de infracción penal, que es el supuesto objeto de estudio, el literal f de dicha norma autoriza la detención de las personas solo por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito.

Ambas modalidades de privación de libertad tienen una clara esencia cautelar. En efecto, la detención preliminar policial, está en función de la incoación de un proceso penal, preordenado a garantizar la futura aplicación del *ius puniendi* y, de modo inmediato, a proporcionar al juez el primer sustrato fáctico para el inicio de la instrucción formal y la adopción, en su caso, de las medidas cautelares⁽⁵⁹⁾. Asimismo, la detención judicial, iniciado un proceso penal, procura asegurar la efectividad de la ejecución de la pena y, también, la presencia del imputado durante el proceso⁽⁶⁰⁾.

Las dos modalidades de detención, aunque en menor grado la primera, requieren como presupuestos materiales el *fumus bonis iuris*, que es la imputación o atribución razonada de la comisión de un hecho punible, y el *periculum in mora*, que es la posibilidad de daño jurídico derivado de las actuaciones penales.

- a. En el caso de la detención preliminar policial, la imputación se focaliza en la flagrancia delictiva y, el peligro de fuga, aun cuando no está expresamente consignado en la Constitución, se traduce en el riesgo de que el implicado por las circunstancias de hecho o de su personalidad pueda presumirse fundadamente de que se sustraerá de la actividad de la justicia.
- b. En el supuesto de la detención judicial, de conformidad con el artículo 135 del Código Procesal Penal de 1991, norma vigente, en primer lugar, la atribución razonada del hecho punible consta de dos reglas: 1) Constancia en el procedimiento de la existencia de un hecho punible. 2) Juicio de verosimilitud de la imputación, esto es, elementos probatorios que vinculen al imputado con el delito denunciado. Concurrentemente, y en segundo lugar, la existencia de un daño jurídico derivado del procedimiento,

(59) GIMENO SENARA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*, Editorial Colex, Madrid, 1996, p. 354.

(60) ORTELLS RAMOS, Manuel y GÓMEZ-COLOMER, Juan Luis. *Derecho Jurisdiccional*. Tomo Editorial Bosch. Barcelona. 1991, p. 554.

se expresa igualmente a través de dos reglas: 1) Que el hecho delictuoso objeto de imputación esté sancionado con una pena superior a los cuatro años de privación de libertad. 2) Que exista una causal de peligrosismo procesal, que se traduce en el peligro de fuga, esto es, en los riesgos de sujeción del imputado al proceso, y en el peligro de oscurecimiento de la actividad probatoria, vale decir, en los riesgos de alterar las fuentes de prueba o la incorporación de los elementos probatorios al proceso.

2. La medida coercitiva contra el anormal psíquico

Es claro que la Policía al momento de disponer la detención de un implicado solo tendrá en cuenta la flagrancia delictiva y, por razones de proporcionalidad, la entidad de la infracción y los riesgos de sujeción al futuro proceso penal a instaurarse contra él. Resulta, además, sumamente prematuro, salvo casos notorios, tener una sospecha fundada de que el implicado sorprendido en flagrancia delictiva es un enajenado mental. En consecuencia, mediando flagrancia delictiva, gravedad del hecho perpetrado y una referencia al peligrosismo procesal centrado en la personalidad y moralidad del implicado, entre la que se puede incluir algunos datos en orden a su presunta anormalidad psíquica, la detención policial será legítima.

Por otro lado, una vez promovida la acción penal por el Ministerio Público, y aun cuando existan referencias o bases primarias de que el denunciado adolece de una posible anomalía psíquica grave, el Juez Penal solo podría dictar mandato de detención judicial, comparecencia restrictiva comparecencia simple, a tenor de los artículos 135 y 143 del Código de 1991. Por consiguiente, el juez deberá apreciar la custodia cautelar a partir de criterios fijados exclusivamente para el aseguramiento de una posible pena privativa de libertad, siendo que apreciará los fundamentos probatorios o de sospecha acerca de la realidad del delito y de la intervención del imputado, la gravedad de la infracción cometida y el peligrosismo procesal traducido en los riesgos de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria.

Tal incongruencia, que impide que se cumpla el requisito de homogeneidad, entre la medida cautelar y las medidas ejecutivas, es decir, con las medidas de seguridad, obliga a plantearse la necesidad de una modificación legislativa. Al respecto resulta esencial asumir la perspectiva de la legislación germana y del Código Modelo para Iberoamérica, que prescriben la institución de la Internación Provisional. Sobre la base de la detención

o, cuando esta no se hubiere dictado, en otro momento del proceso. “Si existen motivos vehementes para suponer que alguien ha perpetrado una acción amenazada con pena en estado de inimputabilidad o de imputabilidad disminuida y que será ordenada su internación en un sanatorio o establecimiento asistencial, el tribunal puede ordenar su internación provisional mediante orden de internación cuando lo haga necesario la seguridad pública. La orden de internación debe revocarse cuando ya no existan los presupuestos de la internación provisional o cuando el tribunal en la sentencia no dispone la internación en un sanatorio o establecimiento asistencial (...)”, (art. 126-A de la OPP alemana).

Resulta indispensable, a fin de respetar el principio democrático de la interdicción de la arbitrariedad, la presencia del *fumus boni iuris*, o sea de la atribución razonada de comisión de un hecho punible de determinada entidad; y, en tanto se trata, en puridad, como apunta Silvia Barona Vilar, de una medida o alternativa a la detención judicial⁽⁶¹⁾, resulta indispensable unir a la concurrencia de los motivos de detención (esencialmente peligrosismo procesal, contemplado expresamente en el artículo 215 del Código Modelo para Iberoamérica) las exigencias de la seguridad pública. En este último caso, aclara Silvia Barona Vilar, no se procura garantizar el proceso y sus fines, sino que juega la sociedad el papel fundamental para el decreto de tal medida⁽⁶²⁾. En este mismo sentido, Julio B. J. Maier precisa que “la internación provisional escapa en sentido propio de la categoría de las medidas cautelares, pues no tiene como fundamento el proteger los fines que persigue el procedimiento y su efectiva realización, sino que, en virtud de la peligrosidad presunta del imputado, adelante una medida de seguridad y corrección que debe establecerse en el fallo una vez averiguados y debatidos sus presupuestos⁽⁶³⁾”.

Resulta indispensable, al respecto, destacar la coherencia del modelo germano puesto que la internación provisional, que en cierto modo está prevista, aunque con indudables defectos técnicos, el artículo 191 del Código de 1940 y los numerales 71 y 72 del Código de 1991, y que la convierten, al decir de Gómez Colomer, en una medida mixta porque “las finalidades pretendidas con su adopción hacen que no sean medidas

(61) BARONA VILAR, Silvia. *Prisión Provisional y medidas alternativas*. Librería Bosch, Barcelona, 1988, p. 237.

(62) BARONA VILAR, Silvia. Ob. cit., p. 242.

(63) MAIER, Julio B.J. *La Ordenanza Procesal Penal Alemana. Su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentinos*. Revista Doctrina Penal, 1979, Buenos Aires, p. 314.

puras, medidas con fines predominantemente curativos y preventivos, sin que se pueda excluir ni cierta función aseguratoria, ni cierta función cautelar”⁽⁶⁴⁾, puede estar precedida, según el artículo 81 de la ordenanza procesal penal, de un internamiento con fines de observación médica y pericial, que en su momento ratificará la internación provisional prevista en el artículo 126-A.

Dicha norma, que no tiene parangón en la legislación peruana, prescribe: “para preparar el dictamen sobre el estado de salud mental del imputado el tribunal puede ordenar, luego de escuchar al perito y al defensor que se ha internado en un sanatorio o establecimiento asistencial públicos y observado allí. El tiempo de internación en el establecimiento no podrá: superar las seis semanas”. El II Párrafo del artículo 35 del Código Modelo para Iberoamérica prescribe en una perspectiva garantista y respetando el principio de proporcionalidad que: “la medida se ordenará por resolución fundada, solo cuando existiere la probabilidad de que el imputado haya cometido el hecho y no fuera desproporcionada respecto de la importancia del proceso y de la pena o medida de seguridad y corrección que se espera”.

VII. EL DERECHO DE DEFENSA DEL ANORMAL PSÍQUICO

Durante el procedimiento seguido, tanto para determinar si, en efecto, se da el supuesto de anomalía psíquica sobrevenida, cuanto para decidir la exención de pena del imputado por inimputabilidad, no es posible descuidar el derecho de defensa del procesado anormal síquico.

En el segundo supuesto, la discusión acerca de la presencia de una causa de inimputabilidad y, en su caso, la imposición de una medida de seguridad, en nada enerva su derecho de defensa técnica, que por lo demás está garantizado por el artículo 339.14 de la Constitución. El abogado defensor, aun cuando sea notoria la incapacidad del imputado, según la Ley Orgánica del Poder Judicial está autorizado a presentar, suscribir y ofrecer todo tipo de escritos, con excepción de aquellos para los que se requiere poder especial (art. 290), consecuentemente, durante este procedimiento auxiliar, los derechos de imputado están debidamente resguardados.

El Código de 1991 establecía que “el imputado tiene derecho a ser asistido por un abogado defensor de su elección, desde que se inicia el

(64) GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. Ob. cit., p. 112.

proceso hasta su conclusión” (art. 76), en el artículo 80 enumeraba un conjunto de derechos al defensor. Entre ellos: a) el derecho a asesorar directamente al imputado; b) el derecho de interrogar directamente a su defendido y a los demás sujetos procesales; c) el derecho a recurrir a la asistencia reservada de un experto en los aspectos importantes al objeto del proceso; d) el derecho a participar en las diligencias de aportación de hechos y de aportar las pruebas pertinentes; y, e) el derecho a interponer toda clase de medios de defensa. Estas normas garantizaban un margen suficiente de defensa del imputado, aunque –como es lógico– su capacidad de autodefensa material estaba seriamente mermada por el padecimiento que está sufriendo.

En el segundo supuesto, de anomalía psíquica sobrevenida, la propia solicitud de examen pericial y las demás diligencias que se lleven a cabo hasta la resolución de suspensión del juez pueden ser realizadas con la sola intervención del abogado defensor. Demás está decir que si la anomalía psíquica se presenta desde el inicio de la investigación preliminar y tiene tal nivel de perturbación que le impide nombrar un abogado defensor, el nombramiento puede efectuarlo su familia –en caso de abogado de confianza– el fiscal o el juez cuando la familia no nombre ninguno. Resultan de aplicación, en vía analógica, las disposiciones sobre ausencia y contumacia, que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha interpretado ampliamente. Así tenemos: a) “El nombramiento de defensor de oficio solo procede en el caso de que el inculcado no haya designado su defensor” (*El Peruano*, 22 de noviembre de 1975); y, b) “Los parientes del acusado están facultados para nombrar abogado defensor de dicho acusado, porque el derecho de defensa es irrestricto”⁽⁶⁵⁾.

El Código de 1991 no contempló la institución de la representación procesal, institución que está prevista, por ejemplo, en el artículo 71.2 del Código de Procedimiento Penal de Italia. El artículo 61 del Código Procesal Civil contiene la figura del curador procesal, que el inciso 2 habilita cuando se suspende la relación procesal por incapacidad de la parte. En tal virtud, aplicando supletoriamente dicho Código, por imperio de lo dispuesto en su Primera Disposición Final, que señala que “las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza”, es perfectamente posible consignar en el auto de suspensión y en la resolución

(65) *Revista de Jurisprudencia Peruana*. Lima, 1979, p. 90.

final de declaración de inimputabilidad el nombramiento de un curador procesal para el anormal psíquico.

■ BIBLIOGRAFÍA

- BARBERO SANTOS, Marino. *Consideraciones sobre el Estado Peligroso y las Medidas de seguridad. Estudios de Criminología y Derecho Penal*. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1972.
- BARONA VILAR, Silvia. *Prisión Provisional y medidas alternativas*. Librería Bosch, Barcelona, 1988.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis y otros. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. Editorial Praxis, Barcelona, 1996.
- BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.
- BRAMONT-ARIAS, Luis. *Código Penal Anotado*. Editorial Rodas, Lima, 1995.
- CABELLO, Vicente P. *Psiquiatría Forense en el derecho penal*. Tomo I. Editorial Hammurabi, Buenos Aires. 1981.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y MENGUAL I LULL, Joan B. *Enfermedad Mental y Delito. Aspectos Psiquiátricos, penales y procesales*. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1987.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1962.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Anales Judiciales. Lima, 1942.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Anales Judiciales. Lima, 1943.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Anales Judiciales. Lima, 1944.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Anales Judiciales. Lima, 1960.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; MUERZA ESPARZA, Julio y otros. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Ceura S.A., Madrid, 1993.
- DIEGO DÍAZ-SANTOS, Rosario y FABIAN CAPARRÓS, Eduardo. Coordinadores. Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito. RODRÍGUEZ GÓMEZ, Carmen. *Las medidas de seguridad en el ordenamiento español*. Tecnos, Madrid, 1995.
- GARCÍA RADA, Domingo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Eddili, Lima.
- GRACIA MARTÍN, Luis. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Editorial Tirant Id Blanch, Valencia, 1996.
- GIMENO SENARA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Colex, Madrid, 1996.

- GIMENO SENDRA, Vicente. *El proceso de Hábeas Corpus*. Editorial Tecnos, Madrid, 1985.
- HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Editorial Edoili, Lima, 1987.
- IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, Miguel. *Curso de Derecho Procesal Penal*. Universidad de Madrid, 1969.
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte general*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1995.
- JESHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Volumen I, Editorial Bosch, Barcelona, 1981.
- LESNE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Editorial EJE, Buenos Aires, 1963.
- MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal Argentino*. Volumen la Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1959.
- MAIER, Julio B.J. “La Ordenanza Procesal Penal Alemana. Su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentinos”. *Revista Doctrina Penal*, Buenos Aires, 1979.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. Editorial PPU. Barcelona. 1996.
- ORTELLS RAMOS, Manuel y GÓMEZ-COLOMER, Juan Luis. *Derecho Jurisdiccional*. Tomo Editorial Bosch. Barcelona. 1991.
- PEDRAZ PENALVA, Ernesto. “El Principio de Proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal y literatura especializada alemanas”. *Revista Poder Judicial*, 2ª época, N° 17. 7990.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Comentarios al Código Penal de 1991*. Editorial Alternativas, Lima, 1993.
- QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Teoría General del Proceso*. Tomo II, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1995.
- ROXÍN, Claus y otros. Determinación Judicial de la Pena. “Fin y Justificación de la pena y de las medidas de seguridad”. Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 43.
- SALÍS ESPINOZA, Alejandro. *Criminología*. Editorial Eddili, Lima, 1984.
- SILVA SÁNCHEZ, José María. *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Consecuencias jurídicas del delito*. Editorial Civitas, Madrid, 1996.
- VELEZ MARICONDE, A. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II, M. Lerner Ediciones, Córdoba, 1986.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fumando. “Normas Rectoras del Proyecto de Código Penal Peruano de 1986”. En: *Revista Anuario de Derecho Penal*, Lima, 1988.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Código Penal*. Editorial Cultural Cuzco, Lima, 1992.

La cosa juzgada como causal de extinción de la acción penal

I. UBICACIÓN CONCEPTUAL

El Título V del Libro I del Código Penal, y su primer artículo (art. 78) lo sigue, y sobre el antecedente nacional del artículo 118 del Código Penal de 1924⁽¹⁾, rotulan las instituciones que regulan como **causales de extinción de la acción penal**. Considera Villa Stein, sin cuestionarse el *nomen iuris* asumido por el código y aprobándolo implícitamente, que “perpetrado el hecho punible, se activa el sistema de control penal, persiguiéndose el delito e imponiéndose la pena correspondiente. Ocurre, sin embargo, que tanto la acción penal como la pena son extinguidas por distintas situaciones que la ley prevé (...)”⁽²⁾.

Bajo esta misma concepción, Bramont Arias y Bramont-Arias Torres, estiman que se trata, en el caso que nos ocupa, de extinción de la

-
- (1) PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Todo sobre el Código Penal*. Tomo II, Idemsa, Lima, 1996, p. 167. Ubica las fuentes extranjeras del vigente artículo 78 de nuestro Código Penal: 1) en el artículo 107 del Código Penal brasileiro [que utiliza la expresión “extinción de la responsabilidad”]; 2) en los artículos 76-79 del Código Penal colombiano [que, como nuestro Código, denomina su Capítulo V “de la extinción de la acción y de la pena”]; 3) en los artículos 117 y 125-127 del Código Penal portugués [cuyo Título IX lleva una denominación similar al Código del Brasil]; 4) en el artículo 103 del Proyecto del Código Penal español de 1980, y en los sucesivos Proyectos, [que desde siempre rotula “extinción de la responsabilidad criminal”]; y, 5) entre otros Códigos y Proyectos, en los artículos 98-100 del Código Penal Tipo para Latinoamérica [que, al igual que el Código patrio, lleva el *nomen iuris* de “extinción de la acción penal y de la pena”]. No puede dejarse de mencionar, sin embargo, al Código Penal argentino de 1921, que utiliza las expresiones “acción penal” y “penas” en el Título X (arts. 59-70). Todos ellos, empero, no incorporan a la “cosa juzgada” como una causa extintiva.
- (2) VILLA STEIN, JAVIER. *Derecho Penal. Parte general*. San Marcos, Lima, 1998, p. 489.

punibilidad en abstracto o simplemente extinción de la acción penal. Apuntan que “la comisión de un hecho definido como delito o falta lleva consigo su punibilidad, esto es la aplicación de la pena que le es conminada en abstracto en la ley penal; que con la comisión del delito o falta, el derecho de punir del Estado, que era abstracto, se torna concreto, surgiendo la punibilidad, que es la posibilidad jurídica de imponer la sanción; que, sin embargo, es posible que no pueda desarrollarse el proceso hasta llegarse a la sentencia definitiva por incidir en el caso alguna de las tradicionalmente llamadas causas de extinción de la acción y de la pena; que ellas son ciertas situaciones que, en algunos casos, determinan la imposibilidad de pronunciarse sobre la responsabilidad penal, para afirmarla o para negarla, pero, en otros, ocasionan efectivamente la exclusión total o parcial de los efectos de ella”⁽³⁾.

Aplicando otra nomenclatura, Peña Cabrera acota que “la doctrina y la legislación comparada denominan y tratan a la extinción de la acción y de la pena como causales de extinción de la responsabilidad penal. En estos casos –insiste el autor acudiendo a la autoridad de Quintero Oliveres– el Estado da por realizada su misión, ya sea porque la sanción penal ha sido cumplida o es de imposible cumplimiento, ya sea porque el particular perjudicado por el delito perdona al autor, o bien porque particulares sentimientos de justicia determinen al Estado a perdonar u olvidar el hecho, o, por último, porque el espacio de tiempo transcurrido desde la comisión del hecho a la imposición de la pena desaconsejan la persecución de aquel o la ejecución de esta”⁽⁴⁾.

De igual manera, Ángeles Gonzales y Frisancho Aparicio, invocando a Muñoz Conde, nos dice que lo que aparece descrito en el artículo 78 del Código Penal son: “(...) causas que extinguen la responsabilidad criminal del autor de un delito ya cometido, aunque se den todos los elementos o categorías que normalmente fundamentan la exigencia de una responsabilidad criminal. Estas causas de extinción de la responsabilidad criminal se diferencian de las causas de justificación y de inculpabilidad en que no afectan para nada la existencia del delito, sino a su perseguibilidad en el proceso penal”⁽⁵⁾.

(3) BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. *Código Penal anotado*. 2ª edición, San Marcos, Lima, 1998, p. 293 y ss.

(4) PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la parte general*. 3ª edición, Grijley, Lima, 1999, p. 665 y ss.

(5) ÁNGELES GONZALES, Fernando y FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Código Penal comentado, concordado y anotado*. Tomo I, Ediciones Jurídicas, Lima, 1996, p. 383.

Luis Miguel Bramont-Arias, en principio, rotula la institución en comentario de “extinción de la responsabilidad penal” y apunta que “lo lógico es que una conducta típica, antijurídica y culpable –delito–, sea sancionada con una pena o medida de seguridad, pero existen casos en los que esto no se puede dar, en virtud de que la pretensión punitiva del Estado admite diversas causas de extinción”; luego, menciona que “las causas de extinción de la acción y de la pena son ciertas situaciones que, en algunos casos, determinan la imposibilidad de pronunciarse sobre la responsabilidad penal, para afirmarla o para negarla, pero, en otros, ocasionan efectivamente la exclusión total o parcial de los efectos de ella. Esto quiere decir que la extinción del poder Estatal de sancionar puede presentarse antes de dictarse sentencia de condena o después de que ella se haya ejecutoriado o consentido; y, finalmente, expresa, diferenciándola de las causas de atipicidad, de justificación o exculpantes, que las causas de extinción de la responsabilidad penal –a las que ya hemos mencionado invocando el artículo 78 del Código Penal– “(...) se centran en evitar las consecuencias penales de un delito producido (...) [y] refleja(n) una pérdida de interés por la persecución de ciertos delitos”⁽⁶⁾.

Prado Saldarriaga explica que en el ámbito latinoamericano se utilizan, indistintamente, ambas denominaciones, e introduce en el debate una cita de Bustos Ramírez, quien considera que la expresión más correcta es la de extinción de la “responsabilidad criminal”, en vez de “responsabilidad penal”, pues las causales en referencia no están vinculadas exclusivamente con el sentido y función de la pena, sino con el sentido y función de la responsabilidad en términos generales, esto es, con el sentido y función del Derecho Penal⁽⁷⁾.

Tal vez la explicación de la ubicación en el Código Penal de estas instituciones: muerte, prescripción, amnistía, derecho de gracia, cosa juzgada y desistimiento o transacción, en el Código Penal, bajo el *nomen iuris* de causales de extinción de la acción penal, tenga que ver con una específica concepción de la acción penal y, luego, con una exigencia de Derecho Político en los países de estructura federal –dada la influencia de la doctrina argentina en este ámbito–, no necesariamente de recibo en nuestro ordenamiento jurídico y situación actual de la dogmática jurídica.

(6) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. 2ª edición, San Marcos, Lima, 2002, p. 471 y ss.

(7) PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*. Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 234 y ss.

Sebastián Soler, creo, es el que justifica con mucho énfasis esta postura. En primer lugar, enseña en su tratado el egregio autor argentino, bajo el título de “la pretensión punitiva” y refiriéndose específicamente a la acción penal, que: 1) “(...) la potestad represiva que se concreta en una disposición penal, dado el principio de tipicidad al cual estas se ajustan, reviste siempre una especie de fisonomía particular y precisa; 2) [que] siendo el Derecho Penal objetivo, el límite del subjetivo, lo que se suele designar como potestad represiva es, en realidad, nada más que el conjunto ideal de una serie cerrada de potestades punitivas, limitadas, que son tantas como las figuras penales que integran un orden jurídico; 3) (...) [que] estas potestades jurídicas concretas, que tienen por objeto la aplicación real de la pena, que transforma la punibilidad en punición, se denominan, también, acciones; 4) [que] por eso, puede decirse que la acción no es más que el momento dinámico de una pretensión punitiva preexistente y estática, a la cual la desencadena la comisión de un hecho (...); 5) [que] el estudio de las fases en que esa acción de los distintos órganos del Estado se desarrolla, para alcanzar el fin señalado, integra el campo del procedimiento penal; pero siendo la acción penal un poder absolutamente limitado en su contenido por las figuras delictivas, se hace necesario distinguir condiciones y formas bajo las cuales la potestad punitiva es entregada a los órganos que la han de hacer efectivas; 6) [que] esas condiciones y límites no forman parte del procedimiento, no son normas procesales, sino penales, porque contienen autolimitaciones de la pretensión punitiva, con las cuales la ley de fondo fija a la pretensión punitiva un espacio de vida, distintos modos de nacimiento y de extinción; 7) [que] dada nuestra forma de organización política, según la cual la facultad de dictar el Código Penal corresponde al Congreso, solo este tiene autoridad para fijar la extensión, duración y alcance de las penas, de manera que el Código Penal debe contener, necesariamente, disposiciones que, en apariencia, presentan naturaleza procesal; pero que, en realidad, son de Derecho sustantivo; 8) [y que] por eso corresponde que aquí estudiemos las distintas formas en que por la ley de fondo se condiciona la pretensión punitiva (distintas clases de acciones); la existencia de circunstancias previas impositivas de la acción penal (cuestiones previas); la duración y extinción de la acción penal (causas extintivas)”⁽⁸⁾.

(8) SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*. Tomo II, 9ª reimpresión, TEA Ediciones, Buenos Aires, 1983, p. 439 y ss.

En segundo lugar, con relación a las causas de extinción de la acción o de la pena, bajo el título de extinción de la pretensión punitiva, apunta Soler lo siguiente: “1) [que] aun cuando estén dados todos los presupuestos que hacen surgir la acción –es decir, cuando ha tenido lugar un hecho, al que corresponden todas las características de un delito, producido dentro del ámbito de validez de la ley– existen causas que hacen inaplicable la ley, porque la pretensión punitiva concreta reconoce causas que la extinguen; 2) [que] esa extinción no solamente afecta la acción, es decir, a la potestad de hacer juzgar, sino también a la potestad de hacer ejecutar un pronunciamiento dado; 3) [que] según medie o no una sentencia firme, hablaremos de extinción de la acción o de extinción de la pena, y en cada caso las causas extintivas de la pretensión punitiva tienen distinto régimen; 4) [que] todas ellas se caracterizan porque destruyen una pretensión punitiva preexistente, de manera que no pueden confundirse con las demás causas de exclusión de pena, como las justificantes o las excusas absolutorias, que afectan a la existencia misma de la punibilidad; 5) [que] cuando media una excusa, el sujeto no fue nunca punible; cuando media, en cambio, una causa de extinción de la acción o de la pena, el sujeto pudo ser punible⁽⁹⁾.”

En la misma línea Fontán Balestra, aunque sin mayor análisis, sostiene, respecto de la acción penal, que su incorporación al Código Penal se debe a la tradición legislativa argentina, y que, materialmente, el fundamento de su inclusión en dicho código y su naturaleza material –no procesal–, sea como acción penal pública, privada y dependiente de instancia privada, es consecuencia de la naturaleza del hecho delictuoso cuya sanción se persigue⁽¹⁰⁾. En lo atinente a las causas de extinción de la acción penal expresa llanamente que estas no permiten llegar a una condena, mientras que las causas que extinguen la pena presuponen una sentencia condenatoria firme, a la vez que tienen un régimen jurídico distinto⁽¹¹⁾.

Otro autor argentino, Carlos Creus, por su parte, utiliza una nomenclatura distinta, orientándose más bien hacia una probable concepción procesal de la concreta institución analizada, aunque –tal vez orientándose a una concepción mixta– enfatiza que está íntimamente relacionada con la reacción penal, pues la incluye dentro del rubro: “impedimentos

(9) Ibídem, p. 448.

(10) FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III, 2ª reimpresión, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, p. 459.

(11) Ibídem, p. 475.

para la imposición de la pena (impunidad)”. En efecto, reconoce que hay casos en que, pese a la existencia de una conducta típicamente antijurídica y culpablemente reprochable, el Derecho Penal niega la aplicación de la pena; que ello ocurre cuando no se ha dado una condición objetiva de punibilidad, cuando media la existencia de una excusa absolutoria, y cuando el delito se plantea como imperseguible por defecto o falta de la acción procesal; que este último supuesto comprende dos factores que impiden la perseguibilidad del delito a fin de imponer una pena: 1) los casos en que queda impedida la promoción válida de la acción procesal y; 2) aquellos en que esta queda extinguida; que, en el primer caso, está la falta de actividad de sujeto u órgano jurídico habilitado para promoverla, la ausencia de condiciones requeridas por la ley para el ejercicio de la acción penal (v. gr.: instancia del agraviado en delitos semipúblicos, etc.); que, en el segundo caso, están la muerte del imputado, la amnistía, la prescripción, etc., que producen sus efectos extintivos definitivos tanto sobre la acción en curso como sobre la que incluso no ha sido todavía ejercitada ante el órgano jurisdiccional⁽¹²⁾.

En otro trabajo, el mismo autor considera que esas últimas causales constituyen excepciones previas que se oponen al desarrollo de la acción produciendo su extinción. Mas puntualmente indica que se circunscriben al supuesto de imposibilidad legal de promover la acción, “(...) ya sea porque ella se encuentra extinguida en virtud de cualquiera de las causales contempladas en el Código Penal (prescripción, amnistía, perdón del ofendido), o porque su promoción desconocería principios garantizadores de raigambre constitucional (como ocurriría con la violación del *non bis in idem*, sea por mediar cosa juzgada sobre el mismo hecho, o por existir pendencia –*litis pendencia*– de causa penal sobre aquel al ser objeto de un proceso anterior que aún se encuentra en curso”⁽¹³⁾.

(12) CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte general*. Astrea, Buenos Aires, 1990, pp. 378 y 380. Un penalista colombiano de gran valía como Fernando Velásquez Velásquez, cuando comenta el código de su país, que por cierto utiliza el *nomen iuris* de “extinción de la acción penal”, acota que la naturaleza sustantiva o procesal de la institución es extremo debatida, aunque pareciera que se orienta a la opción procesal en tanto que hace referencia a que las causales analizadas afectan la potestad de juzgamiento (acción penal) y asume una definición de acción penal siguiendo a dos procesalistas ilustres como Gómez Orbaneja y Giovanni Leone. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal. Parte general*. 3ª edición, Temis, Bogotá, 1997, p. 725.

(13) CREUS, Carlos. *Derecho Procesal Penal*. Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 90.

Un procesalista argentino de la talla de Clariá Olmedo⁽¹⁴⁾ incorpora dos datos claves para entender por qué el Código Penal argentino, muy similar al nuestro en este ámbito, regula esta institución. Decidir si la persecución de un delito es pública, privada o semipública, es –para el autor– una cuestión de Derecho sustantivo que vincula el cumplimiento en concreto de la función represiva del Estado a un órgano o sujeto predeterminado (Ministerio Público o particular afectado por el delito). Por otro lado, cuando el código utiliza la expresión “acción penal” asume una concepción sustancialista –sustantivista y objetiva–, cuya significación no es otra que la de ser la acción del mismo derecho que al ser violado es puesto en movimiento para conseguir el restablecimiento de su imperio, de suerte que cada norma, al ser violada, da vida a una acción que es la misma norma reaccionando al ser herida.

Lo expuesto hasta el momento permitiría sostener que el Código Penal peruano al hacer mención a la acción penal, no hace sino recoger implícitamente una determinada concepción de dicha institución, y que al incorporar diversos supuestos, entre los que cita a la cosa juzgada (que no contiene el Código Penal argentino –art. 75– ni el Código Penal español –art. 130–), persiste en catalogarlo como causas de extinción de la acción penal –siempre en esa concepción sustancialista–, y que algunos autores nacionales, sobre la base de la legislación y doctrina española empiezan a definirla como “causas que extinguen la responsabilidad criminal o penal”.

Es importante precisar, siguiendo a Muñoz Conde, que lo que el Código Penal español denomina “causas de extinción de la responsabilidad criminal” no afectan en nada a la existencia del delito, sino a su perseguibilidad en el proceso penal; que, por eso, algunas de ellas son tratadas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal como artículos de previo pronunciamiento (art. 666 y ss. LECrim) –allí se encuentra, precisamente, la excepción de cosa juzgada–, de forma que su apreciación impide la continuidad del proceso o la condena del acusado, si se llega a apreciar en la sentencia; que todas ellas, de difícil reconducción a un denominador común, tienen, de hecho, la misma función práctica de impedir la condena del autor o interviniente en la comisión de un delito completo en todos sus elementos⁽¹⁵⁾.

(14) CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *El proceso penal*. 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1994, pp. 89 y ss y 93.

(15) MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte general*. 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 463. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y otros autores insisten

Mir Puig, en línea similar, refiere que las causas de extinción de la responsabilidad penal presuponen la comisión de un hecho típicamente antijurídico y culpable en el que no concurre ninguna causa de exclusión de la punibilidad, con lo que –entiendo– igualmente les resta todo nivel “sustantivo”, agregando que si bien el código parte de que la responsabilidad *nace* con la comisión del hecho punible, cuestión distinta es la de que dicha responsabilidad solo puede comprobarse y desplegar efectos mediante el proceso penal⁽¹⁶⁾.

Roy Freyre, quien ha estudiado con mucho rigor el tema, de un lado, reitera lo que es opinión prácticamente unánime en la doctrina penalista, en el sentido de que las eximentes de la responsabilidad penal y las excusas absolutorias –no hace mención a las condiciones objetivas de punibilidad– son anteriores o coetáneas a la comisión del delito y se relacionan siempre con la falta de cualquiera de los elementos integrantes del delito, mientras que las causas “extintivas” de la acción penal y de la pena son posteriores a la comisión del delito y no tienen vinculación alguna con el perfeccionamiento que pudiera haber alcanzado el hecho punible⁽¹⁷⁾.

Por otro lado, ubica correctamente el punto de la discusión, al decir que varios códigos penales prefieren usar un membrete claramente penal sustantivo como el “de la extinción de la responsabilidad criminal” o el “de la extinción de la punibilidad”, en lugar del otro rubro “extinción de la acción penal y de la pena”, con enunciado más propiamente procesal penal, situación que da lugar a la necesaria precisión dogmática de la naturaleza sustantiva o procesal de la materia así legislada⁽¹⁸⁾.

Su posición, al respecto, es que la acción penal es un concepto globante, que presenta dos aspectos indesligables, uno subjetivo-sustancial, que traduce el *ius puniendi*, y otro subjetivo-procesal, conformado por el *ius procedendi* o el derecho de iniciar un proceso para que el Estado declare su poder punitivo en un caso concreto. Así, entonces, define

en que “(...) son supuestos que tienen en común la desaparición de la responsabilidad penal, la pérdida de interés por la persecución de ciertos delitos establecida legalmente y, en consecuencia, la finalización definitiva de todo el procedimiento penal”. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. 2ª edición, Praxis, Barcelona, 1999, p. 429.

(16) MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. 6ª edición, Reppertor, Barcelona, 2002, p. 728. Gerardo Landrove Díaz, expresa, asimismo, que esas causas de extinción, amén de ser sobrevenidas a la infracción, anulan la acción penal o la ejecución de la pena. LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1983, p. 137.

(17) ROY FREYRE, Luis. *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*. 2ª edición, Grijley, Lima, 1998, p. 20.

(18) *Ibidem*, p. 26 y ss.

la acción penal como “la facultad del Ministerio Público (caso de ejercicio público), o del particular afectado (supuesto de ejercicio privado), de promover y proseguir el conjunto de actividades regladas para lograr que el juez, como representante del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*, decida acerca de una *notitia criminis*; es decir, se pronuncie sobre la realización de un hecho delictivo, la responsabilidad que tenga su autor o partícipe, y la sanción legal a imponerse”. De ese concepto, pese a reconocer con Beling la diferencia entre Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, apunta que el Código Penal hace referencia a la acción penal en su aspecto subjetivo-sustancial, cuyo fundamento se encuentra en la impunidad, por lo que carece de todo objeto promover o proseguir la actividad procesal cuando ha operado una de dichas causales, ya que la extinción del *ius puniendi* conlleva también la caducidad del *ius procedendi*⁽¹⁹⁾.

Creo, sin embargo, que el problema puede plantearse de otro modo. A mi juicio, 1) es correcta la utilización del término “acción penal” en tanto ello hace referencia, propiamente, a causas extintivas referidas a la perseguibilidad y no a la punibilidad. Estas causas no se refieren a la punibilidad, puesto que, siguiendo a Roxin, se trata de circunstancias situadas fuera del complejo del hecho, de suerte que atento a su naturaleza jurídica, se está ante normas de definido carácter procesal, sin que ello signifique desconocer la profunda relación entre Derecho Penal y Derecho Procesal Penal⁽²⁰⁾; 2) Empero, igualmente, es necesario censurar su ubicación en el Código Penal, aunque tal cuestionamiento sea meramente técnico [no entraña una censura de ilegitimidad constitucional, más aún si el Perú es un país unitario de modo que la competencia para dictar normas procesales siempre es del Congreso] y no implica desconocer las concretas

(19) Ibídem, pp. 29 y 31.

(20) Probablemente el criterio más definido al respecto se encuentra en Claus Roxin cuando aborda la discusión de los presupuestos de punibilidad como una cuarta categoría del delito. Dicho autor, siguiendo a Schmidhäuser y Gallas, considera que la adscripción de un elemento al Derecho material no depende de que esté desligado del proceso, ni tampoco de su conexión con la culpabilidad, sino de su vinculación al acontecer del hecho; por tanto, el problema de la determinación del elemento debe abordarse si una circunstancia legalmente relevante es ajena o no al complejo del hecho. Claus Roxin entiende, sobre esa pauta metodológica, que la exigencia de querella, la prescripción, la amnistía, el indulto, la inmunidad, etc. [no hay duda, a mi juicio, que puede incluirse la propia cosa juzgada] son presupuestos de procedibilidad, ya que se trata de sucesos situados totalmente fuera de lo que sucede en el hecho. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Civitas, Madrid, 1997, p. 988 y ss.

circunstancias institucionales que determinaron esa ubicación, sean históricas o para llenar vacíos u omisiones de la propia ley procesal penal⁽²¹⁾.

Sobre esa base, no puedo sino destacar 3) que, en puridad, la institución de la acción penal es procesal por excelencia y que su contenido no puede ser conglobante, esto es, unitario o puente de lo penal material y lo procesal penal, pues forma parte esencial del Derecho procesal como ciencia autónoma⁽²²⁾; y que, asimismo, 4) dichas causales no son, ni más ni menos, que presupuestos procesales –iy no todos!–, vinculados tanto a la perseguibilidad del hecho concreto –donde se encuentra la cosa juzgada– como a la perseguibilidad del acusado.

(21) El Código Penal de 1863, desordenadamente, se refirió en una sección a la “prescripción en materia penal”, incorporando la prescripción de la acción criminal y la prescripción de la ejecución de las penas; asimismo, en otros artículos, mencionó el perdón del ofendido, el indulto y, crípticamente, a la conmutación de la pena de muerte. En lo procesal, el Código de Enjuiciamientos en materia penal de 1863 solo contempló el desistimiento en delitos privados (art. 23), expresamente señalados en el artículo 18. Seguidamente, el Código de Procedimientos en materia criminal de 1920 consideró la extinción de la acción penal por prescripción, pero sin determinar su contenido, y por la muerte del culpable (art. 7), a la vez que consideró delitos privados los de injuria, calumnia y contra la honestidad (art. 288). El Código Penal de 1924, de influencia suiza, en el Título XV del Libro Primero enumeró indistintamente las causas extintivas de la acción penal y de la pena, incluyendo la prescripción de la acción penal y de la pena, la amnistía e indulto, la cosa juzgada y la muerte del condenado. Por su parte, el Código de Procedimientos Penales de 1940, contempló como excepciones la cosa juzgada, la amnistía y la prescripción, definiendo solo el contenido de la “cosa juzgada” y refiriendo las demás al Código Penal, a la vez que identificó determinados delitos privados (art. 302). El vigente Código Penal de 1991. Roy Freyre señala que sus influencias, amén de los códigos citados en nota de pie 1 –icon exclusión de los proyectos españoles!–, se encuentran en los códigos de Argentina y El Salvador. ROY FREYRE. Ob. cit., p. 17, específicamente en el Título V del Libro Primero, repitió lo regulado en el Código Penal que derogó, aunque distinguiendo las causas de extinción de la acción penal de las causas de extinción de las penas. Lo expuesto demuestra que constituye una tradición legislativa nacional regular en el Código Penal las causas extintivas de la acción penal, identificándolas y concretando su contenido esencial, mientras que la ley procesal penal –incluso el propio Código Procesal Penal no vigente de 1991– se ha limitado a mencionarlas tangencialmente y sin ninguna rigurosidad, a reconocer a alguna de ellas una vía procesal de conclusión anticipada de la causa, y, en muy pocos casos, como en el de la cosa juzgada, a identificar su contenido. Ello pues ha contribuido a entender esta materia, sin mayor reflexión, como un ámbito propio del Derecho Penal, cuando en realidad su ubicación en el Código Penal, de carácter meramente formal, no puede condicionar su naturaleza jurídica. Es interesante, al respecto, el Código Penal francés, que entró en vigencia el 1 de marzo de 1994, pues solo regula –como corresponde– la extinción de las penas y la cancelación de los efectos de las condenas, artículos 133-1 a 133-17; el Código Penal alemán, por su parte, a parte de la querella autorización y petición penal, regula la prescripción de la acción penal y de la ejecución (arts. 77 a 79-B).

(22) Eugenio Raúl Zaffaroni explica por qué en Argentina el tema de acción penal se trata en el Código Penal. Señala que los denominados por él “requisitos de perseguibilidad del delito” se regulan en la ley sustantiva “(...) a fin de que se salve el principio de igualdad ante la ley, frente a la diversidad de legislaciones procesales penales”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal. Parte general*. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 841.

El concepto de acción ha sufrido una evolución muy marcada desde sus iniciales fuentes romanas –radicadas en el Derecho Privado–, que llevó a embeberlo en el Derecho material o subjetivo mismo y concebirlo como el mismo derecho en movimiento, como formando parte del contenido del Derecho, esto es, como el Derecho a perseguir en juicio. Esta sería la noción utilizada por el Código Penal argentino –similar al código peruano– cuando en su propio texto hizo mención a la acción penal y sus causas extintivas, lo que ha sido puntualmente resaltado, según ya indicáramos, por Clariá Olmedo⁽²³⁾.

En la actualidad, como precisa Moreno Catena, la acción constituye un derecho autónomo, desligado, o diferenciado al menos, del Derecho subjetivo material cuya tutela se pretende y, por tanto, incorporado a un sistema conceptual propio, al mundo del proceso⁽²⁴⁾. Esa autonomía conceptual, desde luego, presenta matices respecto de la acción penal –cuyos referentes jurídicos obligan a diferenciarla de la acción civil–, en tanto solo podría concebírsela –siempre con sus particularidades– como derecho fundamental en los delitos privados, no así en los delitos públicos en que ese poder jurídico, acorde con el artículo 159.5 de la Constitución, se expresa a través de un deber impuesto al Ministerio Público⁽²⁵⁾.

Desde esta perspectiva, es del caso enfatizar, concordando con Gimeno Sendra, que el objeto de la acción penal no consiste en obtener la actuación del derecho de penar del Estado, sino tan solo de provocar la incoación del proceso penal en orden a obtener una resolución motivada y fundada que ponga fin al procedimiento [concepción abstracta de la acción]. “La acción penal –dice el citado autor– apunta al *ius ut procedatur*, no a la condena penal, lo que se explica porque el proceso penal es un proceso de selección, a través del cual se van destilando las *notitia criminis* hasta el punto de hacer llegar al juicio oral tan solo aquellos hechos punibles previamente determinados, con autor conocido y presente

(23) Ver nota de pie 14.

(24) MORENO CATENA, Víctor y otros. *Introducción al Derecho Procesal*. 3ª edición, Colex, Madrid, 2000, p. 221 y ss.

(25) Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros. *Derecho Procesal Penal*. 5ª edición, Ceura, Madrid, 2002, p. 186. La imposición de la pena, dice Guillermo Ormazábal Sánchez, se configura como un derecho y deber del Estado (*ius puniendi*, *potestas puniendi*) encaminado a proteger a la colectividad mediante las penas, como mecanismo de prevención de los delitos, de ahí que la acción es, en todo caso, poder de iniciativa procesal que corresponde al Ministerio Público, sin perjuicio de entender el reconocimiento de la promoción exclusiva de determinados individuos en razón al interés predominante privado que tutela algunos delitos. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Introducción al Derecho Procesal*. Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2002, p. 95.

en los autos, y con respecto al cual no concurre la evidencia sobre la existencia de alguna causa de extinción o incluso de determinadas causales de exención de la responsabilidad penal⁽²⁶⁾.

Corolario de lo expuesto es que no puede concebirse un concepto conglobante de acción penal, que une lo material y lo procesal. El ejercicio de la acción penal, es cierto, importa la puesta en conocimiento a un órgano jurisdiccional de una *notitia criminis*, y esta se refiere a una conducta penalmente relevante, en tanto que únicamente a través del proceso se realiza el Derecho Penal. Empero, ello no significa que hay un aspecto subjetivo-sustancial integrando la definición o que completa su contenido esencial; en rigor, la referencia al hecho penal –noción material que integra el objeto del proceso penal– solo traduce la relación existente entre el Derecho material y el Derecho procesal (que es un derecho de realización), obviamente externa aunque, como dice Roxin, especialmente estrecha por su necesaria complementariedad en el ámbito penal⁽²⁷⁾.

En tanto las causas extintivas mencionadas en el artículo 78 del Código Penal, en estricto sentido, no tienen relevancia para la punibilidad del comportamiento humano⁽²⁸⁾, sino para la perseguibilidad de las acciones punibles, luego, “son hechos puramente procesales cuyo examen, siempre de oficio, precede al de los presupuestos de la punibilidad⁽²⁹⁾”, no cabe sino considerarlas presupuestos procesales⁽³⁰⁾, que al decir de Sch-

(26) GIMENO SENDRA, Vicente y otros. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Colex, Madrid, 2001, p. 30. Explica Antonio García-Pablos de Molina que en los denominados delitos privados y semipúblicos, las víctimas no comparten el ejercicio del *ius puniendi*, sino, simplemente, que el Estado condiciona el ejercicio del *ius puniendi*, que solo al mismo corresponde, a la previa iniciativa de aquellas; personas que, por cierto, cuando actúan su pretensión punitiva, ejercitan un derecho o facultad de naturaleza “procesal” y no “sustantiva”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal. Introducción*. Servicio de Publicaciones Universidad Complutense, Madrid, 2000, p. 315.

(27) ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 6.

(28) En contra, MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3ª edición, Civitas, Madrid, 1996, p. 221. Ambos autores expresan que esta polémica no es bizantina, pero dicen que se trata de instituciones de Derecho material o sustantivo que se relacionan con el hecho punible y no con la acción procesal; su presencia –insisten– hace decaer el derecho del Estado a imponer una pena.

(29) SCHMIDT, Eberhard. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 120.

(30) Es de tener en claro –eso sí, en primer lugar, que las causas extintivas del artículo 78 del CP excluyen causalmente el proceso, mas no la pena, ello más allá de que, a final de cuentas, en ambos casos, el resultado va a ser la no punición del imputado en el proceso concreto que se le ha incoado; y, en segundo lugar, que, en todo caso, el fundamento de ese “similar” resultado es distinto, que es precisamente de lo que se trata en esta discusión dogmática, que exige diferenciar entre punibilidad y perseguibilidad, y desmarcarse incluso de una función mixta de la institución.

midt es un concepto procesal fundamental, absolutamente simple, funcional, y absolutamente inequívoco⁽³¹⁾. Se entiende por tales, en sentido amplio, las circunstancias de las que depende la admisibilidad de todo el procedimiento o una parte considerable de él⁽³²⁾.

Roxin, expresando el avance de la doctrina procesalista penal, ha clasificado los presupuestos procesales desde tres perspectivas: según se refiera a la capacidad jurisdiccional del juez o tribunal, a la perseguibilidad del hecho concreto y a la perseguibilidad del acusado⁽³³⁾. Las causas extintivas del citado artículo 78 del Código Penal estarían ubicadas en la segunda perspectiva –relativa al objeto del proceso, a la perseguibilidad del hecho concreto–, salvo la muerte del reo que afecta a su perseguibilidad.

La cosa juzgada, en suma, sobre la base de lo expuesto, excluye definitivamente el proceso por atentar contra el derecho fundamental del *ne bis in idem* (art. 139. 13 de la Const.). Una sentencia firme, presupuesto de la cosa juzgada, significa, como señala Schlüchter, no solo la prohibición de la dualidad: doble pena o sanción, sino la constitución de un efecto impeditivo de un ulterior procedimiento: doble persecución y, por ello, un obstáculo procesal⁽³⁴⁾. A ello debe aclararse, con Cortés Domínguez, que la cosa juzgada penal no tiene nada que ver con la condena o con la absolución; por el contrario, lo que evita es que una misma persona pueda ser enjuiciada dos veces por los mismos hechos⁽³⁵⁾.

La cosa juzgada, en palabras de Bettiol, reposa finalmente en razones de seguridad jurídica, de estabilidad del ordenamiento y de certeza en la

(31) SCHMIDT, Eberhard. Ob. cit., p. 81.

(32) ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 165. Son circunstancias de cuya concurrencia depende la posibilidad del proceso contra el inculpado; en ese sentido: SCHLÜCHTER, Ellen. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 85. Más enfáticamente, José María Asencio Mellado, apunta que los presupuestos procesales son “(...) requisitos de carácter público e independientes del Derecho material y que deben verificarse para que sea posible la emisión de una sentencia de fondo o la misma, pronunciada, alcance validez”. ASENCIO MELLADO, José María. *Introducción al Derecho Procesal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 197.

(33) Mayores referencias en SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Grijley, Lima, 1999, pp. 267 y 269. Un análisis preliminar que cita la obra de Oscar Bülow, de 1868, precursor de esta institución procesal, vide DEL VALLE RANDICH, Luis. *Derecho Procesal Penal. Parte general*. Tomo II, Imprenta Pérez Pacussich, Lima, 1969, pp. 46 y 51.

(34) SCHLÜCHTER, Ellen. Ob. cit., p. 158 y ss. En igual sentido, SCHMIDT, Eberhard. Ob. cit., p. 110. La cosa juzgada, ha establecido la Corte Suprema, puede invocarse en cualquier estado del nuevo proceso, inclusive ante la propia Corte Suprema, así como deducirse de oficio. Ejecutoria Suprema del 21/12/1992, Exp. N° 1641-92-A-Ayacucho, vide ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia Procesal Penal*. Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 162.

(35) GIMENO SENDRA, Vicente y otros. Ob. cit., p. 409.

regulación de las relaciones jurídicas, de suerte que se explica no tanto en término de justicia, cuanto más bien de utilidad social⁽³⁶⁾.

II. CONTENIDO

Dos son las normas ordinarias que regulan la institución. De un lado, está el artículo 90 del Código Penal de 1991, que estatuye que “Nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente”.

Por otro lado, se encuentra el artículo 6 del Código Procesal Penal de 2004 que establece que: “las excepciones que pueden deducirse son las siguientes: (...) c) cosa juzgada cuando el hecho punible ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera contra la misma persona”. Asimismo, dicho precepto normativo ha sido recogido de manera similar del artículo 5 del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo N° 126, de 15/06/1981, que establece que “Contra la acción penal pueden deducirse las excepciones de (...) cosa juzgada (...).- La excepción de cosa juzgada [es deducible], cuando el hecho denunciado ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera, en el proceso penal seguido contra la misma persona”. Como norma básica y fundamento de las anteriores se tiene el artículo 139.13 de la Constitución, que estipula: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada”.

La doctrina procesalista clasifica la cosa juzgada en cosa juzgada formal y cosa juzgada material. La primera se refiere al estado jurídico o al efecto implícito en que se encuentra un asunto o cuestión que ha sido objeto del proceso. En este primer nivel, el efecto de una determinada resolución se concreta en su firmeza. Ello significa: 1) que la ley no reconoce un recurso contra una resolución judicial o ya no prevé un ulterior recurso, al agotarse las posibilidades recursales; y, 2) que han transcurrido los plazos procesales para impugnarla o que, habiéndose interpuesto el recurso, se ha formulado expreso desistimiento o renuncia. La firmeza, lo que hace –explica Ortells Ramos–, es convertir en inmutable la decisión judicial dentro del proceso en el que ha sido

(36) BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*. Bosch, Barcelona, 1977, p. 274.

dictada⁽³⁷⁾, y como tal, en determinadas resoluciones, constituye a su vez presupuesto para su ejecutividad, inscripción o registro y constitución de la cosa juzgada material.

La cosa juzgada material es el efecto o cualidad que produce una sentencia firme o una resolución equivalente –auto de sobreseimiento u otro de fondo que pone fin a la instancia, equivalente funcionalmente a la primera–, y consiste en la exclusión de un ulterior proceso por el mismo hecho. Como tal, desde una perspectiva procesal –única posible por no ser de recibo las concepciones materiales– una resolución de las características de la enunciada –que luego se precisará traduce una vinculación, de naturaleza jurídico-pública, que impone a los jueces no juzgar de nuevo sobre aquello ya juzgado y, derivadamente, no admitir controversia acerca de lo mismo⁽³⁸⁾. A esta concepción se refiere la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto Loayza Tamayo vs. Perú [SCIDH, 17/09/1997, párr. 66], al señalar que la cosa juzgada: “(...) busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos”.

Sin duda, las normas enunciadas inicialmente se refieren a la cosa juzgada material, que propiamente es la únicamente que puede denominarse cosa juzgada, pues la firmeza solo genera efectos al interior del mismo proceso donde se expidió una resolución y está referida a cualquier clase de decisiones judiciales.

Sus elementos, a tenor de las normas invocadas, son tres: identidad del sujeto, identidad del hecho y resolución definitiva firme⁽³⁹⁾. Estos elementos, así detallados, como reconoce de la Oliva, permiten enfatizar algo que es opinión común de la doctrina, que en lo penal es irrelevante la identidad de las partes y de la *causa petendi*; solo interesa la identidad

(37) ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil*. Aranzadi, Navarra, 2001, p. 598. Un caso de firmeza es el contemplado en la Ejecutoria Suprema del 26/05/1992, Exp. N° 318-91-Huánuco, pues tiene que ver con el auto que declara el corte de la secuela del juicio, el mismo que una vez firme no puede revocarse por contrario imperio, y tanto acusarse a quien se benefició con su emisión cuanto dictarse auto de enjuiciamiento o de procedencia del juicio oral. ROJJASI PELLA, Carmen. *Ejecutorias supremas penales*. Legrima, Lima, 1997, p. 292.

(38) ORTELLS RAMOS, Manuel. Ob. cit., p. 602.

(39) Así ha sido precisada por la Ejecutoria Suprema de 13/04/1998, recaída en el Expediente N° 134-98, Piura, GACETA JURÍDICA. *Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*. Lima, 2001, p. 160. En el mismo sentido, MIXÁN MASS, Florencio. *Derecho Procesal Penal*. Tomo III, Editorial Jurídica, Lima, 1998, pp. 86 y 89.

del imputado, no así el título de acusación, o sea los conceptos por los que se pretende obtener una resolución judicial condenatoria⁽⁴⁰⁾.

1. La identidad del sujeto se refiere exclusivamente al imputado; es él quien identifica el hecho, en cuanto sujeto activo del comportamiento de aspecto delictivo. El *eadem personae* –acotan Rifá y Valls– se circunscribe a los imputados, ya que los acusadores son contingentes, de suerte que una segunda sentencia penal dirigida contra distintas personas no queda impedida por una primera dictada sobre los mismos hechos y otras personas⁽⁴¹⁾.

No existe, pues, extensión subjetiva de la eficacia de la cosa juzgada penal⁽⁴²⁾. Ello implica, en primer lugar, que, como consecuencia del principio de relatividad, que quienes no han sido imputados en el primer proceso, pueden serlo en otro posterior fundado en los mismos hechos: *res inter alios iudicata, aliis, nec nocet nec prodest solet*; la diferencia de sujetos implica un objeto procesal distinto, lo que justifica sostener que la cosa juzgada penal no reconoce eficacia positiva alguna a la sentencia que declare la culpabilidad de un copartícipe⁽⁴³⁾.

2. La identidad del hecho –*eadem res*– tiene como base un concreto comportamiento históricamente dado atribuido al imputado y, como tal, en su relación con el referido en una resolución firme. El análisis comparativo se concreta en un hecho atribuido como acontecimiento real, que sucede en un lugar y en un momento o periodo determinados, sin que la posibilidad de subsunción en distintos conceptos jurídicos afecte la regla⁽⁴⁴⁾. Es, pues, indiferente que unos mismos hechos, bajo las prevenciones antes señaladas, puedan ser contemplados desde distintos ángulos penales, formal y técnicamente distintos. No interesa, a efectos procesales, si, entre el primero y segundo proceso, varía la forma

(40) DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros. Ob. cit., p. 531.

(41) RIFÁ SOLER, José María y VALLS GOMBÁU, José Francisco. *Derecho Procesal Penal*. Iurgum Editores, Madrid, 2000, p. 265.

(42) La Ejecutoria Suprema de 22/02/2001, recaída en el Exp. N° 678-2000-Lambayeque, precisa claramente que la identidad es solo respecto del encausado. vide FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Jurisprudencia penal*. Jurista Editores, Lima, 2002, p. 294.

(43) CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Dykinson, Madrid, 2002, p. 436.

(44) MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, 2ª edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, pp. 606 y 608.

de la autoría o participación, o si varía el delito, en tanto el objeto normativo sea el mismo (bien jurídico y conexión).

Existen identificados cuatro supuestos problemáticos, en orden al delito continuado, al delito habitual, al delito compuesto y al concurso ideal. La base del problema se da en que en ocasiones el hecho que constituye el objeto procesal no es un hecho en sentido naturalístico, sino que jurídicamente se impone el tratamiento penal y procesal de varios hechos como uno solo⁽⁴⁵⁾.

- a. El delito continuado está previsto en el artículo 49 del Código Penal⁽⁴⁶⁾. Dada su lógica ficta y de favorabilidad, motivo de su reconocimiento jurídico, desde el punto de vista procesal, la cosa juzgada afecta no solo a todos los hechos que han sido objeto de acusación y enjuiciamiento, sino a todos aquellos realizados con anterioridad al proceso aunque no hubiesen sido objeto de acusación y se hubiesen descubierto con posterioridad.
- b. El delito habitual está concebido en concretos tipos penales, como es el caso, por ejemplo, del delito del ejercicio ilegal de la medicina (art. 290 del CP, modificado por la Ley N° 27754). Aquí no se castiga tanto el hecho como la habitualidad, por lo que siendo varias las acciones lo que se castiga es una unidad sustancial de hechos caracterizados por la habitualidad. Por consiguiente, la cosa juzgada afecta a todos los hechos que puedan constituir objeto de esa habitualidad, aunque no hubiesen sido acusados o conocidos, y se hubiesen producido antes de la formulación de la investigación preparatoria, denominado auto apertura de instrucción por el Código de Procedimientos Penales de 1940, o del auto de enjuiciamiento.
- c. El delito compuesto no está regulado como institución específica de la Parte General del Código Penal; en la Parte

(45) CALDERÓN CERESO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Ob. cit., p. 437.

(46) Percy García Caveró señala que el delito continuado, en rigor, vincula una serie de hechos concretos del mismo autor que realizan independientemente un injusto típico, pero que por una vinculación interna y externa se tratan como un solo hecho típico; asimismo, acota que las razones justificativas de la institución, si se toman en cuenta su fundamento procesal, permiten una ficción para rehuir a las reglas del concurso de delitos. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte general*. Ara Editores, Lima, 2003, p. 774 y ss.

Especial del Código aparece como ejemplo de dicha figura el artículo 250 del Código Penal, que estatuye el delito de omisión de provisiones específicas. En estos delitos, su construcción típica exige necesaria o facultativamente la realización de varios actos, los cuales incluso pueden estar recogidos por separado como un tipo penal autónomo, pero dada su estructura típica se les considera un delito único, excluyendo la posible consideración de un concurso⁽⁴⁷⁾. Esta consideración dogmática, precisamente, impide, desde la perspectiva de la limitación objetiva de la eficacia de la cosa juzgada, que un acto que integra el complejo del hecho típico compuesto, y que puede constituir un tipo penal independiente, ser objeto de un nuevo proceso y, menos, de otra pena.

- d. El concurso ideal, reconocido expresamente en el artículo 48 del Código Penal. Se presenta cuando una sola acción realiza varios tipos penales; habrá unidad de hecho, dice Villa Stein, cuando la actuación corresponda a una misma manifestación de voluntad y sea valorada unitariamente en un tipo penal⁽⁴⁸⁾. En tanto en el concurso ideal se lesionan bienes jurídicos distintos y, por ende, se cometen varios delitos, sean homogéneos o heterogéneos, procesalmente, como enfatiza Cortés Domínguez, se está ante dos hechos distintos aun cuando la acción sea unitaria, por lo que la cosa juzgada se extiende únicamente al hecho entendido procesalmente, con independencia que desde el punto de vista natural sea la misma acción⁽⁴⁹⁾; por tanto, si por ejemplo con una bomba se mata a tres personas, y en un proceso solo se comprendió a dos, es lícito un segundo proceso respecto del homicidio de la tercera persona.
3. Finalmente, respecto a la resolución que produce el efecto de cosa juzgada, la propia Constitución es muy clara. Desde luego, está presente la sentencia, pero también lo están las resoluciones equivalentes, entre las que se encuentran las de sobreseimiento

(47) *Ibíd.*, p. 773 y ss.

(48) VILLA STEIN, Javier. *Ob. cit.*, p. 438.

(49) GIMENO SENDRA, Vicente y otros. *Derecho Procesal Penal*. Colex, Madrid, 1996, p. 627.

definitivo⁽⁵⁰⁾, las que declaren la prescripción y, en su caso, las que declaren la aplicación al caso concreto de una amnistía y de un indulto. El Tribunal Constitucional expresamente ha rechazado este efecto a los autos que declaran no haber lugar a la apertura de instrucción (haciendo referencia al Código de Procedimientos Penales), pues tales resoluciones no tienen la calidad de una sentencia, esto es, un acto jurisdiccional en virtud del cual se pone fin a la investigación judicial acerca de la imputación de la comisión de un ilícito penal, sino la de un simple auto dictado sin mediar investigación judicial ni la realización de un contradictorio previo.⁽⁵¹⁾

Tanto el Código de Procedimientos Penales como el Código Procesal Penal de 2004, también, confieren de efecto de cosa juzgada a las resoluciones firmes extranjeras. No se exige que sobre el particular exista tratado. Otro ejemplo de aceptación de una decisión extranjera se encuentra en el artículo 4.3 del Código Penal, que impide la aplicación extraterritorial de la ley penal peruana cuando el procesado ha sido absuelto en el extranjero o el condenado ha cumplido la pena o esta se halla prescrita o remitida.

La jurisprudencia suprema y constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de los conflictos de jurisdicción entre la justicia ordinaria y la castrense en relación con la invocación de la cosa juzgada por hechos conocidos por uno de los órdenes jurisdiccionales y discutidos en el otro, sobre la base de la inclusión o exclusión de la figura del delito de función o castrense. En principio, la Corte Suprema ha sostenido que si los hechos materia de juzgamiento son los mismos que han sido conocidos por un orden jurisdiccional no puede tener lugar el segundo proceso, sea este de la justicia castrense o de la penal ordinaria (Ejecutoria

(50) La Corte Suprema ha ratificado esa postura estableciendo que los sobreseimientos definitivos, por razones de seguridad jurídica, producen los efectos de cosa juzgada. Ejecutoria Suprema de 30/03/1993, Exp. N° 1522-92. La Libertad (vide ROJJASI PELLA, Carmen. Ob. cit., p. 290 y ss. Lo establecido en las Constituciones de 1993 y de 1979 tiene como precedente anterior jurisprudencias del Supremo Tribunal, entre las que destaca la dictada en 1947. Cfr. GARCÍA RADA, Domingo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 7ª edición, Sesator, Lima, 1982, p. 40.

(51) Sentencia del Tribunal Constitucional de 08/07/2002, asunto Juan Manuel García Quiroga, Exp. N° 1077-2002-HC/TC, párr. 6. Disponible en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/1077-2002-HC.html>>.

Suprema del 25/10/1996, Exp. N° 4278-95-B-Lambayeque⁽⁵²⁾). El Tribunal Constitucional ha establecido que aun cuando en una misma ocasión se impuso al reo, oficial de la Marina de Guerra, dos condenas –por la Justicia ordinaria y la castrense–, si los delitos no son los mismos y se refieren a imputaciones por hechos no coincidentes, uno relacionado con la presentación de un informe falso al superior y otro con un delito de tráfico ilícito de drogas, no se da una violación del principio *non bis in idem* (Sentencia del Tribunal Constitucional del 07/05/2002, asunto Flavio Jhonson Gallegos Vizcarra, Exp. N° 371-2002-HC/TC⁽⁵³⁾).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ya citado asunto Loayza Tamayo, en que la justicia militar, luego de analizar las pruebas, la absolvió porque consideró que estas no acreditaban un delito de traición a la patria y, tal vez, el de terrorismo, consideró que si medió decisión de fondo, más allá de las razones jurídicas que se invocaron, analizando los hechos y evaluando las pruebas actuadas y absolviendo expresamente a la acusada (párr. 76), no es posible que la jurisdicción ordinaria, por esos mismos hechos, la condene posteriormente por el delito de terrorismo.

Otro problema está vinculado con el Derecho Administrativo sancionador (también resulta problemática la posible eficacia positiva de la sentencia penal en relación a los órdenes jurisdiccionales civil y laboral, pero este es un tema que escapa al presente trabajo).

Conforme postulan Berdugo Gómez De La Torres, Arroyo Zapatero, García Rivas, Ferré Olivé y Serrano-Piedecabras Fernández, el principio del *ne bis in idem* material [= *bis de eadem re ne sit actio*] –eficacia preclusiva o negativa de la cosa juzgada– lo que proscribe es la duplicidad de sanciones para un mismo sujeto, por un mismo hecho y por sanciones que tengan un mismo fundamento, o dicho de otro modo, que tutelen un mismo bien jurídico⁽⁵⁴⁾; lo que implica la sanción penal y la sanción admi-

(52) ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 164. El Tribunal Constitucional, en un caso similar, declaró infringida la cosa juzgada cuando pese a existir un auto de sobreseimiento la justicia militar condenó a un efectivo policial por un delito, respecto del cual la Corte Suprema había declarado que no se trataba de un delito de función (Sentencia del Tribunal Constitucional del 02/07/1998, asunto Dante Damas Espinoza, Exp. N° 109-98-HC/TC. Véase en <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1998/0109-1998-HC.html>>).

(53) Vide <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/0371-2002-HC.html>>.

(54) Juan Carlos Morón Urbina, comentando el artículo 230.10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, sostiene que el *non bis in idem*, en su relación con la sanción administrativa, consta de tres presupuestos de operatividad: identidad subjetiva, identidad objetiva e identidad causal o de fundamento. En esa perspectiva, señala que “(...) si una sanción penal trata de proteger la buena fe en los negocios, y la sanción administrativa busca poner a quien incumple una obligación

nistrativa⁽⁵⁵⁾, tal como lo ha estipulado la Sentencia del Tribunal Constitucional del 16/04/2003, recaída en el asunto Carlos Israel Ramos Colque⁽⁵⁶⁾.

Esta regla básica, contemplada en el artículo 230.10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, conforme enseña Terradillos Basoco: “(...) comporta tres importantes efectos: a) la actuación sancionadora de la Administración debe ceder ante la de los tribunales, y no podrá reanudarse hasta tanto no se hayan pronunciado estos; b) si la jurisdicción estima la existencia de delito o falta, no cabe sancionar administrativamente; c) en caso contrario, la Administración debe respetar en su actuación *a posteriori*, la declaración de hechos surgida del proceso, puesto que no es posible admitir por parte del Estado una valoración doble y discrepante sobre los mismos elementos probatorios. Lo que no impide que ciertos hechos, que no quedan probados en el proceso porque no interesan a efectos penales, puedan ser importantes a efectos administrativos y, por tanto, ser objeto de examen posterior en el correspondiente expediente. Así pues, aunque por efecto de la cosa juzgada, los hechos probados en sede jurisdiccional penal sean incontestables, cabe que la Administración investigue hechos nuevos que no supongan contradicción con aquellos, entendiéndose por hechos nuevos los que no hayan sido objeto, por parte del tribunal, de pronunciamiento que agote todas las facetas de la infracción”⁽⁵⁷⁾.

■ BIBLIOGRAFÍA

- BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*. Bosch, Barcelona, 1977.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. 2ª edición, San Marcos, Lima, 2002, p. 471 y ss.
- BRAMONT-ARIAS, Luis y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. *Código Penal anotado*. 2ª edición, San Marcos, Lima, 1998.
- CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Dykinson, Madrid, 2002.

formal con la Administración, en que ambos juzguen los mismos hechos no serán objeto de exclusión por la regla del *non bis in idem*”. MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios. Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica, Lima, 2001, pp. 522 y ss.

(55) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Ob. cit., p. 52.

(56) Exp. N° 2050-2003-AA/TC, vide <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/2050-2002-AA.html>>.

(57) TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Empresa y Derecho Penal*. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, p. 132 y ss.

- CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *El proceso penal*. 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1994.
- CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte general*. Astrea, Buenos Aires, 1990.
- CREUS, Carlos. *Derecho Procesal Penal*. Astrea, Buenos Aires, 1996.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III, 2ª reimpresión, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, p. 459.
- GIMENO SENDRA, Vicente y otros. *Derecho Procesal Penal*. Colex, Madrid, 1996.
- GIMENO SENDRA, Vicente y otros. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Colex, Madrid, 2001.
- MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, 2ª edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, pp. 606 y 608.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. 6ª edición, Reppertor, Barcelona, 2002.
- MORENO CATENA, Víctor y otros. *Introducción al Derecho Procesal*. 3ª edición, Colex, Madrid, 2000.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte general*. 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil*. Aranzadi, Navarra, 2001.
- PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Estudio programático de la parte general. 3ª edición, Grijley, Lima, 1999.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*. Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 234 y ss.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Todo sobre el Código Penal*. Tomo II, Idemsa, Lima, 1996.
- RIFÁ SOLER, José María y VALLS GOMBÁU, José Francisco. *Derecho Procesal Penal*. Iurgum Editores, Madrid, 2000.
- ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editorial del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- ROY FREYRE, Luis. *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*. 2ª edición, Grijley, Lima, 1998.
- SCHMIDT, Eberhard. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.
- SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino*. Tomo II, 9ª reimpresión, TEA Ediciones, Buenos Aires, 1983.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María. *Empresa y Derecho Penal*. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires.
- VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte general*. San Marcos, Lima, 1998.
- ÁNGELES GONZALES, Fernando y FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Código Penal comentado, concordado y anotado*. Tomo I, Ediciones Jurídicas, Lima, 1996.

Delito socioeconómico y proceso penal.

El Derecho Procesal Penal económico

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Procesal Penal económico, poco a poco, aunque no de una manera sistemática, va ganando un espacio propio en la disciplina procesal penal. Su desarrollo, por cierto, va de la mano –aunque con ciertos retrasos– con los avances y los estudios progresivos e intensos del Derecho Penal Económico, el mismo que según Jean Pradel es un derecho no solo confuso (límites no muy clarificados) y que provoca aprehensión (tensión entre los principios penales y la lógica del mundo de los negocios y su actividad), sino que también es dinámico en su crecimiento y está en constante evolución, lo que impide cierta seguridad jurídica⁽¹⁾. Su definición está en relación con un objeto de carácter político-criminal: la prevención de la criminalidad económica, que por lo demás es un fenómeno complejo que rebasa lo propiamente jurídico-penal⁽²⁾.

El interés en el Derecho Penal Económico se bifurca en dos datos evidentes; el primero, vinculado a la progresiva dañosidad social de los delitos que afectan la vida económica de las sociedades contemporáneas y el incremento constante de agentes en su comisión; y, el segundo, como postula García Arán, radicado en el incremento de la actuación económica de sociedades y empresas que provoca también el incremento de la delincuencia cometida a su amparo, hasta el punto de que un estudio del

(1) JEAN PRADEL. “Derecho Penal Económico Francés: algunos aspectos actuales”. En: *Revista del Poder Judicial*, 3ª Época, Nº 49, 1er Trimestre, Madrid, 1998, pp. 361-362.

(2) PÉREZ DEL VALLE, Carlos. “Introducción al Derecho penal económico”. En: *Curso de Derecho Penal Económico* (BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (Director). Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 1998, p. 19.

Max-Planck-Institut sitúa en torno al 80 % el porcentaje de delitos económicos cometidos en el seno o bajo la cobertura de personas jurídicas⁽³⁾.

No está de más decir, por consiguiente, que estos delitos tienden a hallar su caldo de cultivo ideal en el seno de las empresas con forma de sociedad mercantil⁽⁴⁾, que es la célula esencial en la estructura y el desarrollo económico.

La gran preocupación política en esta materia, sin duda alguna, se orienta a los problemas de la eficacia de la persecución penal, que incluye tanto iniciativas o propuestas de reforma al proceso penal, tales como la incorporación de nuevas instituciones procesales penales fórmulas (v. gr.: fórmulas premiales, transacción procesal, medidas innovativas y preventivas, etc.) y la específica modificación o rearticulación de otras más bien clásicas (v. gr.: prejudicialidad medidas cautelares, etc.), cuanto la configuración de nuevos esquemas orgánicos de los órganos penales, sobre la base de la especialización, y la potenciación del poder de intervención de la Administración.

Otro punto de vital importancia está constituido por el ámbito internacional. En él es menester: 1) la compatibilización de legislaciones, básicamente para evitar el blanqueo de capitales activos y la cancelación de los paraísos fiscales; 2) la institucionalización de un sistema de información compartida –inclusive espontánea– a nivel internacional, atento a la forma en que el capital traspasa fronteras y fluye muy fácilmente de una jurisdicción a otra; 3) la consolidación de una cooperación judicial internacional de dos tipos, una horizontal –desarrollada entre los autoridades competentes de los Estados– y otra vertical –dirigida a coordinar la acción de las instituciones internacionales con las autoridades nacionales competentes en la persecución: sanción del blanqueos⁽⁵⁾.

(3) GARCÍA ARAN. "Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas". En: *I Congreso Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*. Director MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Universidade Da Coruña, La Coruña, 1998, p. 45. Según PORFIRIO, Sofía. "El marco legal internacional del lavado de dinero". En: *COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS*, Lima, 2000, p. 55; las actividades ilícitas en el mundo manejan 800 mil millones de dólares, las mismas que son objeto de blanqueo a través, en su mayor parte, del sistema financiero. En el Perú, el lavado va desde los 500 a mil millones de dólares. SOBERÓN, Ricardo. *Situación del lavado de dinero en el Perú: realidades y mitos*. Lima, 2000, p. 42.

(4) DE LA GÁNDARA Beatriz. "El sujeto del Derecho penal económico". En: *Curso de Derecho Penal Económico*. Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 49.

(5) Cfr.: GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles. *Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos*. Colex, Madrid, 2000, p. 59.

De entrada es de mencionar cuatro problemas iniciales a los que se enfrenta este capítulo novísimo del Derecho Procesal Penal: 1) El ámbito del Derecho Procesal Penal económico, sobre la base de determinar preliminarmente lo que se entiende por delito económico. Ello es así porque, como señala Martínez-Buján Pérez, nos encontramos ante una familia delictiva que ofrece determinadas peculiaridades o notas distintivas que permiten individualizarla y que sirven para diferenciarla de aquellas agrupaciones delictivas que tradicionalmente se han incardinado en el Derecho Penal clásico⁽⁶⁾. 2) Las características propias y complejas de la persecución penal de estos delitos. 3) La organización de los órganos penales y la configuración general del procedimiento penal. 4) El papel de la administración en el control de estos delitos.

II. DELIMITACIÓN DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO

1. Concepto de Derecho Penal Económico

Después de muchas discusiones se ha llegado a un práctico consenso acerca del objeto del Derecho Penal Económico. Apunta Bajo Fernández que el Derecho Penal Económico busca proteger el orden económico, en tanto regulación jurídica de la participación estatal en la economía (concepción estricta) o de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios (concepción amplia)⁽⁷⁾. El Derecho Penal Económico, en palabras de Rosario de Vicente Martínez, abarca la criminalidad relacionada con la económica, con el orden económico⁽⁸⁾.

Esta disciplina, fuertemente impulsada por el Proyecto Alternativo Alemán de 1966, como es lógico, solo se explica en los marcos de una economía social de mercado, que por cierto nuestra Constitución en su artículo 58 consagra expresamente, aunque no con la fuerza intervencionista necesaria.

En tal sentido, Klaus Tiedemann, adoptando una concepción amplia, define el delito económico como el conjunto de delitos relacionados con la actividad económica y dirigidos contra las normas estatales que organizan

(6) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico - Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 20.

(7) BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Manual de Derecho Penal, Parte Especial -delitos patrimoniales y económicos*. Ceura, Madrid, 1987, p. 394.

(8) DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. "Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica". En: *Revista Actualidad Penal*. Madrid, 1997-1, p. 105.

y protegen la vida económica⁽⁹⁾. Son ilícitos que se destacan por su carácter pluriofensivo y su trascendencia general. En esta misma perspectiva, Bustos Ramírez anota que los bienes jurídicos que integran el Derecho Penal económico, por estar referidos a la colectividad, están en situación de ser afectados de modo amplio y constante: su afectación está referida a un amplio conjunto de personas, a grandes mayorías, e incide en toda su vida cotidiana, de ahí su extensa dañosidad social⁽¹⁰⁾.

Sobre la enorme nocividad social y económica de la delincuencia económica, Gerardo Landrove Díaz ha sido muy enfático. Nos dice que, a veces, victimiza a muy amplios colectivos, ocasionando la pérdida de confianza en el tráfico mercantil, la lesión de la economía nacional, la eliminación de la competencia honesta o el difícilmente soslayable efecto de contagio y las reacciones en cadena (quiebras, despido masivo de trabajadores, alza del interés de los institutos de créditos, etc.)⁽¹¹⁾.

Si se sigue la concepción estricta de orden económico, el contenido del Derecho Penal Económico quedaría reducido a los delitos que poseen como interés jurídico inmediata o directamente protegido, un bien de naturaleza supraindividual general que afecta a la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía. Estamos hablando, en estricto sentido, de los delitos contra la libre competencia y abuso de poder económico, delitos aduaneros, delitos tributarios, delitos de blanqueo de activos, delitos financieros, entre otros. Su base estaría en los artículos 61, 74, 83, 87 y 118.20 de la Constitución, que protege o regula de algún modo la libre competencia, la potestad tributaria, el sistema monetario, el régimen bancario y de seguros, y las tarifas arancelarias.

Desde la concepción amplia del Derecho Penal Económico, se incorporan, además, aquellos delitos que importan, en primer lugar, la vulneración de un bien jurídico patrimonial individual que, a su vez y en segundo lugar, lesionan o ponen en peligro la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Están comprendidos los delitos de usura, fraudes societarios (delitos societarios, propiamente dichos), fraudes alimentarios y de protección al consumidor, delitos laborales, falsedades documentales, delitos ecológicos y delitos contra la

(9) TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho penal económico*. PPU, Barcelona, 1993, pp. 33-34.

(10) BUSTOS RAMÍREZ. "Perspectivas actuales del Derecho penal económico". En: *Libro Homenaje a la memoria del Profesor Juan del Rosal*. Edersa, Madrid, 1993, pp. 214-215.

(11) LANDROVE DÍAZ, Gerardo. "La represión de la delincuencia económica". En: *Revista Jueces para la Democracia*. N° 31, Marzo, Madrid, 1998, p. 28.

propiedad intelectual. La Constitución impone, por ejemplo, la protección al consumidor (art. 65) y al medio ambiente (art. 67), así como reconoce la propiedad intelectual como un derecho fundamental (art. 2.8).

Es claro que, como apunta Julio Mozuelos Coello, la concepción amplia del Derecho Penal Económico es la que prevalece actualmente en la doctrina dominante; concepción que permite precisar con mayor exactitud determinadas categorías de la teoría del delito, tales como bien jurídico, sujetos activos, tipicidad y antijuricidad; permitiendo formular mayores soluciones dogmáticas satisfactorias que la tesis que reduce la delincuencia económica a formas especiales de los delitos patrimoniales⁽¹²⁾.

Muñoz Conde enseña que no cabe circunscribirse –para identificar el delito económico– a la designación fijada en el Código Penal⁽¹³⁾. De igual manera, acota que la noción estricta del orden económico no es suficiente puesto que no abarca una serie de hechos de gran trascendencia también para los intereses socioeconómicos y que excede el ámbito puramente patrimonial individual (v. gr.: propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, delitos societarios y el blanqueo de activos)⁽¹⁴⁾.

Nuestro Código Penal de 1991 contiene una sistematización no necesariamente coincidente con las nociones ya enunciadas. El título IX, denominado específicamente delitos contra el orden económico, solo recoge figuras ligadas a la libre competencia, al comercio ilícito, a la publicidad engañosa y desprestigio comercial, a la omisión de información, al uso indebido de tasa de cambio preferencial y a la conducción ilegal de casinos de juego. Sin embargo, como precisa Manuel Abanto, en otros títulos del Código aparecen registrados delitos económicos, tales como: a) delitos contra la confianza y la buena fe en los negocios, VI; b) delitos contra la propiedad industrial, c) delitos contra el orden financiero y monetario, X; d) delitos tributarios, que incluye –en legislación especial– los delitos tributarios y los delitos aduaneros, XI; y, e) delitos ecológicos, XIII⁽¹⁵⁾.

No puede dejar de mencionarse el delito de blanqueo de capitales, cuya existencia se debe, según Quintero Olivares, a la necesidad de

(12) MAZUELOS COELLO, Julio. *Derecho penal económico y de la empresa*. San Marcos, Lima, 1996, pp. 20-21.

(13) MUÑOZ CONDE, Francisco. “Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos”. En: *Revista Penal*. Nº 1. Praxis, Barcelona, 1998, p. 68.

(14) *Ibidem*, p. 69.

(15) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho Penal Económico*. Idemsa, Lima, 1997, p. 33.

luchar contra aquellos delitos que pueden producir grandes sumas de dinero⁽¹⁶⁾, en tanto mecanismo criminal que consiste en la incorporación o reintroducción de los bienes o capitales ilícitamente obtenidos a los círculos económicos legales, a la economía legal; y, como tal, es el punto de inflexión entre la economía legal y la ilegal, de ahí su consideración de delito económico⁽¹⁷⁾.

2. Lineamientos político-criminales

No debe perderse de vista, como anotan Bramont-Arias y García Cantizano, que un requisito básico dentro de la estructura de estos delitos es la existencia del “abuso de una posición de poder”, en cuya virtud el agente delictivo aprovecha su situación predominante en el mercado y la utiliza abusivamente, lo que está en la base de la ineficacia de la represión y la gran nocividad social producida por estos hechos⁽¹⁸⁾. No obstante ello, como llama la atención Jean Pradel, el número de hombres de negocios que son perseguidos judicialmente aumenta paulatinamente, lo que provoca una fundada aprehensión en el mundo del capital, de suerte que puede decirse que hay una complejidad en conciliar el mundo empresarial y su actividad y los principios penales que imperan⁽¹⁹⁾.

Es del caso enfatizar, con Gerardo Landrove Díaz, seis características de los delincuentes económicos. 1) Son delincuentes de nivel socioeconómico elevado, que participan de un peculiar código moral y una escala de valores en la que prima el éxito económico. 2) A su alrededor existe una competente e inmoral asesoría jurídica que les permite, en el desarrollo de su actividad profesional, bordear la ley. 3) El derecho penal está anclado en el viejo principio *societas delinquere non potest*, no obstante lo cual en estos delitos se utiliza a las personas jurídicas, lo que plantea problemas de imputación delictiva y de prueba. 4) Garantía de impunidad que se refuerza en regímenes totalitarios o en las democracias simplemente formales; lo indulgencia o benevolencia con estos delincuentes se explica a partir de la complicación que rodea al hecho (ingeniosidad en la comisión delictiva, utilización de especialistas y asesores, y aprovechamiento de la propia situación de la justicia). 5) Impunidad

(16) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otros. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 706.

(17) ÁRANGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de Blanqueo de Capitales*. Marcial Pons, Madrid, 2000.

(18) BRAMONT-ARIAS y GARCÍA CANTIZANO. *Manual de Derecho Penal - Parte Especial*. San Marcos, Lima, 1997, pp. 397-398.

(19) JEAN PRADEL. Ob. cit., p. 361.

creciente y utilización de chivos expiatorios que impiden que los verdaderos responsables lleguen siquiera a sentarse en el banquillo de los acusados. 6) Lamentable insensibilización ciudadana a esta criminalidad⁽²⁰⁾. Otra nota característica, anotan Agustín Fernández Albor y Carlos Martínez Pérez, es 7) la creciente internacionalización de esta delincuencia⁽²¹⁾.

Finalmente, y como apunta Carlos Jiménez Villarejo, 8) es evidente la relación de los delitos socioeconómicos, no tanto con la economía como con el Derecho Mercantil y Administrativo, en cuya virtud se utiliza la técnica de las normas penales en blanco o se construyen figuras penales repletas de elementos normativos extra penales que obligan al conocimiento y comprobación de normas del más variable carácter, sin las cuales no será posible la incardinación de la conducta con el correspondiente tipo penal⁽²²⁾.

Es de tener presente que, aun cuando resulta de sustancial importancia determinar el ámbito de esta rama jurídica indisciplinar qué es el Derecho Económico y, a partir de ella, lo qué se entiende por delito económico, lo cierto es que desde la óptica procesal resulta esencial asumir una perspectiva más bien pragmática que tome en consideración, indistinta o concurrentemente: 1) la calidad supraindividual de los bienes jurídicos económicos o la proyección de la afectación de un bien jurídico individual, patrimonial, al funcionamiento del propio sistema económico; y, 2) la complejidad y dificultad de la investigación del delito, vinculadas a la necesidad de conocimientos especiales y de medios de investigación apropiados para combatirlos. Precisamente, estos son los parámetros asumidos por los sistemas francés y alemán, en los que los problemas vinculados a la justicia penal en materia socioeconómica se focalizan en determinar la amplia nocividad social de dichos injustos y la complejidad de su persecución que amerita la construcción de instituciones penales: especializadas y potenciadas en recursos y personal. Tiedemann apunta al respecto que, en rigor, no es de tomar en cuenta el tipo criminológico de autor, sino las dificultades criminalísticas del descubrimiento y la persecución de estos hechos, y que es la combinación de ambos puntos: de

(20) LANDROVE DÍAZ, Gerardo. Ob. cit., p. 35.

(21) FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín y MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos. *Delincuencia y Economía*. Imprinta Universidad de Santiago de Compostela, Galicia, 1983, p. 38.

(22) JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos. "La prueba pericial en los delitos económicos". En: *Revista Jueces para la Democracia*. Marzo, 1998, Madrid, p. 60.

vista y la dirección del hecho contra el orden económico, lo que define la orientación penal económica del hecho punible⁽²³⁾.

Basta, pues, como aduce Bernd Schünenann, que se trate de acciones punibles que se cometan en el marco de la participación en lo vida económica o en estrecha conexión con: ella⁽²⁴⁾, a la que desde un punto de vista procesal y orgánico se le adicionan las notas de nocividad social y complejidad de su persecución, para justificar un modelo procesal específico y une: construcción orgánica y funcional especializada.

No está de más recordar que de lo que se trata, desde la perspectiva del Derecho Procesal Penal y sin descuidar la definición del objeto del Derecho Penal Económico, es de construir una doctrina específica –orgánica y procedimental– que cumpla con eficiencia los fines clásicos del proceso penal, introducidos –como se sabe– por las ideas del iluminismo, tal como lo recuerda Daniel Pastor, siguiendo a Claus Roxín: 1. Imponer la pena al culpable [paz jurídica a través del proceso]; 2. Proteger al inocente contra los abusos del poder penal del Estado; y 3. Respetarle: dignidad de la persona del imputado⁽²⁵⁾.

III. CARACTERÍSTICAS PROCESALES DEL DELITO SOCIOECONÓMICO

1. Aspectos generales o comunes

Tres son las características esenciales que presenta el delito económico desde el punto de vista procesal. Las dos primeras han sido expresadas por Julio Moler y la última por Martínez-Buján Pérez. Tienen que ver: a) con las dificultades del procedimiento de iniciación, vinculada a la denuncia y a la intermediación de órganos de control especializada de la Administración; b) con la complejidad de los casos y los problemas de organización tribunalicia que plantea; y, c) con la presencia de prejudicialidades y de requisitos de procedibilidad. Otra característica que en pureza constituye una expansión a partir de los delitos contra el patrimonio,

(23) TIEDEMANN, Claus. “La criminalidad económica como objeto de investigación”. En: *Temas de Derecho penal económico y ambiental*. Idemsa, Madrid, 1999.

(24) SHÜNEMANN, Bernd. “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal acerca de la criminalidad de la empresa”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLI, Fascículo II, Madrid, 1988, p. 529.

(25) PASTOR, Daniel. “¿Es conveniente la aplicación del proceso penal ‘convencional’ a los delitos ‘no convencionales’?” En: *Delitos no convencionales*. Del Puerto, Buenos Aires, 1994, p. 270.

tiene que ver con las especialidades propias de la pretensión civil (la acción civil ex delicto).

Dificultad en conseguir la información necesaria para comenzar la investigación y persecución penales. En estos delitos, por lo general, no hay denuncias de víctimas y el sistema de persecución se sustenta básicamente en una información oficial generada por el propio Estado. A lo expuesto se agrega la ineficiencia –propia o provocada– del aparato estatal para generar su propia información, lo cual se debe a cuatro causas muy puntuales:

- 1) Escasa especialización de los cuerpos policiales para esta tarea;
- 2) Mediatez física y temporal entre delito, autor y conocimiento del mismo [ocultación del delito y del autor tras una persona jurídica u organización], por los espacios temporales que la legislación común dispone para proporcionar información y porque resulta necesario investigar la información recibida;
- 3) Existencia del secreto bancario y de la reserva tributaria y del derecho a la intimidad documental; y,
- 4) Internacionalización de la actividad comercial e industrial y existencia de empresas transnacionales, difíciles de controlar⁽²⁶⁾.

Complejidad en los casos y de su investigación. Esta se traduce: 1) En la necesidad de conocimientos específicos, tanto jurídicos como relativos a otras ciencias; 2) En la existencia de gran número de sospechosos y de hechos delictivos conexos, propios de la criminalidad a través de organizaciones y personas jurídicas o morales (también, en este rubro, es de rigor enfatizar los efectos negativos en la persecución que importan los problemas de imputación que suscitan estos delitos y que alcanzan, por ejemplo, a la responsabilidad por un delito de comisión por omisión, a la responsabilidad del representante, a la sanción de la propia empresa, así como la estructuración de delitos de sospecha especialmente estructurados para facilitar el poder de intervención de los órganos penales y enervar la protección del derecho a la presunción de inocencia); 3) En la exigencia de destinar a su persecución mayor número de recursos humanos y materiales; y, 4) En la constatación de que los delincuentes socioeconómicos tienen un elevado grado de cultura y utilizan modos y medios

(26) MAIER, Julio B.J. “Delincuencia socioeconómica y reforma del proceso penal”. En: *Revista Doctrina Penal*. Año 12, Buenos Aires, 1989, pp. 519-520.

delictivos altamente tecnificados, superiores en muchos casos a los utilizados para su combate por el Estado⁽²⁷⁾.

Si bien existen serios déficits en la persecución de la delincuencia socioeconómica, estos –en puridad de verdad– se centran en problemas de infraestructura y organización de las instituciones llamadas a su control. La permanente alegación de las dificultades de prueba de estos delitos, empero, no puede magnificarse y, menos, ser encubridora de una decepcionante política criminal en este segmento de la criminalidad.

Terradillos Basoco, contestando estas objeciones, anota que la especialización de los órganos penales puede ayudar a solventar los arduos y complejos problemas de prueba que a veces se presentan, a la vez que precisa que tal obstáculo no es insalvable puesto que la obtención de pruebas es muy factible en un sector donde por lo general el tráfico mercantil está debidamente documentado⁽²⁸⁾. Shünemann apunta al respecto que “(...) las constantes dificultades prácticas de prueba se presentan en realidad más bien como un producto de diferentes mecanismos de selección y con ello del ‘labeling approach’, que como una irrefutable consecuencia de la naturaleza de las cosas. Como resultado de la organización formal interna de la empresa, con la gran necesidad de información, comunicación y procesamiento de la misma, no existe en realidad un ámbito delictivo que ofrezca posibilidades tan favorables de esclarecimiento y de prueba como la criminalidad de empresa”⁽²⁹⁾.

Siendo así, es de entender que en la persecución de los delitos socioeconómicos, principalmente aquellos perpetrados en los marcos de la actividad empresarial, juega un papel primordial la construcción de mecanismos rápidos y efectivos para obtener la correspondiente prueba documental, por lo que en estos casos resulta menester construir mecanismos legales específicos que permitan la inmovilización de documentos y, luego, el secuestro instrumental de los mismos, superándose por completo las dificultades aparentes que se derivan de la configuración mercantil de las empresas y del propio Derecho de sociedades.

Al respecto, resulta de suma importancia y utilidad la denominada teoría jurisprudencial “levantamiento del velo”, que sirve no solo para cubrir aspectos no cubiertos de la figura penal del “actuar en lugar de

(27) *Ibidem*, p. 520.

(28) TERRADILLOS BASOCO. *Derecho penal de la empresa*. Trotta, Madrid, 1994, pp. 28-29.

(29) SHÜNEMANN, Bernd. *Ob. cit.*, p. 552.

otro”⁽³⁰⁾ sino para tener presente, como dice Carlos Jiménez Villarejo, que las formas del Derecho de sociedades no pueden operar para encubrir una realidad económica de relevancia penal, situación que posibilita a los Tribunales “correr el velo” tendido por una sociedad para tener conocimiento de la titularidad real de los bienes y créditos que aparecen formalmente en el patrimonio social⁽³¹⁾, lo que ha sido muy útil en el ámbito del delito tributario.

Esta institución, con origen en el recurso al *disregard of legal entity* del Derecho anglosajón (también llamado *veil lifting o veil piercing*), permite a los órganos judiciales prescindir de las relaciones jurídicas societarias formales e indagar la realidad personal subyacente y ha sido aplicada en el campo civil, pero también en el tributario, el internacional, el mercantil, el laboral y el penal –específicamente en el delito tributario–⁽³²⁾. Como tal, permite descartar o desestimar la apariencia social fraudulenta y atenerse a la personal (física) subyacente de aquel que elude tributos, en cuya virtud lo que se defrauda son cuotas de personas físicas y no de sociedades, en tanto en cuanto la creación de la de una sociedad o cualquier acto que repercuta en su continuidad (como fusiones, absorciones, etc.) persiga como objetivo exclusivo el de determinar una elusión fiscal⁽³³⁾.

Asimismo, desde la perspectiva de la eficacia de la persecución penal, la técnica aludida permite entender claramente las relaciones jurídicas que dan origen a los “grupos de empresa” y, de ese modo, identificar –con lo difícil del tema– a los centros de dirección, tanto para inculpar formalmente a sus directivos centrales –que tienen el dominio de la organización– cuanto para adoptar rápidamente medidas instrumentales restrictivas de derechos que importen limitar secreto documental y bancario y la reserva tributaria, así como cautelares, al punto de disponer el control judicial de las empresas, es decir, su intervención judicial, en los casos más graves y evidentes.

Perseguibilidad y prejudicialidad. El Derecho Penal Económico es quizá el sector arquetípico donde se presentan con mayor profundidad

(30) Con reservas: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “El actuar en lugar de otro en el Código Penal Español”. En: *Estudios de Derecho Penal*. Grijley Lima, 2000, pp. 165-166.

(31) JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos. Ob. cit., p. 61.

(32) SERRANO GONZALES, José Luis y MERINO JARA, Isacc. “Levantamiento del velo y delito fiscal”. En: *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Año VI, N° 264, Madrid, 10 de octubre de 1996, p. 1.

(33) SERRANO GONZALES, José Luis y MERINO JARA, Isacc. “El ‘levantamiento del velo’ en el marco de la defraudación tributaria”. En: *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*. XLIV, N° 231-232. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994, p. 680.

varios problemas procesales muy sentidos. Así tenemos: a) las cuestiones prejudiciales devolutivas, que se explican por la utilización tanto de elementos normativos en los tipos penales cuanto de la técnica de la ley penal en blanco; b) el carácter del delito, público o semipúblico; y, c) la introducción de requisitos perseguibilidad, que da cuenta de la fuerte intervención de la Administración en el control estos delitos.

Luís Rodríguez Ramos ha señalado que la creación de numerosos delitos socioeconómicos son expresión paradigmática de los que se denominan “tipos penales en blanco” o “incompletos”, o desde otra perspectiva, tipos plagados de “elementos jurídico-normativos no penales”, lo que ha determinado una reconversión del Derecho Penal en realidad invadida y el surgimiento de los requisitos de procedibilidad y las cuestiones prejudiciales⁽³⁴⁾.

Ahora bien, como enseña Seres Motilla, la utilización de ambas técnicas solo tendrá entidad para originar una cuestión prejudicial si el hecho –actos o negocios jurídicos– que debe ser objeto de calificación jurídica con arreglo a normas extrapenales puede configurar el objeto autónomo de un proceso, siempre y cuando el mismo sea determinante para la declaración de inocencia o culpabilidad del imputado⁽³⁵⁾.

Un caso emblemático, por ejemplo, es el delito de fabricación de productos patentados sin estar autorizado por quien tiene derecho a hacerlo (art. 222 del CP). Si está en cuestión el derecho del titular de la patente, como se trata de un elemento integrante del injusto o antijuridicidad penal, cuya respuesta con arreglo a las normas extrapenales (derecho industrial) puede integrar el objeto de un proceso autónomo y determinará la culpabilidad o inocencia del imputado por el referido delito, deviene procedente una causa prejudicial en tanto en cuanto la relación jurídica cuestionada requiera un debate en el orden jurisdiccional comercial o, en su caso, en el contencioso-administrativo.

Nuestra legislación reconoce expresamente las causas prejudiciales (devolutivas y suspensivas) y las considera, en todo caso, de carácter relativo⁽³⁶⁾. El juez decidirá caso por caso si la prejudicialidad es o no de-

(34) RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. “Hacia un Derecho penal privado y secundarlo. Las nuevas cuestiones prejudiciales suspensivas” En: *Actualidad Jurídica*. Año VI, N° 251, Aranzadi., Madrid, 1996, p. 3.

(35) SENES MOTILLA. *Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*. Mc Graw-Hill, Madrid, 1996, pp. 22-23.

(36) DEL VALLE RANDICH, Luis. *Derecho Procesal Penal - cuestiones prejudiciales, cuestiones previas, excepciones*. Imprenta Liurimsa, Lima, 1966, p. 57.

volutiva; la ley ni siquiera impone obligatoriamente algunos supuestos delictivos. Las no devolutivas, se resuelven por el juez que conoce del proceso principal, es decir, el juez penal (*incidenter tamtun*); las devolutivas las resuelve el juez competente por razón de la materia (*principaliter*).

Especialidad de la pretensión civil. El objeto civil en el proceso penal –de acumulación obligatoria en nuestro ordenamiento (art. 92 del CP)–, está limitado a las acciones de restitución o reparación y de indemnización de los daños y perjuicios, a tenor del artículo 93 del Código Penal, que debe ejercerla de oficio el Ministerio Público (arts. 1, 92.4 y 95.2 de la LOMP), sin perjuicio que la inste el actor civil en tanto se constituya en parte.

Lo especial en el presente caso está en función de los alcances o al objeto de la acción restitutoria. Margarita Roig Torres apunta: 1) que esta consiste en el restablecimiento de la situación jurídica alterada por el delito, aplicándose en los casos en que la infracción haya comportado la privación de un bien, haya o no habido desplazamiento físico, lo que explica que a la jurisdicción penal le sea dable restituir tanto bienes muebles como inmuebles, si el perjudicado hubiese sido privado de ellos a causa del delito; 2) que cuando lo sustraído es una cantidad de dinero u otro bien fungible no cabe la restitución como acción civil –solo la indemnizatoria de perjuicios–, dado que estos bienes solo podrán ser reclamados en tanto se hallen a disposición del infractor, con independencia, de que estén en su poder o en posesión de un tercero al que aquel los hubiere entregado para eludir la reclamación del perjudicado; 3) que la acción restitutoria recae en los delitos de hurto, robo, apropiación ilícita, estafa, peculado y delitos concursales (la peculiaridad en este caso es que los bienes se reintegran a la masa)⁽³⁷⁾.

El *petitum* puede incluir, para posibilitar la restitución en toda su amplitud jurídica, la declaración de nulidad de los contratos y demás actos jurídicos a través de los cuales se hubiere materializado el delito. Ello no es consecuencia de exigir en el proceso penal una responsabilidad distinta de la prescrita en el artículo 93 del CP, sino que es un presupuesto ineludible en ocasiones para proceder a la restitución del estrado de cosas existente antes del hecho delictivo. La jurisprudencia española, por ejemplo, ya se ha pronunciado en estos términos en los delitos concursales;

(37) ROIG TORRES, Margarita. *La reparación del daño causado por el delito*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 164-176.

mientras que la doctrina penalista de ese país reclama similar postura en los delitos societarios e, inclusive, en los delitos contra la fe pública⁽³⁸⁾.

Es interesante la postura de Juan José González Rus acerca del delito concursal cuando acota que parece haber acuerdo jurisprudencial sobre la declaración de nulidad de los actos jurídicos eventualmente realizados, dice: “No procede cuando afecta a actos referidos personas que no son responsables del alzamiento; pero sí cuando fueron el instrumento válido para consumar el fraude y se llevaron a efecto con conocimiento de su finalidad fraudulenta, a condición de que lo solicite la parte interesada”⁽³⁹⁾.

El juez, en todo caso, podrá declarar la nulidad siempre que el fiscal o el actor civil soliciten expresamente tal pretensión –que es consecuencia del principio dispositivo que inspira el ejercicio de la pretensión civil en el proceso penal– y que todos los que pudieren resultar afectados con la nulidad (la empresa, el adquirente y sucesivos subadquirentes) hayan sido emplazados y tenido la oportunidad de ejercer su defensa⁽⁴⁰⁾.

2. Algunos aspectos de la legislación nacional

Corresponde a la ley penal material determinar si el delito se perseguirá de oficio o a instancia de la víctima. Según la técnica utilizada por el Código Penal, la gran mayoría de los delitos económicos son públicos; en tal virtud, según Garberí Llobregat, la iniciación y el desarrollo del proceso penal encaminado a enjuiciar la conducta delictiva del acusado no depende de la voluntad de la víctima, sino de la actuación del Ministerio Público, quien, mientras sostenga la acusación y no concurran ninguna de las causas legales de sobreseimiento o archivo del procedimiento, habrá de obligar al órgano judicial competente a decretar la apertura del juicio oral y, previa la celebración de las sesiones del mismo, a dictar una sentencia sobre el fondo, absolviendo o condenando al acusado⁽⁴¹⁾.

Las excepciones se han venido a construir con la legislación penal especial. Así tenemos que son semipúblicos los siguientes delitos:

- (38) GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles. Ob. cit., pp. 186-188; 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*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1998, p. 138.
- (39) GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Curso de Derecho Penal Especial - Parte Especial*. Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 735-736.
- (40) GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles. Ob. cit., p. 193.
- (41) GARBERÍ LLOBREGAT, José. “Derecho penal de la empresa (delitos económicos + delitos societarios): aspectos procesales”. En: *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Año VIII, N° 345, Madrid, 1998, p. 1.

a) delitos tributarios, artículo 7 del Decreto Legislativo N° 813; b) delitos de abuso de poder económico, artículo 19 del Decreto Legislativo N° 701⁽⁴²⁾, modificado por el artículo 11 del Decreto Legislativo N° 807; c) delitos de aprovechamiento indebido de reputación y de desprestigio comercial, artículo 240 del Código Penal⁽⁴³⁾, modificado por el Decreto Legislativo N° 823; y, d) delitos de Atentados contra el sistema crediticio, artículos 209 al 211 del Código Penal, modificados por la Ley N° 27146⁽⁴⁴⁾. En estos delitos, como es sabido, el ejercicio de la acción penal queda condicionado a la interposición por delito de la oportuna denuncia⁽⁴⁵⁾.

La necesidad de denuncia previa de la víctima constituye un requisito de procedibilidad, cuyo incumplimiento determina una sentencia de improcedibilidad o de absolución de la instancia. De abrirse instrucción, el imputado está autorizado a deducir cuestión previa, que obviamente se declarará fundada (vid.: art. 4 del Código de Procedimientos Penales⁽⁴⁶⁾).

No obstante ello, es de apuntar, con Patricia Faraldo Cabana, que “(...) el instituto de la denuncia previa supone una subordinación del interés público al interés privado, debido bien a la utilidad que supone para el Estado el atender al interés privado, bien a la escasa relevancia del interés público en juego, o, en fin, a estos dos motivos conjuntamente (...) el paso de un régimen de perseguibilidad de oficio a otro a instancia de parte implica necesariamente el reconocimiento del menor relieve social de los delitos sobre los que incide (...)”⁽⁴⁷⁾. Los requisitos de procedibilidad, por consiguiente, se conciben como recurso técnico para plasmar el principio político-criminal de irrelevancia, uno de los cuyos ámbitos de actuación es precisamente el de los delitos patrimoniales, en atención a lo cual se concede primacía a la intimidad personal del ofendido (dotando de eficacia a su voluntad), salvo que concurra un específico interés público prevalente; asimismo, la intervención del Derecho Penal siempre

(42) Decreto Legislativo derogado por el Decreto Legislativo N° 1034 de fecha 26 de junio de 2008.

(43) Artículo derogado por la Segunda Disposición Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1044, publicado el 26 junio 2008.

(44) Los mismos que se modificaron con posterioridad, con la Ley N° 27295 publicada el 29 de junio de 2000.

(45) GIMENO SENDRA, Vicente. “La aplicación procesal del nuevo Código Penal con especial referencia años delitos contra el orden socioeconómico”. En: *Revista Penal* N° 1. Praxis, Barcelona, Enero 1998, p. 32.

(46) En adelante CPP.

(47) FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 299.

debe reducirse a supuestos en el que el titular del bien jurídico tutelado no encuentra otros medios de resolución del conflicto ajenos al punitivo⁽⁴⁸⁾.

Llama, pues, la atención que los tres delitos mencionados, infringiendo bienes jurídicos colectivos, ni siquiera intereses patrimoniales individuales, como es el caso de los delitos de apropiación ilícita, estafa o hurto, se vean sometidos a una condición de procedibilidad; contradicción que es palmaria al entender que son tres las funciones que cumple la denuncia previa y que no son de recibo en los tres delitos en cuestión: a) la conveniencia de que el proceso penal solo se ponga en marcha cuando el ofendido muestra interés en ello, dada la relativa poca importancia del delito; b) la necesidad de que medie el consentimiento del ofendido para proceder en los delitos relacionados con su intimidad personal; y, c) razones de protección a la víctima, cuando el seguimiento del proceso, por su publicidad, puede agravar u condición dada la naturaleza del delito, con lo que se potencian los arreglos extrajudiciales, con la consiguiente descarga de trabajo que ello supone para los Tribunales.

Delitos tributarios. El artículo 7 del Decreto Legislativo N° 813 (Ley Penal Tributaria) estipulaba, antes de la modificación por el Decreto Legislativo N° 957, que la persecución penal solo procedía a instancia del órgano administrador del tributo, en mérito a lo cual se creó una fase preprocesal administrativa a cargo de dicho órgano, en la que no interviene el Ministerio Público y en cuyo periodo final se convoca a la Policía para la elaboración del atestado. Esta “administrativización” del ejercicio de la acción penal comportaba dos características esenciales del delito tributario: 1) la exclusión de la acción penal pública y; 2) el establecimiento de una prejudicialidad necesaria.

Empero, como ya hemos sostenido en un trabajo anterior, contenía cinco riesgos que es del caso ponderarlos debidamente: a) la Administración podía elegir a sus víctimas, de suerte que los criterios de criminalización no se amoldarían a las previsiones del Derecho Penal; b) el ejercicio público de la acción propende a que los ciudadanos tengan la convicción desde el comienzo que van a estar a salvo en esta materia de cualquier posible actuación arbitraria o discriminatorio por parte de los órganos de la Administración; c) la índole comunitaria del bien jurídico impedía considerar la persecución de este delito a cargo de la Administración; d)

(48) MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico - Parte Especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 198.

la exclusión de la persecución de oficio suponía un atentado contra lo división de poderes, que consagra el artículo 43 *in fine* de la Constitución, pues ello conduce a un sometimiento intolerable, en materia de tanta trascendencia social, del Poder Judicial al Poder Ejecutivo; y, e) si bien es necesario garantizar un adecuado y razonable ejercicio de la acción penal, y vista la complejidad del fenómeno tributario, lo único que podría aceptarse es que la Administración determine existencia de la deuda tributaria y su cuantía, sin que la jurisdicción penal esté vinculada a los efectos de la punición por aquella determinación administrativa⁽⁴⁹⁾.

No obstante ello, es de reconocer una razón básica que explica normas como esta en algunos sectores del Derecho Penal Económico (concentrado en nuestro ordenamiento en el delito tributario): la complejidad y movilidad de las normas extrapenales, administrativas, que la sustentan, a lo que se añade el intrincado de operaciones que en ellos tiene lugar, lo cual parece aconsejable la previa investigación del organismo de supervisión antes de recurrir al ejercicio de la acción, que requiere el concurso de especialistas⁽⁵⁰⁾.

Resulta paradójica al respecto, una decisión harto discutible del Supremo Tribunal, respecto de la aplicación de dicha ley, en cuya virtud convalida que se comprenda como inculpado a una persona por delito de defraudación tributaria sin la previa intervención y denuncia de Sunat, llegando a sostener la ilegitimidad constitucional de todos los delitos semipúblicos y privados en general por la simple referencia al artículo 159, numerales 1 y 5, de la Constitución. Empero, esas normas constitucionales lo único que regulan, de modo general, son las atribuciones o funciones del Ministerio Público; no determinan que todos los delitos deben ser públicos. Ambos dispositivos señalan que corresponde al Ministerio Público, en el primer caso, promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho, y, en el segundo caso, ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.

Por consiguiente, corresponde a la ley ordinaria, como lo es en todas las legislaciones de nuestro ámbito de cultura, ponderando los intereses en conflicto, la naturaleza del bien jurídico vulnerado y la relevancia del

(49) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen II. Grijley, Lima, 1999, pp. 976-977.

(50) GÓMEZ INIESTA, Diego José. *La utilización abusiva de información privilegiada en el Mercado de Valores*. Mc Graw-Hill, Madrid, 1997, p. 460.

interés individual, decidir si el delito será de persecución pública, privada o semipública; y, solo en el caso que el legislador ordinario opte por la persecución pública o semipública, la Fiscalía estará obligada a accionar penalmente –siempre, claro está; que se cumplan los requisitos materiales correspondientes–, para lo cual dichas normas constitucionales estatuyen que la misión persecutoria del Ministerio Público puede tener lugar tanto por propia iniciativa cuanto por comunicación o noticia criminal de parte, sin que por lo demás, ello obste a la acción popular en los casos de delitos públicos.

Es de insistir que la denuncia y la querella aparecen como técnicas al servicio del principio de intervención mínima del Derecho Penal y que la propia definición de los alcances de la aplicación del Derecho Penal, del principio de legalidad penal en suma, queda librada a la discrecionalidad del legislador, quien puede definir la persecución como pública, semipública a privada. Las normas constitucionales arriba citadas no obligan a definir todos los delitos como públicos, solo estatuyen, en los marcos de la ley, el papel del Ministerio Público cuando le corresponde perseguir el delito. Por lo demás, como apunta Fernando Ibañez López-Pozas, la razón de ser de estos delitos en nuestros días, obedece a que son una manifestación del principio de oportunidad reglada, cuya existencia no importa discriminación alguna lesiva al principio de igualdad, pues obedecen a una justificación objetiva y razonable radicada en el nivel de afectación y en las características del bien jurídico afectado⁽⁵¹⁾.

Actualmente, el ejercicio de la acción penal frente a este tipo de delitos le corresponde al Ministerio Público; sin embargo, para poder formalizar la investigación preparatoria, será un requisito fundamental un previo informe motivado del Órgano Administrador del Tributo.

Delitos de abuso de poder económico. Estos ilícitos que se encontraban previstos en el artículo 232 del Código Penal, según lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto Legislativo N° 701, de 7 de noviembre de 1991, “Ley contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia”, modificado por el artículo 11 del Decreto Legislativo N° 807 de 18 de abril de 1996, solo podían ser denunciados por el Fiscal Provincial a iniciativa de la Comisión de Libre Competencia del Indecopi. En consecuencia, luego del procedimiento administrativo sancionador,

(51) IBANEZ LÓPEZ-POZAS, Fernando Luis. *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*. Dykinson, Madrid, 1993, pp. 93 y 106.

iniciado por dicha Comisión a petición de parte, se procederá a denunciar los hechos en la medida que se amolden a lo dispuesto en el artículo 232 del CP. El agraviado no puede denunciar directamente al fiscal, pues solo está legitimada la Administración en la medida que se haya seguido un expediente sancionador⁽⁵²⁾.

Delitos de aprovechamiento indebido de reputación y de desprestigio industrial o comercial. Estos delitos, según el artículo 240 *in fine* del Código Penal⁽⁵³⁾, eran de persecución privada, lo que implicaba acudir al procedimiento especial previsto en el artículo 302 y siguientes del Código de Procedimientos Penales. Empero, la Tercera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 823 de 24 de abril de 1996, estableció que la denuncia la realiza el Fiscal y que dicho órgano debe pedir informe previo al Indecopi. Normas posteriores, en especial el Decreto Legislativo N° 822, determinaron que la víctima debe acudir al fiscal supremo en lo Penal denunciando el delito en su agravio y que, además, debe recabarse el informe técnico del Indecopi. Dicho Decreto Legislativo, por consiguiente, y de modo implícito, califica de semipúblico el delito en cuestión, dado que dispone la intervención del Ministerio Público y, como es obvio, a instancia previa de la víctima; en la acción privada el Ministerio Público, como se sabe, carece de legitimación.

Delitos de “Atentado contra el Sistema Crediticio”. La Octava Disposición Final de la Ley N° 27146⁽⁵⁴⁾, de 24 de junio de 1999, modifica el Capítulo I, del Título VI del Libro Segundo del Código Penal y sus artículos 209 al 213. Configura los delitos que regula como atentados al sistema crediticio, lo que implica instituirlos como delitos que protegen un bien jurídico colectivo: el sistema crediticio, ilícitos que solo pueden perpetrarse en los marcos de un procedimiento de insolvencia, simplificado o concurso preventivo.

No obstante la afectación colectiva del ilícito en cuestión, el nuevo artículo 213 del Código Penal prescribe lo siguiente: “En los delitos previstos en este Capítulo solo se procederá por **acción privada** ante el Ministerio Público. El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y

(52) Con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1044, se derogó el Decreto Legislativo N° 701 y se despenalizó dichas conductas para derivarlas al ámbito administrativo sancionador.

(53) En el mismo sentido que la nota pie de página 43.

(54) Ley derogada por la Ley N° 27809 publicada el 8 de agosto de 2002, con excepción de sus disposiciones complementarias, finales, modificatorias y transitorias que mantienen plena vigencia en todo lo que no se oponga a la presente Ley.

Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), a través de sus órganos correspondientes, podrá denunciar el hecho en defecto del ejercicio de la acción privada y en todo caso podrá intervenir como **parte interesada** en el proceso penal que se instaure”.

Dos problemas interpretativos trae este dispositivo. Están referidos tanto al ejercicio de la acción penal, cuanto a lo que debe entenderse por “parte interesada” respecto al Indecopi.

En primer término, la utilización de la expresión “acción privada”, para referirse a la persecución penal, llama a confusión, puesto que el Código Penal cuando acude a ella remite el delito al procedimiento por acción privada (arts. 138 y 158), mal llamado “querella” en nuestro medio (arts. 2, 74 y 302 del Código de Procedimientos Penales⁽⁵⁵⁾). Como ya se dijo para el caso de los delitos previstos en el artículo 209 al 213 del Código Penal, el hecho de haber otorgado legitimación al Ministerio Público estableciendo que es al fiscal a quien el agraviado de modo exclusivo debe comunicar la noticia criminal, no hace sino configurar el ilícito penal como semipúblico. Su carácter de semipúblico explica dos circunstancias esenciales: 1) que una vez que la víctima comunica el delito al fiscal (si fuera un delito privado la denuncia o, mejor dicho, querella se interpondría directamente ante el juez penal), este adquiere legitimación para intervenir en todo el curso del procedimiento, el que se tramitará conforme a los pautas ordinarias o especiales previstos por la ley para un delito público; y, 2) que la acción penal no se extingue por desistimiento o transacción (art. 78.3 del CP), lo que sería aceptable si es que la ley los hubiera configurado como delitos privados. Es de recordar, al respecto, que el Código Penal no contempló los delitos semipúblicos y que, en rigor, fue la legislación especial dictada con posterioridad la que los reincorporó a nuestro ordenamiento punitivo.

La norma estudiada, siguiendo algunas pautas del Derecho comparado (v. gr: art. 296.2 del CP español), autoriza al Indecopi a denunciar el hecho en defecto del ejercicio de la acción privada por la víctima. Esta disposición no hace sino reconocer que los atentados contra el sistema crediticio afectan intereses colectivos o a una pluralidad de personas, de ahí que la Administración puede acudir directamente al fiscal provincial denunciando el delito si no hace el o los agraviados. La Ley no fija, sin

(55) Cuyos equivalentes se encontrarían en los artículos 1, 107 y 459 del Código Procesal Penal de 2004.

embargo, parámetros precisos que orienten intervención del Indecopi: no detalla, por ejemplo, que el ilícito debe afectar a una pluralidad de personas, que debe tomarse en consideración el nivel de afectación del sistema financiero o tributario, el monto de las deudas burladas, las características del sector económico perjudicado, etc. Esta ausencia de baremos precisos puede conllevar a atentados al principio de igualdad y a una actuación discrecional que no es la adecuada tratándose de la aplicación del Derecho Penal y, mucho menos, si se concede a un órgano de la Administración y no Ministerio Público, el cual está obligado a orientarse en lo dispuesto en el artículo 2 del CPP.

En segundo término, el citado artículo 213 del Código Penal autoriza al Indecopi a decidir, denuncie o no el agraviado, a constituirse en “parte interesada en el proceso penal que se instaure”. Ello significa, de un lado, que el Indecopi debe ser notificado de la instauración de un proceso penal por delito de atentado contra el sistema crediticio, a fin de que decida si interviene en él como **parte interesada**; la decisión es discrecional y, por tanto, no es controlable judicialmente. De igual modo, si Indecopi es el denunciante, en su denuncia deberá indicar si se va a constituir en parte necesaria o no, pues muy bien puede decidir solo denunciar y abstenerse de tener una participación activa en el procedimiento penal. El órgano judicial debe entender, en defecto de una precisión del Indecopi, que ha decidido abstenerse de ser parte interesada desde que se trata de una carga procesal que debe cumplir y cuya inactividad, desde luego, la perjudica, sin que ello afecte la validez del procedimiento.

Por otro lado, el que Indecopi sea **parte interesada** tiene varios efectos procesales: 1) Que la constitución de la víctima en parte civil no excluye al Indecopi del procedimiento penal, en tanto que por ley dicha institución tutela el interés general expresado en una infracción contra el sistema crediticio. 2) Que aún cuando el Indecopi actúe en defecto de la víctima, más allá del encargo legal que se le ha asignado, su actuación procesal se circunscribe al delito perpetrado y al ámbito de agraviados lesionados por la conducta del imputado; por consiguiente, no puede exceder a la concedida a la parte civil ni equipararse a los poderes del Ministerio Público, por lo que al ser constituida como parte interesada su legitimación no tiene más alcance que los concedidos en los artículos 57, 58 y 276 del Código de Procedimientos Penales. 3) Que en tanto que el Indecopi no es agraviado por el delito perpetrado, desde que el sujeto pasivo siempre es el acreedor defraudado, es claro que la reparación civil no puede ser destinada a dicha institución. 4) Que como el delito es

semipúblico, el Indecopi no tiene la calidad de acusador privado –encargado ante la ausencia del Ministerio Público de perseguir la sanción y la reparación civil–, tampoco tiene la calidad de acusador popular, interesado en la sanción penal, toda vez que nuestra legislación procesal penal no ha incorporado esa figura procesal. 5) Que, en tanto el Indecopi no es parte principal, pues puede existir o no en el proceso por atentado contra el sistema crediticio, su presencia de decidirse a participar en el procedimiento no determina la paralización del procedimiento si no absuelve un traslado o si no asiste al juicio oral; basta que se le notifiquen de las diligencias procesales correspondientes y que se le corran los traslados que fueran pertinentes: no cabe declaraciones de ausencia o de rebeldía.

Nuestro ordenamiento procesal penal no tiene reconocida la figura de la “parte interesada”, lo que dificultó grandemente su cabal comprensión e interpretación. Como se sabe, desde un punto de vista formal, son partes “(...) aquellos sujetos que van a provocar el inicio de la actividad procesal por parte de los órganos jurisdiccionales, asumiendo lo derechos, cargas y obligaciones que deriven de la tramitación del proceso”⁽⁵⁶⁾. El Indecopi, sin duda alguna, no es parte penal, pues no está vinculado al objeto penal desde que es el Ministerio Público el único órgano público constitucionalmente legitimado para hacerlo; consecuentemente, está vinculado al objeto civil [conexión heterogénea], pero aún cuando es parte civil en el proceso penal no es parte material dado que no es el sujeto pasivo del delito en cuyo favor se fija la reparación civil. En este supuesto, tiene la misma consideración que el denominado “actor social”, reconocido en el artículo 103 del Código Procesal Penal de 1991⁽⁵⁷⁾: es parte acusadora formal, vinculada exclusivamente al objeto civil del proceso penal, aunque limitada a la aceptación de la víctima. Por imperio de la Ley, el Indecopi es parte y, como tal, tiene capacidad para ser parte y capacidad de actuación procesal dentro de los marcos procesales generales, por lo que puede denunciar, constituirse en “parte interesada” e intervenir ampliamente en el procedimiento penal, teniendo en cuenta los límites ya anotados.

La legitimación, como sabemos, es una institución solo predicable desde el Derecho material. Exige, al decir de Víctor Moreno Catena, coincidencia de la parte tanto en lo concerniente a la relación jurídica material

(56) GIMENEZ BLANCO, Itziar. *Pluralidad de partes en el proceso penal*. Mc Graw-Hill, Madrid, 1998, p. 6.

(57) Artículo derogado.

cuanto en lo relativo a la actuación procesal propiamente dicha⁽⁵⁸⁾. En el proceso penal, el caso típico de legitimación ordinaria es la del actor civil, quien pide una indemnización en tanto sujeto pasivo del delito. Sin embargo, al no ostentar tal legitimación el Indecopi, puesto que no es, en palabras de José María Asencio Mellado, el titular del derecho reclamado⁽⁵⁹⁾, esta le viene atribuida por la ley, pues de otro modo no sería viable la condena reclamada. En el caso del Indecopi se trata de una legitimación extraordinaria derivada de un interés general, por la naturaleza del delito y las funciones asignadas al Indecopi, aunque circunscrita a la concreta persecución de un delito en agravio de personas determinadas.

Finalmente, una gran cantidad de delitos socioeconómicos están sujetos a expresos requisitos de perseguibilidad, sobre la base de la intervención de la Administración. En estos supuestos, la jurisdicción no puede actuar sin un informe técnico expedido por la autoridad administrativa especializada. Ella, preliminarmente, debe ser convocada por la autoridad penal para que ilustre a la jurisdicción penal acerca de los alcances técnicos y jurídico-normativos del hecho objeto de denuncia o investigación preliminar. Es un informe o pronunciamiento, en palabras de Eberhard Schmidt, sobre el objeto del proceso⁽⁶⁰⁾.

Los casos son los siguientes:

- a. Delitos ecológicos (Ley N° 26631⁽⁶¹⁾, de 26 de junio de 1996), correspondiendo pronunciarse a la autoridad ambiental competente, tales como el Ministerio de Agricultura de Energía y Minas, de Industria, etc.
- b. Delitos cometidos por funcionarios del sistema financiero en el ejercicio de su cargo (4ª Disposición Final de la Ley N° 26702, de 9 de diciembre de 1996), correspondiendo pronunciarse a la Superintendencia de Banca y Seguros.
- c. Delitos contra los derechos de autor y derechos conexos (1ª Disposición Final del Decreto Legislativo N° 822, de 24 de abril de 1996).

(58) MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal civil*. Colex, Madrid, 1996, p. 103.

(59) MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal civil*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 60.

(60) SCHMIDT Eberhard. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal*. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, pp. 103-104.

(61) Ley derogada por la IV Disposición de la Ley 28611 publicada el 15 de octubre de 2005.

- d. Delitos de violación de secreto profesional, apropiación ilícita, sustracción de bien propio, información falsa sobre la calidad de productos y venta de bienes o prestación de servicios diferentes a los anunciados, relacionados con la Ley N° 26122, Ley sobre Represión de Competencia Desleal (art. 32 de dicha Ley, modificado por la Tercera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 823, de 24 de abril de 1996).⁽⁶²⁾
- e. Delitos contra la propiedad industrial y aprovechamiento indebido de ventajas de reputación industrial o comercial relacionados con la Ley de Propiedad Industrial (Tercera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 823⁽⁶³⁾, del 24 de abril de 1996).
- f. Delitos de atentado al sistema crediticio (Ley N° 27146, de 24 de junio de 1999). En los cuatro rubros delictivos anteriores corresponde pronunciarse al Indecopi.

La característica es que el Informe Técnico no vincula a la jurisdicción penal. Es un pronunciamiento sobre el objeto de la imputación que ilustra sobre la legislación extrapenal vinculado al delito denunciado y sobre la relevancia la jurídico-administrativa de los hechos en cuestión. En tal virtud, el órgano jurisdiccional si bien está obligado a contar con él para decidir, puede desestimarla o no darle mérito alguno, a favor o en contra del imputado. Es claro que otorgar a la Administración un poder de definición sobre la imputación delictiva, significaría vulnerar el principio de exclusividad jurisdiccional y entregar a la Administración la persecución de los delitos.

IV. ALCANCES DEL TRATAMIENTO PROCESAL DEL DELITO SOCIOECONÓMICO

El Derecho comparado y los estudios procesales sobre la materia van en tres direcciones, fin de evitar el fracaso que traería consigo una reforma penal en relación con la criminalidad económica sin una reforma procesal paralela⁽⁶⁴⁾.

(62) Dichas conductas ya no serían delitos según el Decreto Legislativo N° 1044.

(63) Dichas conductas fueron destipificadas como delitos, circunscribiéndose al ámbito administrativo según el Decreto Legislativo N° 1044 que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

(64) PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Ob. cit., p. 35.

La primera reforma tiene que ver con el Derecho Orgánico en general: organización del Ministerio Público y de su ayudante: la Policía Judicial, así como del órgano jurisdiccional. La segunda reforma, debe estar referida a la estructura del proceso penal modelo o común para los delitos socioeconómicos. La tercera reforma requiere la configuración de especialidades procedimentales y, en su caso, de procedimientos especiales diseñados al respecto.

1. Organización de los órganos penales

Los modelos europeos, de tradición continental romano-germánica, parten de reconocer la necesidad imperiosa de configurar fiscalías y órganos jurisdiccionales penales especializados. Los ejemplos francés y alemán son emblemáticos al respecto. La especialización, imprescindible hoy en día, guarda relación con las materias que toca el delito socioeconómico y con lo complejo de su expresión material concreta.

Más allá de que el Derecho Penal material ha considerado tanto “adelantar la punición”, creando delitos de peligro y culposos en ese ámbito, cuanto, esencialmente, configurar “tipos de presunción”, a fin de facilitar las pruebas para la imposición de la sanción en orden a que la base del material probatorio está constituida de modo general por indicios, obligando de este modo, conforme explica Abanto Vásquez desde la experiencia germana, a estructurar “criterios de captura” que empero solo constituyen reglas materiales de pruebas⁽⁶⁵⁾; es de tener presente que los órganos constitucionalmente encargados de la persecución y represión del delito deben adecuarse a tan singular expresión delictiva.

Esta especialización, enseña Tiedemann, pasa por dos ejes estructuradores muy consistentes:

- a. Crear Fiscalías Penales Económicas, así como Juzgados y Salas Penales Económicas, adscribiéndoles con criterio objetivo - material los delitos que deban conocer. Al respecto es ilustrativo lo establecido en el artículo 74-C de la Ley Orgánica de los Tribunales de Alemania, que fija el conocimiento de seis supuestos delictivos para la Sala de Derecho Penal Económico.
- b. Instituir un cuerpo especializado de funcionarios técnicos, expertos en ciencias contables, económicas, financieras y empresariales,

(65) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. cit., p. 175.

así como tributarias, adscritos a estos órganos, que realizarán, en líneas paralelas, funciones tanto periciales cuanto de asesoramiento directo (en la RFA se les denomina “Relatores Económicos”), sin perjuicio de capacitar ordenada y sistemáticamente en estas disciplinas, tanto jurídicas cuanto vinculadas al quehacer económico, a los magistrados y auxiliares de justicia.

La institucionalización, en nuestro país, de fiscalías especializadas en lo penal económico pasa inevitablemente por una redefinición del apoyo policial –de la relación Ministerio Público / Policía Nacional– y, obviamente, con una dependencia de la actuación funcional de la administración con respecto a la intervención de la Fiscalía en la determinación de los hechos punibles económicos, lo que significa que si durante un procedimiento comisión de un delito, inmediatamente debe comunicarse el hecho a la Fiscalía para que esta sea quien decida la continuación de las actuaciones administrativas o su intervención con exclusividad a efectos de promover la acción penal.

Es de tener presente, en lo atinente a la relación del Ministerio Público con la Policía Nacional, lo dispuesto en el segundo acápite del artículo 159.4 de la Constitución. Dicha norma atribuye al fiscal la dirección jurídico-funcional de la Policía, cuyas órdenes en lo estrictamente instruccional (averiguación de delitos y delincuentes) debe obedecer. Ello significa que la Fiscalía tiene una doble función en sede preliminar: control e impulso de la actividad de la Policía Judicial, al punto que, como sentencian Francesco Cascini y Giuseppe Cascini, debe permitir que la Policía Judicial se sustraiga en buena medida al poder de control de los superiores en el orden jerárquico de la organización policial y, en último término, del ejecutivo⁽⁶⁶⁾.

De igual manera, es de resaltar, en lo concerniente a las relaciones del Ministerio Público con la Administración, lo estatuido en el primer acápite del citado artículo 159.4 Constitucional pues la Fiscalía conduce “(...) desde su inicio la investigación del delito”, de suerte que tiene la exclusividad de la instrucción y, por ende, advertida la comisión de un delito, la Fiscalía tiene –apartando a cualquier órgano del Estado– la misión de iniciar actuaciones de investigación, que a ello obste la cooperación

(66) CASCINI, Francesco y CASCINI, Giuseppe. “Nacimiento, pasión y muerte del Código de Procedimiento Penal de Italia de 1989”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. N° 2, Lima, 1997, p. 299.

–auxiliar por cierto– de la Policía y de los demás órganos especializados de la Administración.

Lo expuesto implica la creación o reestructuración de los cuerpos policiales especializados en delitos socioeconómicos, de modo que dependan efectivamente, desde el punto de vista funcional, no orgánico, del Ministerio Público, de una Fiscalía Especial en lo Penal Económico. De igual manera, tal modelo organizacional exige además un sistema de coordinación muy estrecho e, inclusive, de adscripción de fiscales a los órganos administrativos vinculados al control de las infracciones económicas, tales como la Sunat, Aduanas, Superintendencia de Banca y Seguros, Conasev, Banco Central de Reserva, Contraloría General de la República, Consejo Nacional del Ambiente, Indecopi, etc.

Por otro lado, resultaría muy conveniente, según postula José Garberí Llobregat, la debida especialización del Ministerio Público creando secciones especiales al efecto⁽⁶⁷⁾. Desde nuestra perspectiva, a semejanza de la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción, creada en España por la Ley 10/1995, de 24 de abril, es del caso que en nuestro país se instituya una Fiscalía Nacional encargada de los delitos socioeconómicos de especial trascendencia, estrechamente vinculada al Fiscal de la Nación aunque con autonomía funcional, a la que, en primer lugar, se le debe adscribir una Unidad Especial de Policía Judicial y, en segundo lugar, dotar de cuantos profesionales y expertos (relatores: económicos) sean necesarios para auxiliarla de manera permanente u ocasional. Esta Fiscalía debe tener un ámbito nacional, con fiscales de otras Fiscalías que sean especialmente destacados a ella y, de ser el caso, con permanencia en sus Fiscalías de origen. Esta Fiscalía Nacional también debe decidir, con el concurso del Fiscal de la Nación si fuera el caso, en función a la entidad de los hechos, si debe intervenir o no en su investigación y enjuiciamiento:

De igual manera, el Poder Judicial debe configurar un circuito especial de Salas y Juzgados Penales Económicos, bajo criterios competenciales que descansen en la gravedad de determinados ilícitos, y adscribiéndoles, al igual que a la Fiscalía Especial, un cuerpo de profesionales que le sirvan de asesores económicos y peritos de ser el caso.

(67) GARBERÍ LLOBREGAT, José. *La Audiencia Nacional y el enjuiciamiento de los delitos económicos*. En: *Estudios de Derecho penal económico*. Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 1994, p. 213.

La Comisión Ejecutivo del Poder Judicial por Resolución Administrativa N° 339-97-CME-PJ, de 18 de marzo de 1997, ampliadas por Resolución Administrativa N° 744-CME-PJ, de 23 de setiembre de 1998, y N° 1 148-CME-PJ, de 3 de junio de 2000, creó una sub-especialidad dentro del Orden Jurisdiccional Penal radicada, primero, en los delitos tributarios y aduaneros; luego, en los delitos de fraude en la administración de personas jurídicas, falsedades documentales, contra la función jurisdiccional, etc.; y, finalmente, en los delitos asociados a la corrupción. De este modo, aunque con el arribo de la democracia se derogaron mediante Resolución N° 11-2000-CT-PJ, de 20 de diciembre de 2000, en esa ocasión se configuró al efecto un circuito propio dominado inicialmente por la idea de centralización en Lima de todos los delitos enunciados, pero sin advertir su entidad, trascendencia o dañosidad social y sin reparar en que la lista de ilícitos no necesariamente cubrían la materia socioeconómica. Esta subespecialidad no importó siquiera adscribir expertos en las materias involucradas, a modo de relatores económicos, ni desarrolló un sistema de capacitación permanente de magistrados y auxiliares de justicia, amén de que sus miembros no tenían vocación de permanencia o, siquiera, de relativa estabilidad en los cargos.

Por tanto, se hizo todo aquello que no se debió hacer, dejando pasar otra oportunidad para organizar en serio el sistema de justicia penal en el ámbito socioeconómico, que requiere, es de insistir, (1) una competencia objetiva en función a los delitos socioeconómicos de singular trascendencia y complejidad; y, (2) una garantía de especialización de los jueces y fiscales, que incluya una formación específica de los mismos, y del personal que presta servicio en dichas dependencias, adscribiéndoles peritos y unidades de Policía Judicial especializada en el ámbito socioeconómicos⁽⁶⁸⁾.

2. Estructura general del proceso penal económico

El proceso penal, en especial el económico, debe tener una base definitivamente acusatoria e informada por el contradictorio. Por consiguiente, debe reconocerse una fase de instrucción preparatoria a cargo del fiscal, la que tiene que ser desformalizada y limitada a acopiar elementos de convicción para decidir si se abre o no el procedimiento principal o juicio oral. De igual manera, resulta de primera importancia en este nivel

(68) PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Ob. cit., p. 36.

mantener una adecuada relación con la administración y un enfoque no vedoso de la participación del ofendido y de las organizaciones sociales.

La inercia del procedimiento penal actual, caracterizado por el gran aumento de las causas, por la prolongación exagerada de su duración y por la conveniencia de la etapa de instrucción es la dueña del resultado del proceso, relegando a un plano formal el enjuiciamiento, ha dado lugar a que los procesos complejos por delitos socioeconómicos no sean moneda corriente en el sistema de justicia penal nacional. Por consiguiente, es opinión mayoritaria que en ese ámbito se deben realizar los mayores esfuerzos de reforma.

Si de facto el centro del proceso es, lamentablemente, la instrucción, por propia definición reservada, escrita y de contradicción limitada, ello ha impedido el mayor dinamismo del proceso e institucionalizado, como destacó Alberto Binder, una mentalidad formalista y burocrática, entonces, la idea central de la reforma debe consistir, de un lado, en entregar la preparación del caso penal, la investigación, al Ministerio Público, según está dispuesto en la Constitución vigente; y, de otro lado, en concebirla como una etapa desformalizada, destinada a la realización de los actos mínimos e indispensables para decidir si un caso debe o no ser llevado a juicio, esto es, para dar sustento a la actividad requirente del fiscal que debe realizar frente al juez o Tribunal, con un sistema flexible de organización fiscal, que puede incluir el trabajo de equipos de fiscales en casos concretos, y con el necesario control judicial para cuidar de las medidas limitativas de derechos y garantizar que el fiscal no viole derechos del investigado.

Tal concepción, sin duda alguna, como postula Maier, superaría la fatal rigidez del sistema judicialista de instrucción, que no toma en cuenta las diversas posibilidades de inversión de recursos humanos y materiales que demanda, por oposición, la dilucidación tanto de un caso complejo e importante cuanto uno sencillo e insignificante⁽⁶⁹⁾. Esto último constituye el ejemplo más evidente de la desigualdad de medios entre la persecución penal y la defensa.

En tanto la criminalidad es un fenómeno muy variable, es obvio que no pueden asimilarse esfuerzos para prevenirla y reprimirla. Esta realidad exige, sin perjuicio de reconocer un gran campo de autonomía a

(69) MAIER. Ob. cit., p. 524.

cada fiscal, como plantea Daniel Gonzáles Álvarez, que la máxima instancia de la institución fiscal planifique las formas de operar, las posiciones a asumir, estrategias, las alianzas y los acuerdos que puede adoptar el fiscal durante el curso de investigación y durante el desarrollo de todo el proceso penal⁽⁷⁰⁾.

Un tal modelo, necesariamente, importa dos grandes perspectivas. En primer lugar, un sistema de investigación entregado al Ministerio Público y a la Policía Judicial, sin mayores ribetes de formalización sacramental, que la organizará según la característica del delito y la complejidad de las actuaciones que demanda su esclarecimiento inmediato. Las informaciones policiales deben contener datos básicos, y las actas de las diligencias irreproducibles, descartándose de ese modo la figura del “atestado policial”, que en la práctica expresa la posición “autonomista” de las averiguaciones policiales y la continua presión de las Fuerzas Policiales para que, sin más, se consideren elementos de prueba. Los testimonios de los testigos deben recogerse sucintamente sin levantar actas sino hojas-resumen, al igual que la información adicional de los peritos si fuera el caso. Como se puede ver, este modelo no configura un simple traslado de funciones del juez instructor al fiscal investigador, tampoco instituye –como es ahora en la mayoría de los casos– una actividad rutinaria o una simple acumulación de actas o diligencias.

Desde el punto de vista organizacional, este modelo exige la desburocratización del Ministerio Público, sobre todo en el sistema de reparto de causas, la posibilidad de constituir equipos de fiscales y, de ser el caso, la creación de secciones especiales según las especificidades de concretos rubros delictivos. El fiscal, como resalta Gonzáles Álvarez, debe dejar el escritorio y las actas, en suma, los expedientes, para colocarse al frente de la investigación, siendo este el único modo para contribuir efectivamente a mejorar la investigación desde todo punto de vista⁽⁷¹⁾.

En segundo lugar, dar paso a una etapa intermedia dominada por los principios de oralidad y contradicción, a cuyo efecto debe instituirse un sistema de Audiencias Preliminares, siguiendo el modelo italiano, destinada a decidir con vista, de un lado, tanto de las actuaciones realizadas por la Fiscalía, es decir, a su “legajo de investigación” como la denomina

(70) GONZÁLES ÁLVAREZ, Daniel. “La investigación preparatoria del Ministerio Público en el nuevo proceso penal costarricense”. En: *Revista Pena y Estado - Ministerio Público*. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 85.

(71) *Ibíd.*, p. 87.

el Código de Costa Rica, cuanto al expediente judicial formado por un juez para las indagaciones preliminares o de garantías, consistente en las diligencias jurisdiccionales referidas a las medidas limitativas de derechos que ha podido llevar a cabo y a las pruebas de urgencia (“Incidentes probatorios” en la nomenclatura del Código Italiano) que habrían podido solicitarse en el curso de la investigación; y, de otro lado, o la exposición de la defensa, que puede incluir –a su solicitud– el interrogatorio del imputado. El juez de dicha etapa decidirá, cumpliendo los principios de inmediación y contradicción efectiva, si corresponde sobreseer la causa, dictar el auto de enjuiciamiento o amparar algún cuestionamiento referido a la correcta constitución de la relación jurídico procesal.

3. Papel de la Administración en la persecución penal

Un tema vinculado a la propia estructura del proceso penal es el referido al papel que debe jugar la Administración en el control de los delitos socioeconómicos. Hoy en día se acepta la intervención previa de la Administración en estos delitos, pues se considera que, amén de los principios propios del Derecho Penal material, los órganos administrativos, dada su especialización y mayor disponibilidad de recursos, están en mejores condiciones de descubrir los hechos sospechosos de constituir infracciones a la legislación económica. Está claro, sin embargo, que cuando –como anota Diego Gómez Iniesta– la regulación administrativa y la intervención de la Administración demuestren su insuficiencia para alcanzar los fines y garantizar la seguridad jurídica y económica, el proceso económico puede verse afectado gravemente, en cuyo caso el carácter fragmentario del Derecho Penal ya no puede ser reclamado para eludir el recurso a las normas penales⁽⁷²⁾.

En suma, el Derecho Penal Económico presupone la existencia de un ordenamiento administrativo de control eficiente a cargo de instituciones públicas especializadas y con gran poder de intervención. Enseña Bustos Ramírez que el establecimiento de delitos económicos sin la existencia anterior de organismos de control y de las infracciones administrativas correspondientes, resulta un recurso puramente demagógico y contrario a los principios del Derecho Penal moderno⁽⁷³⁾.

(72) GÓMEZ INIESTA, Diego. *La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores*. Mc Graw-Hill, Madrid, 1997, p. 266.

(73) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob. cit., p. 223.

La recomendable intervención de la Administración, empero no obsta para que el fiscal esté ausente del conocimiento del procedimiento administrativo y que, en su momento, esté autorizado a reclamar la investigación del mismo, sobre la base de la inevitable superioridad de la intervención de la jurisdicción penal y de la preeminencia de la pena sobre toda sanción administrativa, lo que es consecuencia del principio constitucional del *ne bis in idem*⁽⁷⁴⁾.

Es obvio que la Administración no puede investigar delitos (art. 159.4 de la Const.) y que la sospecha de su comisión obliga a la inmediata intervención directiva del Ministerio Público. Por consiguiente, dos técnicas deben ser de obligatoria utilización en este ámbito.

- a. Basta la simple sospecha de la Administración acerca de la posible comisión de un delito, para que comunique el hecho a la Fiscalía y se sujete a sus directivas. En tal virtud, no cabe aceptar las denominadas “prejudicialidades administrativas”, ni necesariamente se debe esperar a que la Administración culmine el procedimiento que inició para la promoción de acción penal. En estos casos, la Administración debe paralizar sus actuaciones a la espera de la decisión jurisdiccional y, en todo caso, someterse a los hechos declarados probados por la jurisdicción penal. La acción penal, como apunta Valeriano Hernández Martín, no puede estar subordinada al cumplimiento de determinados trámites administrativos, ni a su corrección; la justicia debe seguir en todo caso el correspondiente proceso, siempre que se cumplan los requisitos penales, porque el derecho fundamental a la tutela efectiva del perjudicado y la defensa del bien jurídico protegido por el delito son independientes y superiores a los aspectos burocráticos, ordinaria pero no necesariamente previos a la incoación de la causa⁽⁷⁵⁾.
- b. A la inexistencia de “prejudicialidad administrativa” como regla básica de la intervención: especializada de los órganos técnicos de la Administración, debe seguir ineludiblemente necesaria consulta al Ministerio Público para que decida si excluye a la Administración e inicia ella misma la correspondiente investigación

(74) LÓPEZ, María Teresa. “Aspectos procesales del delito contra la Hacienda Pública”. En: *Estudios de Derecho Penal Económico*. Ob. cit., p. 226.

(75) HERNÁNDEZ MARTÍN, Valeriano. “Problemas procesales del delito contra la Hacienda Pública”. En: *Revista Crónica Tributaria*. N° 60, Madrid, 1989, p. 97.

preliminar, lo que por lo demás consecuencia de la norma constitucional que impone al Ministerio Público la investigación del delito desde su inicio (art. 159.4 de la Const.).

Esta posición jurídica obliga a rechazar por ilegítimo el actual modelo de investigación del delito tributario, que no respeta esta división de funciones y criterio de atribuciones, al ocupar el órgano administrador del tributo la posición del fiscal y configurar un sistema autónomo de investigación penal. Al respecto, como ya adelantáramos en otro trabajo, creemos que debe asumir el modelo germano en la persecución penal del delito tributario, que limita a la Administración la determinación del agravio al fisco y autoriza al Ministerio Público a asumir investigaciones, cuando lo considere conveniente.

4. Especialidades procedimentales

4.1. Discrecionalidad del Ministerio Público y simplificación del juicio

El proceso por delitos socioeconómicos, por su especial naturaleza, obliga a instauración de determinadas especialidades procedimentales, algunas ya estudiadas como son las derivadas de las relaciones con la Administración, otras vinculadas a su complejidad en un caso y a su especificidad en otro.

En el primer caso, donde el tema de la complejidad procesal es determinante, siguiendo a Tiedemann, obliga a otorgar al Ministerio Público expresas potestades discrecionales. En primer lugar, la limitación del inmenso material fáctico a través de la concentración en una parte de los hechos (restricción del principio de legalidad); en segundo lugar, la prolongación de plazos para las diligencias preliminares, para la suspensión del juicio oral y para la prescripción de la acción penal; y, en tercer lugar, restricción del principio de inmediación en el juicio oral para la prueba documental, que ya no debe requerir una lectura completa⁽⁷⁶⁾.

En la lógica de otorgar al fiscal mayores potestades discrecionales, en los procesos penales socioeconómicos se considera necesario, de un lado, maximizar las posibilidades del principio de oportunidad –bajo el necesario control judicial– y, de otro lado, potenciar –en la perspectiva consensual– la conformidad.

(76) TIEDEMANN, Claus. *Lecciones de Derecho Penal Económico*. PPU, Barcelona, 1993, p. 29.

La expansión del principio de oportunidad, recogido en el artículo 2 del Código Procesal Penal, está en función del interés primordial que guía la criminalización primaria en estos delitos: el cese de la actividad dañosa socialmente y la inmediata reparación de sus efectos perjudiciales⁽⁷⁷⁾. Claro está, tal posibilidad será viable en la medida en que la conducta no sea especialmente grave, *mínima non curat praetor* (posibilidad de aplicación de criterios de falta de merecimiento de pena) y siempre que la reparación sea posible y fácilmente controlable por el Ministerio Público y la Administración. Cabe señalar, conforme recuerda Jacobo López Barja de Quiroga, siguiendo a Vives Antón, que el principio de oportunidad es un aspecto del principio constitucional de proporcionalidad o prohibición de exceso, y que, en todo caso, de la mano con Hassemer, es conveniente tanta legalidad como sea posible y tanta oportunidad como política y económicamente sea necesario⁽⁷⁸⁾.

Una oportunidad expresamente condicionada es, por consiguiente, absolutamente necesaria. Las condiciones de su utilización pueden abarcar varias perspectivas, en las que, postula Garberí Llobregat, sobresaldría la de absoluta reparación del perjuicio causado, incluso porcentualmente incrementada en concepto de demora en el cumplimiento de obligaciones cívicas, teniendo siempre presente al menos tres datos: 1) la actual sobrecarga de la Administración de justicia penal, 2) la no muy decisiva repercusión social de la conducta penalmente anti-jurídica cometida y 3) el más eficaz funcionamiento de la administración económica del Estado⁽⁷⁹⁾.

Cabe agregar que el delincuente económico, por los recursos que posee, facilitará la indemnización a las víctimas; que los efectos sociales del hecho pueden valorarse y ubicarse en una dimensión razonablemente correcta en función de la posición del autor y las víctimas que ha producido; y que gran parte de los delitos socioeconómicos, sean los previstos en el Título X del Código Penal como los incorporados en otros Títulos, tienen mínimos penales que no sobrepasan los dos años de privación de libertad.

Independientemente de la oportunidad, y desde el propio Derecho Penal material, se considera la existencia de “causas de levantamiento de pena”, vinculado a la vertiente negativa de la categoría punibilidad

(77) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob. cit., p. 223.

(78) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Instituciones de Derecho procesal Penal*. Akal/lure, Madrid, 1999, pp. 433-437.

(79) GARBERÍ LLOBREGAT, José. Ob. cit., p. 214.

entendida en un sentido amplio⁽⁸⁰⁾. El comportamiento posdelictivo positivo de signo reparador puede tener: 1) efectos liberatorios de la sanción como penal, como es el caso de la regularización de la situación tributaria, introducida por la Ley N° 27038, de 31 de diciembre de 1998⁽⁸¹⁾, y la colaboración eficaz en delitos tales como los tributarios, los asociados a la corrupción y delincuencia organizada; y, 2) efectos de atenuación genérica, como es el caso de la confesión sincera antes de haber sido descubierto el delito (art. 46.10 del CP) y en el curso del proceso penal (art. 136 del CPP)⁽⁸²⁾⁽⁸³⁾ y de la reparación espontánea del daño (art. 46.9 del CP).

Desde la lógica del consenso, en aras de evitar el juicio oral y sobre la base de premios, resulta indispensable potenciar el instituto hispano de la conformidad, en cuya virtud el imputado acepta los cargos y la sanción propuesta por el fiscal, la cual debe merecer una disminución razonable, objetivamente considerada, de las razones pedidas por el Ministerio Público. Sobre esa misma base, para evitar la propia instrucción y dar paso a acuerdos explícitos entre la acusación y la defensa, es del caso ampliar el ámbito material del procedimiento de terminación anticipada, creado bajo el modelo italiano de inspiración sajona.

4.2. Pericia Institucional y Económica

Desde el ángulo de la especificidad de los delitos socioeconómicos, la prueba pericial ocupa un lugar relevante. La estrecha relación del Derecho Penal Económico con el Derecho Económico, el Derecho Mercantil, el derecho Financiero y el Derecho Administrativo, obliga a reformular la labor pericial. Desde esta perspectiva dos son las técnicas recomendadas: 1) que la pericia sea institucional y 2) que esta sea de carácter económico.

La pericia institucional significa que la labor pericial debe ser confiada a la función pública. Estas deben ser producidas, en principio, por organismos oficiales con un alto grado de especialización e importantes recursos técnicos, que alejen el riesgo de recusaciones y garanticen informes

(80) FARALDO CABANA, Patricia. *Las causas de levantamiento de la pena*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 177-178.

(81) Roxin considera tal regularización como un desistimiento liberador de pena de los injustos ya consumados, sustentada en razones de falta de necesidad de pena. Vid.: QUERALT, Joan J. "El comportamiento postdelictivo en los delitos contra las haciendas públicas y la seguridad social". En: *Empresa y Derecho Penal II*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1999, p. 240.

(82) Ver, sobre el particular, el interesante estudio de PRADO SALDARRIAGA, Víctor. "La determinación judicial de la pena". En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. N° 1. Grijley, Lima, 2000, pp. 561-567.

(83) Encontrando su equivalente en el artículo 161 del Código Procesal Penal de 2004.

y conclusiones rigurosas y objetivas en función a la especial naturaleza los conocimientos científicos de los especialistas que los integran. Ahora bien, como previene Christian Wettinck, los gabinetes deben ofrecer garantías técnicas y de imparcialidad, de suerte que el Estado no puede renunciar a su colaboración institucional con la Administración de Justicia, evitando de este modo la privatización de la diligencia pericial dados los graves riesgos de parcialidad que ello entraña⁽⁸⁴⁾. Es absolutamente necesario que las garantías de especialización e imparcialidad tengan como presupuesto un ordenamiento administrativo sólido y una burocracia técnica o tecno-burocracia organizada bajo reglas de eficiencia, imparcialidad y de exclusivo respeto –por las demás instancias administrativas gubernamentales– a las opiniones de los expertos.

De hecho esto último se presentaba con toda rotundidad en el caso de los informes técnico-aduaneros, referentes al avalúo –que comprende además el monto que hubiera correspondido por concepto de adeudo tributario– y al reconocimiento físico (aforo), según lo dispuesto en los artículos 13 de la Ley de delitos aduaneros N° 26461⁽⁸⁵⁾ y 3 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 121-95-EF. Llama la atención que similar criterio no se haya seguido en el caso de los delitos tributarios (D. Leg. N° 813), en el que los jueces –a partir de lo dispuesto en el artículo del Código Tributario– no otorgan carácter pericial oficial a los Informes Técnicos de Determinación de la deuda tributaria, no obstante su carácter especializado y su elaboración por personal técnico de la Institución tributaria. Otro caso, especialmente escandaloso, es el de los Informes Técnicos emitidos por los funcionarios de la Contraloría General de la República, de la Superintendencia de Banca y Seguros y de la Conasev, en la esfera de su competencia.

La pericia económica es una pericia singular y especial para esta clase de delitos. Carlos Jiménez Villarejo nos dice que el objeto de esta pericia tiene muchos elementos propios de una auditoría de cuentas. La labor pericial consiste en una revisión y verificación de documentos que expresan operaciones económicas presuntamente lícitas, para, precisamente, determinar cuál ha sido la irregularidad que, desde el ordenamiento jurídico, reflejan, con el mayor grado de evidencia y fiabilidad posibles, una

(84) WETTINCK, Christian. “Con la justicia maniatada, ¿Qué son los mercados, sino un vasto pillaje?”. En: *Revista Jueces Para la Democracia*. Marzo, Madrid, 1998, p. 61.

(85) Dicha Ley fue derogada por la Tercera Disposición Final de la Ley N° 28008, Ley de Delitos Aduaneros publicada el 19 de junio de 2003.

transgresión de las reglas que deben presidir la actividad económica y su expresión contable⁽⁸⁶⁾.

Cabe enfatizar que los organismos públicos del Estado, que tienen gabinetes y profesionales o expertos dedicados a labores periciales en estricto sentido, deben estar obligados a elaborar informes técnicos que cumplan con los requisitos exigidos a todo informe pericial y que estos se consideren pericias institucionales de carácter oficial, cuya objeción merecerá o su ampliación o la incorporación de pericias de parte (vid.: arts. 161 y 165 del CPP). Por lo demás, esta regla se utiliza en dos casos muy puntuales: los informes periciales del Laboratorio de Criminalística de la Policía Nacional del Perú y del Instituto de Medicina Legal, consecuentemente, no cabe utilizar un criterio distinto para el caso de otros organismos que realizan labores técnicas (el art. 276 de la LOPJ hace mención a los técnicos de la Administración en su función de colaboración con la impartición de justicia, pero son los artículos 91 y 216 del CPP de 1991 los que contemplan expresamente la pericia institucional).

Es de insistir en lo especialmente disfuncional que resulta que los informes técnicos de entidades públicas especializadas puedan considerarse como simples informes sin valor pericial en todo caso, “pericias de parte”, así como que la Administración de Justicia deba acudir a un incontrolado sistema privado de pericias de cuestionable objetividad y calidad técnica (vid.: arts. 274 LOPJ y 268 del CPC). En todo caso, la labor pericial en ilicitudes que no cuenten con un previo control administrativo (al margen, por ejemplo, del Indecopi y de otros órganos ya citados debe encargarse –a semejanza del artículo 280 de la LOPJ relativo a los Juzgados de Trabajo y de Familia– a peritos económicos adscritos al ordenamiento judicial (relatores económicos)⁽⁸⁷⁾.

4.3. Protección procesal de los Intereses Difusos

Los delitos socioeconómicos, en un sector muy importante, afectan a un colectivo social muy importante; lesionan, en suma, bienes jurídicos colectivos y, además, afectan de modo directo a una importante pluralidad de individuos pertenecientes a determinados colectivos de la comunidad social. En estos delitos está presente una característica esencial que es la neutralización que sufre la categoría de víctima del delito, debido al

(86) JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos. Ob. cit., p. 65.

(87) Actualmente, la regulación de las pericias, así como el contenido que estas deben tener, se encuentra ubicado desde los artículos 172 al 181 del Código Procesal Penal de 2004.

proceso de abstracción del que son producto, llegándose a sostener que los sujetos pasivos del delito están difuminados (la legislación contempla lesiones sin víctimas o lesiones con víctimas diluidas), lo que hace que estas –individualmente consideradas– tengan un escaso poder de influencia en el proceso penal⁽⁸⁸⁾. Se trata, apunta Almagro Nosete, de colectivos poco precisos en su composición, generalmente anónimos e indeterminados, aunque, con dificultades determinadas⁽⁸⁹⁾.

Desde la perspectiva procesal, en el Derecho comparado, se ha considerado que estos grupos pueden accionar judicialmente mediante las denominadas “acciones de grupo”, (class action en el derecho norteamericano y Verbandklage en el Derecho alemán) cuya fundamental virtualidad, anotan Gimeno Sendra y Garberí Llobregat, consiste en provocar una extensión subjetiva de los límites de la cosa juzgada que son en favor de todas aquellas personas partícipes del mismo interés que el de la agrupación que ejercita la acción⁽⁹⁰⁾. En estos casos –de modelo social–, puntualiza Joaquín Silguero Estagman, se concede poder procesal a un individuo o de una asociación para actuar en nombre propio y de otros personas similarmente que constituyen una clase, que es lo que se denomina “parte representativa”, la cual tiene la obligación de proteger equitativa y adecuadamente el interés de la clase⁽⁹¹⁾.

En tal sentido, dos deben ser las técnicas que deben implementarse de cara a los problemas que genera la afectación de bienes jurídicos colectivos: 1) Dar poder procesal a las ONG o asociaciones *sin fines* de lucro para defender a las víctimas (régimen de sustitución procesal), sin perjuicio que en determinados casos se autorice la representación a una sola persona (art. 82 del CPC); y, 2) que la sentencia condenatoria, en el extremo de la reparación civil, vincule a todos los miembros del grupo afectado, que es lo que en Estados Unidos se denomina el *binding effect*.

(88) SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Dykinson, Madrid, 2000, pp. 101-102.

(89) ALMAGRO NOSETE, José. “La Protección procesal de los intereses difusos”. En: *Revista Justicia*. Nº 83, Nº 1. Bosch, Barcelona, 1983, p. 74.

(90) GIMENO SENDRA, Vicente y GARBERÍ LLOBREGAT, José. “La protección procesal del medio ambiente”. En: *Revista Poder Judicial*. 2ª Época, Nº 37, Marzo, Madrid, 1995, pp. 149.

(91) SILGUERO ESTAGMAN, Joaquín. “La Class Actions en el ordenamiento jurídico de Estados Unidos de América”. En: *Revista Vasca de Derecho Procesal y arbitraje*. Tomo VII, Enero 1995. Dykinson, Madrid, p. 10.

En este último extremo, resulta sugerente la propuesta de Gimeno y Garberi. Nos dicen que: “(...) debiera admitirse la condena a futuro, lo cual permitiría, una vez firme la sentencia, acceder directamente al proceso de ejecución para obtener la realización de aquellas obligaciones que fueran periódicamente venciendo con arreglo a las bases de ejecución que habrán de determinarse en la sentencia”⁽⁹²⁾.

No está de más enfatizar, siguiendo a Fernando Zubiri de Salinas, que en los delitos contra el ambiente es posible: 1) condenar al responsable a la restitución del bien afectado a la situación en que se encontraba en el momento anterior, configurando este deber como una obligación de hacer que, en su caso, podrá ejecutarse a su costa, o condenarlo al pago de una indemnización que comprenderá el importe de los perjuicios materiales irrogados, todo ello sin perjuicio del pago respectivo para resarcir los perjuicios morales; 2) conducir la fijación de la cuantía del resarcimiento, frente a la dificultad de cifrar la cuantía del resarcimiento, al periodo de ejecución de sentencia, que es lo que se denomina “sentencia-base”, la cual debe prefigurar los lineamientos de la fijación del quantum resarcitorio; y, 3) extender la responsabilidad civil a los daños morales, cuando el perjuicio causado por la acción contaminante afecte no solo el ecosistema sino también la salud de las personas y a la de los que están por nacer, de suerte que abarque a los afectados en edad de procrear y a aquellos más jóvenes que –según una expectativa razonable de vida– habrán de llegar a esa situación⁽⁹³⁾.

4.4. Replanteamiento de las medidas coercitivas

La intervención del empresario, como persona física activa del delito socioeconómico; y la participación de la propia persona jurídica en la comisión de este delito, obliga a instituir especialidades procedimentales en este ámbito del proceso penal. Es de entender por medidas coercitivas aquellos actos procesales del juez, dictados a instancias de las partes acusadoras, con los cuales se interfiere o interviene el derecho fundamental de una persona (inculpado o tercero) contra su voluntad, por causa de la persecución penal⁽⁹⁴⁾. Estas se dividen, a su vez, en medidas cautelares, destinadas a asegurar el proceso de ejecución penal, y en medidas

(92) GIMENO SENDRA, Vicente y GARBERÍ LLOBREGAT, José. Ob. cit., p. 157.

(93) ZUBIRI DE SALINAS, Fernando. “Delitos contra el medio ambiente”. En: *Empresa y Derecho Penal II*. Madrid, 1999, pp. 115-116.

(94) SCHLÜCHTER, Ellen. *Derecho Procesal Penal*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 64.

instrumentales restrictivas de derechos, destinadas a asegurar el proceso de conocimientos⁽⁹⁵⁾.

Desde las medidas cautelares, nuestro ordenamiento procesal, se ha ocupado profusamente, primero, de la detención o prisión preventiva, y, segundo, de todas aquellas que garantizan las consecuencias económicas del delito. En el primer caso, mediante la Ley N° 27226, de 17 de diciembre de 1999, se modificó el artículo 135 del Código Procesal Penal y se incorporó un párrafo al numeral 11, señalando que: “No constituye elemento probatorio suficiente la condición de miembro de directorio, gerente, socio, accionista, directivo o asociado cuando el delito imputado se haya cometido en el ejercicio de una actividad realizada por una persona jurídica de derecho privado”, a la vez que se positivizó para esta medida cautelar en particular el principio *rebus sic stantibus* o de variabilidad, al añadir un párrafo final al citado artículo: “En todo caso, el Juez Penal podrá revocar de oficio el mandato de detención previamente ordenado cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida”⁽⁹⁶⁾.

Cabe puntualizar, respecto del último párrafo del numeral 1, del artículo 135 del Código Procesal Penal, que –en primer lugar– dicho numeral consagra el principio constitucional de intervención indiciaria, que al decir de Ricardo Martín Morales es un principio con entidad propia y distinto del de proporcionalidad⁽⁹⁷⁾, el cual más bien se concentra en el presupuesto material de *periculum in mora*. El principio constitucional de intervención indiciaria, sin duda alguna, constituye la base constitucional del presupuesto material del *fumus delicti*. El nuevo párrafo incorpora una regla específica cuando el delito se comete tras una persona jurídica, la misma que, en rigor, no constituye estrictamente una regla de prueba –de dudosa practicabilidad en un sistema que sigue el principio de libre valoración o criterio de conciencia (art. 283 del CPP)⁽⁹⁸⁾ sino un criterio de imputación de Derecho Penal material.

(95) ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 249.

(96) Artículo derogado tácitamente con la entrada en vigencia del artículo 268 del Código Procesal Penal de 2004 dispuesta por la Ley N° 30076 publicada el 19 de agosto de 2013.

(97) MARTÍN MORALES, Ricardo. “Teoría General”. En: *El principio constitucional de intervención indiciaria* (MARTÍN MORALES, R.: Coordinador). Grupo Editorial Universitario, Granada, 2000, pp. 9-20.

(98) Con el Código Procesal Penal de 2004 se sigue el criterio de libre convicción y sana crítica como sistema de valoración de la prueba.

Esta regla sanciona reiterativamente la proscripción de la responsabilidad objetiva. (art. VII del TP del CP). Exige, en armonía con los principios de culpabilidad y de necesidad de actuación personal del agente en la comisión de un delito –distintos de lo teoría de la representación propia del derecho privado–, que existan indicios de criminalidad en orden a la concreta acción realizada por el administrador o directivo de una persona jurídica. No basta, ante la ausencia de datos o elementos objetivos de convicción, presumir o deducir –sin sustento fáctico razonable– que porque el delito se perpetró en el ámbito de actividad de una persona jurídica, la imputación, sin más, debe recaer en su directivo o gerente⁽⁹⁹⁾.

En cuanto a las medidas cautelares reales o patrimoniales, asociadas a las consecuencias económicas del delito, que será materia de otro trabajo, son de destacar: 1) las medidas innovativas contra las personas jurídicas, que preceden a las consecuencias accesorias prescritas en el artículo 105 del Código Penal, y que se reconocen expresamente para los delitos contra el ambiente: “suspensión de la actividad contaminante” (art. 314 del CP); 2) las medidas conservativas de incautación de los ejemplares ilícitos y de los aparatos o medios utilizados por la comisión del delito (art. 221 del CP) en los supuestos de delitos contra la propiedad intelectual, previstos y sancionados en los artículos 216, 217 y 219 del Código Penal; 3) las medidas de incautación especial, que no solo comprenden los *instrumenta scaeleris* y *producta scaeleris* sino también los objetos del hecho, que se sancionan en los delitos monetarios y aduaneros, de conformidad con las Leyes Nº 26714 y 26461⁽¹⁰⁰⁾, respectivamente; y, 4) el embargo de empresas.

En lo atinente a las medidas instrumentales restrictivas de derechos, la legislación orgánica del sistema bancario y el Código Tributario se han ocupado del levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria, respectivamente. Estas previsiones han sido completadas y desarrolladas, incorporando la entrada y registro domiciliario, que obviamente comprende la de las empresas, y el levantamiento del secreto –oficial, profesional o comercial– con la Ley Nº 27379, de 21 de diciembre de 2000. Aún falta desarrollar la interceptación telefónica (pequeñas escuchas), decidir la conveniencia de la vigilancia acústica (grandes escuchas), introducir las órdenes de vigilancia de cuentas bancarias, incorporar el

(99) Véase, al respecto, la interesante monografía de NUÑEZ CASTAÑO, Elena. *Responsabilidad penal en la empresa*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 223.

(100) Derogada con la entrada en vigencia de la Ley Nº 28008 publicada el 19 de junio de 2003.

acceso a sistemas informáticos y autorizar las órdenes de elaboración de determinados documentos financieros, así como establecer las medidas interdictivas –*nomen iuris* utilizado por el Código Italiano–, que pueden comprender tanto a la persona del empresario, inhabilitándolo para realizar actividades empresariales específicas (algo se adelantó en el Proyecto de Código Procesal Penal de 1995), cuanto a la propia empresa (sometimiento a control judicial, según el modelo francés).

5. Las partes procesales: las personas jurídicas.

5.1. Aspectos generales

El ámbito de la represión del delito socioeconómico, como es consenso doctrinario, no puede basarse únicamente en la atribución de responsabilidad penal o las personas físicas que actúan en el seno de las empresas⁽¹⁰¹⁾, el mismo que parte del sistema de individualizar responsabilidades radicado en que la acción penalmente relevante es entendida como comportamiento humano voluntario y la culpabilidad como un reproche personal por no haber actuado de otro modo⁽¹⁰²⁾. Tanto por razones dogmáticas, que provienen de las canteras más diversas, con base en que la función del Derecho Penal se va orientando hacia el control de las disfuncionalidades sociales e impregnando de modelos de conducta colectiva⁽¹⁰³⁾, cuanto por razones político criminales y, especialmente, en atención a la función de intimidación o de inocuización que pueden tener las penas, sin perjuicio que el principio de la personalidad de las mismas solo prohíbe que las penas pronunciadas contra las personas jurídicas puedan ser ejecutadas sobre el patrimonio propio de sus miembros, es de rigor tener por superada, por lo menos en principio, toda oposición radical a una respuesta penal contra las propias personas jurídicas⁽¹⁰⁴⁾.

Nuestro Código Penal, empero, siguiendo parcialmente el modelo español, utilizando una terminología intencionadamente neutra, ha incorporado dentro del Capítulo II “Consecuencias Accesorias” del Título VI “De la reparación civil y consecuencias accesorio” del Libro I, dos

(101) MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico - Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 227.

(102) NUÑEZ CASTAÑO, Elena. *Responsabilidad penal en la empresa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 41.

(103) HEINE, Günter. “La responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias”. En: *Anuario de Derecho Penal* '96. Grijley, Lima, 1997, pp. 20-21.

(104) DESPORTES, Frédéric - LE GUNHEC, Francis. “Las penas aplicables a las personas jurídicas”. En: *Anuario de Derecho Penal* 97-98. Lima, 1997, pp. 308-309.

artículos específicos que se refieren a las personas jurídicas: los artículos 104 y 105 del Código Penal. El artículo 104 del Código Penal prevé la privación de los beneficios obtenidos por estas como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes, “en cuanto sea necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de aquellos, si sus bienes fueran insuficientes”. El artículo 105 instituye las denominadas “medidas”, que el juez puede imponer: “Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo (...)”.

Es claro que estas normas, según su concepción, no permiten deducir necesariamente que el Código Penal reconoció una responsabilidad penal de las propias personas jurídicas y, por tanto, que excluyó definitivamente la vigencia del principio *societas delinquere non potest* y la imposición de auténticas penas para ellas; no se puede sostener enfáticamente, por la propia incoherencia de sus normas, que las dos consecuencias accesorias antes indicadas constituyen penas.

Empero, no cabe mayor duda de que la primera consecuencia integra el ámbito de la reparación civil⁽¹⁰⁵⁾ y, por ende, solo puede formar parte del objeto civil del proceso penal; Peña Cabrera enuncia al respecto que el legislador ha tratado de ofrecer una solución a los problemas generados por la insuficiencia de bienes por parte de las personas jurídicas para cubrir su responsabilidad pecuniaria de Derecho Civil⁽¹⁰⁶⁾. La segunda consecuencia, en cambio, al decir de Javier Fernández Teruelo, puede configurar una nueva categoría penal con características propias (distinta de las penas, las medidas de seguridad y la reparación civil, aunque bajo el rótulo de “sanción penal”), pero que tiene un contenido afflictivo del ámbito propiamente penal que obliga a que su imposición esté precedida de las garantías jurisdiccionales correspondientes⁽¹⁰⁷⁾. En todo caso, estas medidas –acota Laura Zúñiga Rodríguez– constituyen privación de bienes jurídicos, impuestas por un órgano penal ante la comisión de un

(105) HURTADO POZO, José. “Personas Jurídicas y responsabilidad penal”. En: *Anuario de Derecho Penal* 96. Grijley, Lima, p.151.

(106) PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal - Parte General*. Grijley, Lima, 1999, p. 695.

(107) FERNÁNDEZ TERUELO, Javier. “Las consecuencias accesorias del art. 129° CP”. En: *El Nuevo Derecho Penal Español*. Estudios Penales en memoria del Profesor José Manuel del Valle Muñiz. Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 280-281. PEÑA CABRERA, sin mayores argumentos, les otorga un carácter de sanción civil (sic) y administrativa (Ob. cit., p. 296).

delito, siguiendo criterios de prevención especial, lo que las hace coincidir con el concepto de pena y exige en su consecuencia del sistema de garantías que debe presidir la imposición de cualquier sanción penal⁽¹⁰⁸⁾.

Las personas jurídicas, por consiguiente, desde nuestro vigente Derecho Penal, ocupan un sitio en el ámbito de la responsabilidad penal atribuida a sujetos individuales. Bajo ciertas condiciones responden civilmente (arts. 95 y 104 del CP) y “penalmente” (arts. 105, 17 del D. Leg. N° 813 –delitos tributarios– y 11 de la Ley 28008 –delitos aduaneros–) ante la conducta delictiva perpetrada por sus dependientes y administradores o directivos. En estas condiciones, en tanto pueden ser posibles de afectaciones a sus derechos e intereses legítimos, es indudable que deben tener la condición de partes procesales, independientemente a que sus administradores o representante legales, a título individual, puedan resultar penalmente responsables. Cabe enfatizar, conjuntamente con Miguel Carmona Ruano, que las medidas en cuestión afectan negativamente a la persona jurídica y tienen un significado aflictivo para ella, así como que están previstas en el Código Penal, las impone un juez penal, como consecuencia de la comisión de un delito, en el curso de un proceso penal y orientadas a los fines de la pena⁽¹⁰⁹⁾.

5.2. La privación de ganancias: ámbito procesal

Desde el objeto civil acumulado el artículo 100 del Código Procesal Penal hizo mención a terceras personas cuando les atribuye la responsabilidad civil además del inculpado; estas “terceras personas”, por lo general, resultan ser personas jurídicas. En este caso, el Código Civil, en su artículo 1981, prescribe que: “Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria”.

Como se puede apreciar del tenor de dicha norma, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 95 del Código Penal, son dos los requisitos que sustentan lo denominada “responsabilidad vicaria”: a) el responsable directo está en una relación de dependencia, que “esté bajo sus órdenes”;

(108) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 213-214.

(109) CARMONA RUANO, Miguel. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En: *Empresa y Derecho penal (II)*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 297.

y, b) que el acto generador de la responsabilidad haya sido cometido por el dependiente en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo⁽¹¹⁰⁾. En suma como postula Víctor Moreno Catena siguiendo a la jurisprudencia española, los principios *ubi est emolumentum, ibi onus esse debet*, así como el de creación del riesgo y, de modo más distante, las culpas *in eligendo, in vigilando e in educando*, constituyen el fundamento de responsabilidad⁽¹¹¹⁾; la misma que, a diferencia de otros modelos, es solidaria y no subsidiaria, por lo que debe entenderse abrogado el extremo del artículo 100 del Código Procesal Penal que limita el embargo de bienes a la imposibilidad económica del responsable directo, pues ello es consecuencia de considerar tal responsabilidad como subsidiaria.

En el caso del tercero civil, desde su intervención procesal, el citado artículo 100 *in fine* Código Procesal Penal estipula que deben ser citados y tendrán derecho para intervenir en todas las diligencias que les afecten, a fin de ejercitar su defensa⁽¹¹²⁾. La jurisprudencia nacional no exige un mero traslado al tercero civil, sino que se dicte una resolución de imputación concreta que expresamente comprenda como tal⁽¹¹³⁾. Esta resolución, atento a la naturaleza de derecho civil de la reparación civil, solo podrá dictarse a instancia de parte del fiscal –legitimado por imperio de los artículos 95.2 y 92.4 de su Ley orgánica y del numeral 225.4 del Código Procesal Penal⁽¹¹⁴⁾– y del actor o parte civil (art. 58 del CPP⁽¹¹⁵⁾). Se requiere pues que un tercero al juez ejerza la correspondiente pretensión civil, al regirse por el principio dispositivo, que obliga a las partes a fijar el objeto civil respectivo, circunscrito: por cierto a lo dispuesto en el artículo 93 del Código Penal⁽¹¹⁶⁾. Es evidente, entonces, que el órgano judicial no puede proceder de oficio, con un “fallo largo” (*extra petita*) que abarque la condena al tercero civil, si no fue llamado al proceso y erigido en parte⁽¹¹⁷⁾; además, no solo deba comprendérsele en el auto de pro-

(110) Cfr.: FONT SIERRA, Eduardo. *La acción civil en el proceso penal*. La Ley, Madrid, 1991, p. 44.

(111) MORENO CATENA, Víctor. *El proceso penal*. Tomo I. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 492.

(112) Encontrando su equivalente en el artículo 113 del Código Procesal Penal de 2004.

(113) Vid.: Ej. Superior de Lima, 17/11/1997, Exp. N° 4904-97 (LA ROSA GÓMEZ DE LATORRE, Miguel. *Jurisprudencia del proceso penal sumario* 96-97. Grijley, Lima, 1997, p. 15).

(114) Encontrando su equivalencia en el artículo 349.1 literal g) del Código Procesal Penal de 2004.

(115) En el mismo sentido, el artículo 98 del Código Procesal Penal de 2004.

(116) GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles. *Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos*. Colex, Madrid, 2000.

(117) GARBERI LLOBREGAT, José y otros (Director GIMENO SENDRA, Vicente). *Los procesos penales*. Tomo IV. Bosch, Barcelona, p. 577.

cesamiento (dictado inicialmente o en el curso del proceso penal), debe ser citado con el auto de enjuiciamiento, dársele la oportunidad para que pueda cuestionar la pretensión civil del fiscal o del actor civil, participar en el juicio oral y –antes– en curso de la instrucción y otorgarle legitimación para que pueda alegar y recurrir contra toda resolución que afecte sus intereses, con lo cual se preserva el principio de contradicción y se evita la indefensión, salvaguardando el derecho a la tutela judicial efectiva. La jurisprudencia superior ha sancionado con la nulidad de la sentencia la falta de citación al tercero civil para la diligencia de lectura de la misma⁽¹¹⁸⁾, así como lo que atribuye responsabilidad a una persona sin que haya sido comprendida en el proceso como tal⁽¹¹⁹⁾.

Ahora bien, como responsables civiles asumen propiamente la condición de parte demandada, de tal forma, como explica Moreno Catena, que su régimen de intervención es similar al del proceso civil en el que resulta irrelevante la presencia o ausencia de la parte pasiva del proceso, siempre que haya sido emplazada con las debidas garantías, de ahí que su no presentación o ausencia injustificada al proceso no será por sí misma causa de suspensión del juicio⁽¹²⁰⁾.

El artículo 104 del Código Penal se limita a ampliar el ámbito de la responsabilidad civil de las personas jurídicas. La responsabilidad civil, en este caso, tiene un límite: cubrir la que corresponde al autor directo y solo en la medida en que sus bienes fueran insuficientes. Esta responsabilidad, ahora sí subsidiaria, está radicada en los beneficios obtenidos por la persona jurídica, no afecta los bienes propios y las ganancias o beneficios por actividades sociales fuera del ámbito involucrado. Este ámbito requiere el cumplimiento de dos requisitos: 1) que el delito sea cometido por un funcionario o dependiente de la persona jurídica; y, 2) que el delito de aquel sea perpetrado en el ejercicio de la actividad social de la persona jurídica.

Cabe señalar a este respecto que, en cuanto a los presupuestos de la responsabilidad indirecta, no se advierten mayores diferencias entre este dispositivo y el artículo 1081 del Código Civil; cuando este último determina que el principal –la persona jurídica– tenga al autor directo bajo

(118) Ej. Sup. Lima, 16/03/1998, Exp. N° 8158-97; in BACA CABRERA, Denyse y otros. *Jurisprudencia Penal - procesos sumarios*. Grijley, Lima, 1999, p. 764.

(119) Ej. Sup. Lima, 27/11/1997, Exp. N° 5554-97; in LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel. *Jurisprudencia del proceso penal sumario 1996-1997*. Grijley, Lima, 1999, p. 44.

(120) GIMENO SENDRA, Vicente y otros. *Derecho Procesal Penal*. Colex, Madrid, 1996, p. 191.

sus órdenes, obviamente comprende a sus dependientes o empleados y a sus directivos, pues ambos trabajan para ella, y cuando hace referencia al “ejercicio de su actividad” exige que el autor directo realice la conducta en el ejercicio, normal o anormal, de las funciones encomendadas en el seno de la actividad social que se le ha confiado y que, por tanto, pertenece a su esfera o ámbito de actuación⁽¹²¹⁾.

Se trata en suma de un supuesto inclusive más restrictivo, que frente a una institución más amplia: la del tercero civil bajo los marcos de los artículos 1981 del CC y 95 del CP, está llamada a carecer de sentido y aplicación práctica, que por lo demás sí tendría razón político criminal si se le configura penalmente e independiente de la reparación civil y de la solvencia o insolvencia del autor directo, a título de decomiso (art. 102 del CP), tal como lo plantea Iván Meini Mendez⁽¹²²⁾.

5.3. Las medidas: aspectos procesales

Sin duda alguna, como ya se expuso líneas arriba, los medidas contra las personas jurídicas tienen un definido carácter penal [no son medidas civiles o administrativas]. Por ende, al integrar el objeto penal necesariamente están sometidas al principio acusatorio y al de interdicción de la indefensión. Conforme postula José Miguel Zugaldía Espinar la aplicación de las medidas penales en cuestión (art. 105 del CP) requiere no solo la previa audiencia a sus representantes legales, sino su constitución en parte en el proceso penal, amén de que ello importe el pedido exclusivo del Ministerio Público y que se imponga en la sentencia y no en fase de ejecución⁽¹²³⁾.

Si bien nuestro Código Penal, a diferencia del artículo 129.1 del Código Penal español, no contempla la audiencia previa a los titulares o a los representantes legales de las personas, jurídicas, ello no obsta a su estricto cumplimiento por ser una consecuencia directa de la garantía constitucional del derecho a la tutela jurisdiccional y del derecho de defensa

(121) Así lo ha declarado, por ejemplo, la jurisprudencia española –STS de 30.4.98– (GUTIÉRREZ SARZA, Ángeles. Ob. cit., pp. 166-165).

(122) MEINI MENDEZ, Iván. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. PUCP fondo Editorial, Lima, 1999, pp. 188-190 y 219.

(123) ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. “Las ‘Consecuencias accesorias’ aplicables como penas a las personas jurídicas en el CP Español”. En: *Anuario de Derecho Penal* 97/98. Grijley, Lima, 1999, pp. 331-332.

(art. 139.3 y 14 de la Const.) y porque dicho cumplimiento es obligatorio en todo acto de injerencia estatal⁽¹²⁴⁾.

Sostener que las personas jurídicas son propiamente partes acusadas, en tanto que contra ellas el Fiscal imputa la comisión de un delito vinculado perpetrado por sus órganos “(...) en el ejercicio de [su] actividad (...) o utilizando su organización para favorecerlo encubrirlo” y, dar ende, pide al juez la imposición en su contra de una de las cinco medidas que prevé el artículo 105⁽¹²⁵⁾ del Código Penal, requiere, en primer lugar, que el *petitum* y la causa *petendi* se deben fundamentar debidamente; en segundo lugar, que el juez penal dicte la resolución de imputación correspondiente; en tercer lugar, que sea citado formalmente en cada acto procesal trascendente del proceso; en cuarto lugar, que pueda ofrecer actos de prueba y de investigación, así como participar en todos ellos y los que ofrezcan y sean admitidos por las demás partes apersonadas; en quinto lugar, que sea citado con la acusación fiscal y el auto de enjuiciamiento, así como intervenir activamente en toda la fase intermedia; en sexto lugar, que intervenga en el juicio oral con los mismos derechos del acusado; y, en séptimo lugar, que se le reconozca el derecho de impugnar, deducir todos los medios de defensa y artículos de nulidad de actuados.

Un problema que se presenta es el efecto que ocasionaría la ausencia injustificada de la persona jurídica a los emplazamientos procesales, en particular para el juicio oral; en otros términos, si su ausencia determina la suspensión del procedimiento. El Código Procesal Penal, desde luego, responde a esta interrogante; sin embargo, en la medida en que la sanción a la persona jurídica tiene como presupuesto la sanción a la persona física que actuó utilizando su organización para favorecer o encubrir el delito (delito perpetrado por un órgano o representante y cometido por cuenta –en su provecho o interés– de la persona jurídica), es obvio que esta a través alguno de sus órganos participó en el hecho, por lo que frente a un emplazamiento judicial resulta claro que está en condiciones de

(124) Cfr.: BACIGALUPO, Silvina. “Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas”. En: *Curso de Derecho Penal Económico*. Bosch, Barcelona, 1998, p. 75.

(125) Mediante el artículo 2 del Decreto Legislativo 1351, se incorpora al artículo 105 del Código Penal, una medida adicional aplicable a las personas jurídicas:

Artículo 105.- Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Juez deberá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes:

(...)

5. Multa no menor de cinco ni mayor de quinientas unidades impositivas tributarias.

(...)

intervenir en el proceso. Su inasistencia injustificada no puede suspender el procedimiento, se le declarará rebelde o contumaz y continuará el proceso conforme a las normas regulares de la ley procesal, salvo que la ausencia o contumacia comprenda a la persona física, en cuyo caso el proceso sí ha de suspenderse.

Resulta, al respecto, sumamente interesante la opción francesa, materializada en la Ley N° 16.12.92, que incorpora los artículos 706-41 al 706-46 al Código de Procedimiento Penal –agrega el Título XVIII al Libro IV–, bajo el rótulo de “De la persecución, de la instrucción y del juzgamiento de las infracciones cometidas por las personas morales”. En ellas, como informa Jean Pradel, la acción es dirigida contra el representante legal de la persona jurídica, salvo que este también tenga la condición de imputado o título individual, en cuyo caso el juez debe designar un mandatario judicial; la persona moral puede colocarla bajo control judicial, que es una modalidad propia de medida cautelar (v. gr.: caución; constitución de garantías reales o personales; prohibición de realizar determinadas actividades profesionales, siempre que la infracción fue cometida con ocasión de dichas actividades), cuyo incumplimiento origina un proceso por desobediencia a la autoridad⁽¹²⁶⁾.

La sentencia que imponga una medida contra la persona jurídica está sometida, como se anotó, al principio acusatorio, es decir, que solo la impondrá si el fiscal en su acusación introduce la pretensión sancionadora correspondiente. Por otro lado, la sentencia debe tener una motivación específica, amén de la general establecida por el artículo 139.5 de la Constitución, consistente en la necesaria prevención de la continuidad delictiva de la persona jurídica⁽¹²⁷⁾.

Abanto Vásquez, con razón, considera que el artículo 105 del Código Penal es criticable por haber omitido declarar expresamente cuándo procede la imposición de las medidas. Acota que ellas no tienen por qué imponerse automáticamente, sino solamente cuando exista una relación entre la medida y la finalidad que se busque; la cual no puede ser otra que la de “prevenir la continuidad en la actividad delictiva” y neutralizar

(126) JEAN PADREL. “La responsabilidad penal de la persona moral”. En: *Anuario de Derecho Penal* 1995, pp. 94-95.

(127) BACIGALUPO, Silvina. Ob. cit., p. 77.

los efectos del delito, tal como se señala expresamente en el artículo 129, tercer párrafo, del Código Penal español⁽¹²⁸⁾.

■ BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho Penal Económico*. Idemsa, Lima, 1997.
- ALMAGRO NOSETE, José. “La Protección procesal de los intereses difusos”. En: *Revista Justicia*. N° 83, N° 1. Bosch, Barcelona, 1983.
- ÁRANGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de Blanqueo de Capitales*. Marcial Pons, Madrid, 2000.
- BACA CABRERA, Denyse y otros. *Jurisprudencia Penal - procesos sumarios*. Grijley, Lima, 1999.
- BACIGALUPO, Silvina. “Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas”. En: *Curso de Derecho Penal Económico*. Bosch, Barcelona, 1998.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Manual de Derecho Penal, Parte Especial -delitos patrimoniales y económicos*. Ceura, Madrid, 1987.
- BRAMONT-ARIAS y GARCÍA CANTIZANO. *Manual de Derecho penal - Parte Especial*. San Marcos, Lima, 1997.
- BUSTOS RAMÍREZ. “Perspectivas actuales del Derecho penal económico”. En: *Libro Homenaje a la memoria del Profesor Juan del Rosal*. Edersa, Madrid, 1993.
- CARMONA RUANO, Miguel. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En: *Empresa y Derecho penal (II)*, N° 10, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998.
- CASCINI, Francesco y CASCINI, Giuseppe. “Nacimiento, pasión y muerte del Código de Procedimiento Penal de Italia de 1989”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. N° 2, Lima, 1997.
- 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*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1998.
- DEL VALLE RANDICH, Luis. *Derecho Procesal Penal - cuestiones prejudiciales, cuestiones previas, excepciones*. Imprenta Liurimsa, Lima, 1966.
- DE LA GÁNDARA Beatriz. “El sujeto del Derecho penal económico”. En: *Curso de Derecho Penal Económico*. Marcial Pons, Madrid, 1998.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. “Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica”. En: *Revista Actualidad Penal*. Madrid, 1997-1.

(128) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho penal económico - Parte Especial*. Idemsa, Lima, 2000, pp. 488-489.

- DESPORTES, Frédéric - LE GUNEHEC, Francis. "Las penas aplicables a las personas jurídicas". En: *Anuario de Derecho Penal* 97-98. Lima, 1997.
- FARALDO CABANA, Patricia. *Las causas de levantamiento de la pena*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín y MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos. *Delincuencia y Economía*. Imprenta Universidad de Santiago de Compostela, Galicia, 1983.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier. "Las consecuencias accesorias del artículo 129 del CP". En: *El Nuevo Derecho Penal Español*. Estudios Penales en memoria del Profesor José Manuel del Valle Muñiz. Aranzadi, Pamplona, 2000.
- FONT SIERRA, Eduardo. *La acción civil en el proceso penal*. La Ley, Madrid, 1991.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José. "Derecho penal de la empresa (delitos económicos + delitos societarios): aspectos procesales". En: *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Año VIII, N° 345, Madrid, 1998.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José. *La Audiencia Nacional y el enjuiciamiento de los delitos económicos*. En: *Estudios de Derecho penal económico*. Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 1994.
- GARBERI LLOBREGAT, José y otros (Director GIMENO SENDRA, Vicente). *Los procesos penales*. Tomo IV. Bosch, Barcelona, 2000.
- GARCÍA ARAN. "Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas". En: *I Congreso Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*. Director MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Universidade Da Coruña, La Coruña, 1998.
- GIMENEZ BLANCO, Itziar. *Pluralidad de partes en el proceso penal*. Mc Graw-Hill, Madrid, 1998.
- GIMENO SENDRA, Vicente y otros. *Derecho Procesal Penal*. Colex, Madrid, 1996.
- GIMENO SENDRA, Vicente. "La aplicación procesal del nuevo Código Penal con especial referencia años delitos contra el orden socioeconómico". En: *Revista Penal*. N° 1, Praxis, Barcelona, Enero 1998.
- GIMENO SENDRA, Vicente y GARBERÍ LLOBREGAT, José. "La protección procesal del medio ambiente". En: *Revista Poder Judicial*. 2da Época, N° 37, Marzo, Madrid, 1995.
- GÓMEZ INIESTA, Diego José. *La utilización abusiva de información privilegiada en el Mercado de Valores*. Mc Graw-Hill, Madrid, 1997.
- GONZÁLES ÁLVAREZ, Daniel. "La investigación preparatoria del Ministerio Público en el nuevo proceso penal costarricense". En: *Revista Pena y Estado - Ministerio Público*. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José. *Curso de Derecho Penal Especial - Parte Especial*. Marcial Pons, Madrid, 1996.

- GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles. *Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos*. Colex, Madrid, 2000.
- HEINE, Günter. “La responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias”. En: *Anuario de Derecho Penal* 96. Grijley, Lima, 1997.
- HERNÁNDEZ MARTÍN, Valeriano. “Problemas procesales del delito contra la Hacienda Pública”. En: *Revista Crónica Tributaria*. Nº 60, Madrid, 1989.
- HURTADO POZO, José. “Personas Jurídicas y responsabilidad penal”. En: *Anuario de Derecho Penal* 96. Grijley, Lima.
- IBANEZ LÓPEZ-POZAS, Fernando Luis. *Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*. Dykinson, Madrid, 1993.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos. “La prueba pericial en los delitos económicos”. En: *Revista Jueces para la Democracia*., Madrid, Marzo 1998.
- LA ROSA GÓMEZ DE LATORRE, Miguel. *Jurisprudencia del proceso penal sumario* 96/97. Grijley, Lima, 1997.
- LA ROSA GÓMEZ DE LA TORRE, Miguel. *Jurisprudencia del proceso penal sumario* 1996-1997. Grijley, Lima, 1999.
- LANDROVE DÍAZ, Gerardo. “La represión de la delincuencia económica”. En: *Revista Jueces para la Democracia*. Nº 31, Marzo, Madrid, 1998.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Instituciones de Derecho procesal Penal*. Akal/lure, Madrid, 1999.
- LÓPEZ, María Teresa. “Aspectos procesales del delito contra la Hacienda Pública”. En: *Estudios de Derecho Penal Económico*.
- MAIER, Julio B.J. “Delincuencia socioeconómica y reforma del proceso penal”. En: *Revista Doctrina Penal*. Año 12, Buenos Aires, 1989.
- MARTÍN MORALES, Ricardo. “Teoría General”. En: *El principio constitucional de intervención indiciaria* (MARTÍN MORALES, R.: Coordinador). Grupo Editorial Universitario, Granada, 2000.
- MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico - Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico - Parte Especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- MAZUELOS COELLO. Julio. *Derecho penal económico y de la empresa*. San Marcos, Lima, 1996.
- MEINI MENDEZ, Iván. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. PUCP fondo Editorial, Lima, 1999.
- MORENO CATENA, Víctor. *El proceso penal*. Tomo I. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal civil*. Colex, Madrid, 1996.
- MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal civil*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

- MUÑOZ CONDE, Francisco. “Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos”. En: *Revista Penal*, N° 1. Praxis, Barcelona, 1998.
- NUÑEZ CASTAÑO, Elena. *Responsabilidad penal en la empresa*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- PASTOR, Daniel. “¿Es conveniente la aplicación del proceso penal ‘convencional’ a los delitos ‘no convencionales’?” En: *Delitos no convencionales*. Del Puerto, Buenos Aires, 1994.
- PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal - Parte General*. Grijley, Lima, 1999.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos. “Introducción al Derecho penal económico”. En: *Curso de Derecho Penal Económico* (BACIGALUPO ZAPATER, Enrique - Director). Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 1998.
- PORFIRIO, Sofía. “El marco legal internacional del lavado de dinero”. En: *COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS*, Lima, 2000.
- PRADEL, Jean. Derecho Penal Económico Francés: algunos aspectos actuales. En: *Revista del Poder Judicial*. 3ª Época, N° 49, 1er Trimestre, Madrid, 1998.
- PRADEL, Jean. “La responsabilidad penal de la persona moral”. En: *Anuario de Derecho Penal*. Lima, 1995.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor. La determinación judicial de la pena. En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. N° 1. Grijley, Lima, 2000.
- QUERALT, Joan J. “El comportamiento postdelictivo en los delitos contra las haciendas públicas y la seguridad social”. En: *Empresa y Derecho Penal II*. Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1999.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otros. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Aranzadi, Pamplona, 1996.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. “Hacia un Derecho penal privado y secundario. Las nuevas cuestiones prejudiciales suspensivas” En: *Actualidad Jurídica*. Año VI, N° 251, Aranzadi, Madrid, 1996.
- ROIG TORRES, Margarita. La reparación del daño causado por el delito. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. II. Grijley, Lima, 1999.
- SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Dykinson, Madrid, 2000.
- SCHLÜCHTER, Ellen. *Derecho Procesal Penal*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999..
- SCHMIDT Eberhard. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal*. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.
- SENES MOTILLA. *Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*. Mc Graw-Hill, Madrid, 1996.

- SERRANO GONZALES, José Luis y MERINO JARA, Isacc. “Levantamiento del velo y delito fiscal”. En: *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Año VI, N° 264, Madrid, 10 de octubre de 1996.
- SERRANO GONZALES, José Luis y MERINO JARA, Isacc. “El ‘levantamiento del velo’ en el marco de la defraudación tributaria”. En: *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*. XLIV, N° 231-232. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994.
- SILGUERO ESTAGMAN, Joaquín. “La *Class Actions* en el ordenamiento jurídico de Estados Unidos de América”. En: *Revista Vasca de Derecho Procesal y arbitraje*. Tomo VII, Enero 1995. Dykinson, Madrid.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “El actuar en lugar de otro en el Código Penal Español”. En: *Estudios de Derecho Penal*. Grijley Lima, 2000.
- SHÜNEMANN, Bernd. “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal acerca de la criminalidad de la empresa”. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLI, Fascículo II, Madrid, 1988.
- SOBERÓN, Ricardo. *Situación del lavado de dinero en el Perú: realidades y mitos*. Lima, 2000.
- TERRADILLOS BASOCO. *Derecho penal de la empresa*. Trotta, Madrid, 1994.
- TIEDEMANN, Klaus. “La criminalidad económica como objeto de investigación”. En: *Temas de Derecho penal económico y ambiental*. Idemsa, Madrid, 1999.
- TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho penal económico*. PPU, Barcelona, 1993.
- WETTINCK, Christian. “Con la justicia maniatada, ¿Qué son los mercados, sino un vasto pillaje?”. En: *Revista Jueces Para la Democracia*. Marzo, Madrid, 1998.
- ZUBIRI DE SALINAS, Fernando. “Delitos contra el medio ambiente”. En: *Empresa y Derecho Penal II*. Madrid, 1999.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. “Las ‘Consecuencias accesorias’ aplicables como penas a las personas jurídicas en el CP Español”. En: *Anuario de Derecho Penal 97/98*. Grijley, Lima, 1999.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Aranzadi, Navarra, 2000.

Segunda parte

DERECHO PROCESAL PENAL

Capítulo I

ASPECTOS GENERALES

La III gran reforma del proceso penal y la Ley Autoritativa N° 30506.

Apuntes al margen

I. INTRODUCCIÓN

El Congreso mediante la Ley N° 30506, de 09/10/2016, delegó en el Gobierno la potestad de legislar, entre otras materias, en seguridad ciudadana y lucha contra la corrupción. El artículo 2, apartados 1 y 2, precisó el ámbito de los cambios posibles. Hizo hincapié en los delitos vinculados al crimen organizado, violencia de género, terrorismo, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, delincuencia común –especialmente la delincuencia violenta– y delitos asociados a la corrupción –que podía incluir la configuración de nuevas agravantes e, incluso, de nuevos delitos–. También autorizó a legislar sobre ámbitos de la Parte General del Código Penal (acumulación de penas), de la responsabilidad penal del adolescente infractor, del proceso auxiliar de extradición y traslado de condenados, y del proceso especial de terminación anticipada y la confesión sincera.

Esta delegación legislativa permitió reformar los Códigos Penal, Procesal Penal y de Ejecución Penal, así como algunas disposiciones en materia de organización y funcionamiento de la justicia penal (Subsistema de delitos de corrupción, Sistema de distribución de causas al Poder Judicial, y Transparencia judicial).

Cabe puntualizar que esta innovación legislativa es la **tercera gran reforma** del proceso penal nacional luego de la entrada en vigor del Código Procesal Penal de 2004 –en adelante, CPP–.

1. La primera gran reforma se consolidó con la dación de dos leyes, nominalmente vinculadas a la seguridad ciudadana: Ley

Nº 30076, de 19/08/2013 –que modificó 20 artículos del CPP–, y al crimen organizado: Ley Nº 30077, de 20/08/2013, dispositivo que previó un proceso con especialidades procedimentales con cambios básicamente en las medidas limitativas de derechos y que, además, modificó 8 artículos del CPP.

2. La segunda gran reforma está circunscripta a dos Leyes de facultades delegadas. La Ley Nº 29815, de 22/12/2012, que dio lugar a la expedición de dos Decretos Legislativos en materia de Derecho Procesal Penal (Nºs 1104 y 1153). Y, la Ley Nº 30335, de 01/07/2015, que permitió la expedición de cuatro Decretos Legislativos (Nºs 1190, 1194, 1206 y 1229). Los indicados Decretos Legislativos adelantaron la vigencia a nivel nacional de 25 artículos del CPP, modificaron 13 artículos del CPP e incorporaron 2 artículos al CPP.

La Ley autoritativa Nº 30506 evidencia que el objetivo de la reforma apunta a la afirmación del valor eficacia del sistema penal, para consolidar un modelo institucional y normativo con capacidad para responder efectiva y céleramente al reto de la criminalidad. La reforma, de la mano del Gobierno, con todo lo que ello implica en torno a la obvia falta de consenso ciudadano, transparencia y discusión pública –propio de la lógica legislativa del Ejecutivo, a despecho de lo que regularmente sucede en el Congreso–, empero, no trató:

1. El tema de la víctima, de sus derechos o estatuto jurídico, de su legitimidad para intervenir como parte en el proceso penal. El instituto de la reparación integral, lamentablemente, no fue abordado. Tampoco la figura del querellante adhesivo, y con ello un replanteamiento del modelo punitivista.
2. El decomiso ampliado, tan importante en la lucha contra la corrupción y los delitos económicos.
3. La inutilización de pruebas –prueba ilícita inconstitucional y prueba ilícita ilegal–, hoy solo dejado a la jurisprudencia, para fijar un régimen jurídico más garantista y efectivo.
4. La investigación a través de medios tecnológicos, para configurar una estructura normativa garantista al imputado y eficaz para la averiguación del delito. Es pertinente regular con puntual precisión, conforme por ejemplo a la legislación alemana y española, las siguientes medidas limitativas de

derechos: 1) intervención electrónica vía internet, 2) introducción de dispositivos de geolocalización, 3) instalación de “troyanos”, 4) registros remotos sobre equipos informáticos, 5) registro de dispositivos de almacenamientos masivos de información. 6) orden de conservación de datos.

5. La prevención de los macroprocesos. Para ello se requiere, de un lado, elaborar una norma más flexible que el actual artículo 51 del CPP, que permita no acumular o desacumular –formando piezas separadas y autónomas– delitos conexos cuando exista “excesiva complejidad o dilación”; y, de otro lado, autorizar al Fiscal la aplicación de criterios de oportunidad frente a autores marginales de una trama criminal organizada que se decidan identificar, señalar y confrontar a los autores principales de la misma.

La idea-eje de esta III Gran Reforma ha sido, pues, más Estado –a través de la sanción penal y de ampliación de las medidas limitativas de derechos– y menos ciudadanía y comunidad –se extraña la configuración de más derechos-garantías y de resortes procesales efectivos para afirmarlas–.

Cabe aclarar, de un lado, que la conversión especial de penas, creada por el Decreto Legislativo N° 1300, de 30/12/2016, tiene una mera finalidad de descongestión carcelaria, aunque está por verse en qué medida desprisioniza (existen 59 delitos exceptuados y las veinte modalidades delictivas vinculadas al crimen organizado: Ley N° 30077, de 20/08/2013).

De otro lado, se aprovechó la delegación legislativa para efectuar algunas correcciones necesarias al CPP. Destaco cinco.

1. Tal vez, la más urgente, pero puntual, es la concerniente a la definición o alcances de las audiencias inaplazables ante la inasistencia del defensor: artículo 85 del CPP; fuente de dilaciones y obstruccionismo procesal.
2. Asimismo, es relevante la referida a la constitución en actor civil, sin necesidad de convocatoria a una audiencia –cuando no media oposición de parte–, a fin de facilitar la actuación de la Procuraduría Pública del Estado: artículo 102 del CPP. No se entiende por qué, en esa misma línea, no se varió la constitución de las demás partes procesales, lo que implica necesariamente el previo traslado de la petición respectiva a las demás partes.

3. También es importante la concerniente al proceso inmediato. Estableció que la apelación de la resolución (art. 447 del CPP, ausencia de incoación del proceso inmediato) se interpone y fundamenta en el mismo acto (no hace falta la formalización por escrito). Esto último, empero, es un contrasentido, pues la impugnación –el acto de formalización– no puede someterse al principio de oralidad y a la regla de aceleración procesal, desde que se requiere un escrito en forma, debidamente pensado y articulado, para que el Tribunal Superior se pronuncie sobre cada punto impugnativo. El nuevo artículo 448 del CPP (audiencia única de juicio inmediato) establece que el auto que estima el sobreseimiento o un medio de defensa es apelable en un solo efecto; y, además, se interpone y fundamenta en el mismo acto. La crítica a este modo de oralismo extremo es, igualmente, censurable.
4. Igualmente, es significativa la reforma del plazo de la prisión preventiva (art. 274 del CPP) por el Decreto Legislativo N° 1307, de 30/12/2016. El apartado 2) es nuevo y se ha modificado el apartado 1). En efecto, cada tipo de procedimiento tiene un plazo: 1. Común: hasta 9 meses adicionales. 2. Complejos: hasta 18 meses adicionales. 3. Criminalidad organizada: hasta 12 meses adicionales –es de recordar que ese mismo Decreto Legislativo, al reformar el artículo 272 del CPP, fijó el plazo de duración de la prisión preventiva, en 9 meses, 18 meses y 36 meses, según se trata de proceso común simple, proceso complejo y proceso de criminalidad organizada, respectivamente–. Por otra parte, establece la institución de la adecuación del plazo de prisión preventiva, que procede cuando se presenten circunstancias de especial complejidad, no advertidos en el requerimiento inicial de prolongación de prisión preventiva.
5. Finalmente, es trascendente el Decreto Legislativo N° 1301, de 30/12/2016, que modificó, incorporó y reestructuró el proceso por colaboración eficaz, si bien mantuvo sus bases esenciales. Es de subrayar: 1. El artículo 473-A del CPP sobre participación del agraviado, el que debe citársele al final de la fase de corroboración para informársele sobre el procedimiento y el monto de la reparación civil que puede acordarse, para que indique su pretensión indemnizatoria; el agraviado, sin embargo, no participa en las diligencias de corroboración, pero puede ofrecer

pruebas, aunque su inasistencia y discrepancia con el monto de la reparación civil no impide la continuación del trámite; y, el reclamo por la reparación civil solo puede hacerlo en vía civil, si es que permaneció al margen de la fase de corroboración. 2. La norma anterior (art. 474.5 del CPP) no permitía que los jefes, cabecillas o dirigentes de organización delictivas se acojan a algún beneficio premial, pero con la reforma sí pueden hacerlo, limitados a la disminución de pena o suspensión de la ejecución de la privación de libertad, siempre que su aporte permita identificar a miembros de la organización con mayor rango jerárquico –unificó el supuesto con aquellos sujetos que han intervenido en delitos que han causado consecuencias especialmente graves–. 3. El originario artículo 477 del CPP prescribía que el agraviado tenía derecho a impugnar la sentencia aprobatoria, si es que participó en el procedimiento. La nueva norma solo precisó que la impugnación se refiere exclusivamente al extremo de la reparación civil.

De los 112 decretos legislativos dictados durante el periodo autorizado –en rigor, desde el 21/10/2016 al 07/01/2017–, ocho decretos legislativos se refieren íntegra o parcialmente al proceso penal, pero han producido 94 cambios efectivos al ordenamiento procesal.

1. Se modificó directamente 59 artículos del Código Procesal Penal y se incorporó 12 artículos al citado Código (71 artículos en total).
2. De otro lado, 1) Se reformó 9 artículos procesales de la medida de vigilancia electrónica. 2) Se añadió una norma para regular la revisión de la condena de inhabilitación principal: artículo 59-B al CEP [previamente, la incorporación de la pena de inhabilitación perpetua al modificar el art. 38 del CP, y la prohibición de rehabilitación automática al introducir un párrafo final al art. 69 del CP]. 3) Se incorporó 11 artículos como consecuencia de la creación del procedimiento de conversión especial de penas privativas de libertad, hasta de seis años, por penas alternativas –incidente de ejecución penal– [precedido de la incorporación al Código Penal del artículo 52-A, y la modificación del artículo 491.4 del CPP para determinar la competencia del órgano judicial]. 4) Se agregó dos disposiciones en materia de lavado de activos vinculadas a las atribuciones de la Unidad de

Inteligencia Financiera-Perú: la primera, otorgó carácter de prueba –sin duda pericial– al Informe de Inteligencia de la UIF-Perú –la confidencialidad del funcionario e, incluso, de quien envía un Reporte de Operaciones Sospechosas ROS, se consolida con la existencia de un “cuerpo de peritos informantes” que creó el artículo 1 de la Ley N° 28306, de 29/07/2004, que dan las explicaciones en sede judicial; y, la segunda, atribuyó legitimación a la UIF-Perú para solicitar al Juez Penal, en el marco de sus indagaciones, el levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria. 5) Y, se reordenó la normatividad procesal respecto de la responsabilidad administrativa autónoma de las personas jurídicas –que ahora comprende los delitos de cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico, cuatro modalidades de lavado de activo, y financiamiento del terrorismo–: i) se aplican los artículos sobre parte procesal, conformidad procesal y proceso especial de terminación anticipada para la persecución en sede penal; ii) se autoriza a la Defensoría Pública a defenderlas; iii) se instituye un requisito de procedibilidad para iniciar el proceso penal a cargo de la SMV – Superintendencia del Mercado de Valores, al que también se le reconoce carácter de pericia institucional; y, iv) se incorpora el artículo 313-A CPP sobre medidas preventivas –agregó, a las cuatro existentes en el artículo 313 del CPP, dos medidas adicionales: prohibición de actividades futuras y suspensión para contratar con el Estado. Empero, no se corrigió las disposiciones procesales sobre la persona jurídica a fin de resguardar su autonomía respecto de los órganos de dirección probablemente imputados, en especial respecto a la testifical de la persona natural imputada en relación a la del apoderado judicial –y su dependencia o conexión con la persona natural vinculada al delito–. Tampoco se desarrolló legalmente las consecuencias de la incomparecencia de la persona jurídica –y las opciones respectivas–, y lo relacionado con la conformidad procesal y la intervención de la persona jurídica, así como el rol procesal del oficial de cumplimiento, al prever el *compliance* como una causa de exención de responsabilidad.

Sin duda alguna es imposible, en un artículo como este, comentar cada modificación legal. No es este un análisis propio de un glosador o pandectista.

Por tanto, solo corresponde abordar el examen de algunas instituciones procesales modificadas o incorporadas al ordenamiento, y, dentro de ellas, lo que es más relevante. Haré pues una escogencia arbitraria, como son todas las subjetivas, en atención a su importancia y al calado de su reforma.

1. Un primer tema se refiere a la medida de coerción personal provisionalísima de detención, materia del Decreto Legislativo N° 1298, del 30/12/2016.
2. Un segundo tema se relaciona con la vigilancia electrónica personal, modificada por el Decreto Legislativo N° 1322, del 06/01/2017.
3. Un tercer tema alude a las normas de procedimiento que son materia del Decreto Legislativo N° 1307, por lo menos en tres puntos: 1) operativo de revelación del delito, 2) prueba anticipada, y 3) creación del Subsistema Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios –se integra con lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1342, del 07/01/2017–.
4. Un cuarto tema se circunscribe al procedimiento auxiliar de extradición, reformado por el Decreto Legislativo N° 1281, del 29/12/2016.

II. LA DETENCIÓN (D. LEG. N° 1298)

La Constitución consagra como derecho fundamental la libertad y la seguridad personales (art. 2.24, 'f': primera versión). Desde el ámbito de la persecución penal tiene las siguientes previsiones: Primero, conforme al literal b), solo se autoriza la restricción de la libertad personal en los casos previstos por la ley (legalidad, en concreto: tipicidad procesal). Segundo, la detención por comisión de un delito, está permitida, de oficio, por la policía solo mediando flagrancia delictiva, y, fuera de esa excepción, por mandamiento escrito y motivado del juez. Tercero, ejecutada la detención, el arrestado debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente dentro del plazo de 24 horas, salvo en tres delitos (terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas), que podrá extenderse hasta por 15 días naturales –supuesto en el que se dará cuenta al fiscal y al juez, quien podrá asumir jurisdicción antes de vencido dicho plazo–. En esta perspectiva el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que: “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada,

sin demora, ante un juez (...)”, mientras que el apartado 6 estatuye que: “Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales”.

Desde luego, esta institución está sometida a los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad, que son garantías horizontales propias del sistema de derechos fundamentales en una sociedad democrática.

El Código Procesal Penal ha desarrollado esta institución. Pero, además, clasificó las medidas de coerción personal privativas de libertad en dos: detención y prisión preventiva. La primera, es una medida provisionalísima, de auxilio a las primeras medidas de investigación y, básicamente, destinada a evitar el riesgo de fuga, y, por ende, de duración limitada –24 horas, 72 horas, 10 días y hasta 15 días: artículo 264 del CPP–; y, la segunda, es una medida provisional, estable y más grave, pues su plazo varía en extensión –entre 9, 18 o 36 meses: artículo 272 del CPP–. La Constitución no hace una específica referencia a la prisión preventiva, pero sí, por ejemplo, el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Desde esta perspectiva constitucional, la regulación ordinaria, primero, debe ser clara y precisa en cuanto a los supuestos que la permiten la privación procesal de la libertad. Segundo, el detenido debe ser puesto a disposición judicial, tanto cuando se trata de detención policial en flagrancia delictiva como en los casos de detención por mandamiento escrito y motivado del juez –la Constitución no dice en qué consiste esa puesta a disposición, luego, la Ley debe precisarla–. Y, Tercero, el plazo de duración debe ser breve y su límite, por imperio del artículo 2.24.f, no puede ser, en un caso, mayor de veinticuatro horas –supuesto ordinario o regular–, y, en otro caso, siempre excepcional y predeterminado, mayor de quince días naturales, en cuyo caso se “(...) debe(n) dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho plazo”.

La garantía de ejecución –uno de los ámbitos de la proporcionalidad de la medida– consiste en la afirmación de la jurisdicción preventiva judicial desde que la detención se ejecuta, el derecho de defensa del reo, y la protección de su integridad física y moral, así como la facultad de plantear instancias ante la justicia sobre lo que suceda en ese interregno (Principio

9: Resolución 43/173 de la Asamblea General de Naciones Unidas “Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”).

Las disposiciones originarias del CPP, en materia de detención, reconocían: i) la detención policial (art. 259), ii) el arresto ciudadano (art. 260), iii) la detención preliminar judicial (art. 261), iv) la detención convalidada (art. 266), y v) la detención incomunicada (art. 265).

La primera la ejecuta la Policía, al margen de la autorización judicial o fiscal, en flagrante delito. La segunda la efectúa cualquier persona (víctima o no) para entregar al detenido inmediatamente a la Policía. La tercera la ordena el juez a pedido del fiscal, siempre que no exista flagrante delito (en cuyo caso no es necesaria la orden judicial) y consten razones plausibles para considerar que el individuo cometió un delito con pena mayor de cuatro años y existe cierta posibilidad de fuga. La última requiere detención efectiva –de oficio o preliminar judicial– y el plazo es de siete días naturales; no procede en caso de delitos exceptuados.

El Decreto Legislativo N° 1298, del 30/12/2016, varió radicalmente el sistema diseñado por el originario Código Procesal Penal. Así:

1. Respecto de la detención judicial preliminar, el cambio fue nímio. En el apartado 4) del nuevo artículo 261, el cambio es solo del tiempo del verbo: de “tendrá” a “tienen” para fijar el plazo de vigencia de las requisitorias. Es de resaltar, de cara a las disposiciones siguientes, que la detención judicial preliminar se dicta de pleno derecho, sin trámite alguno.
2. En cuanto al plazo de la detención, el Decreto Legislativo N° 1298 (art. 264 del CPP) fijó dos pautas iniciales: i) si es detención policial, el plazo es de 24 horas; ii) si es detención preliminar judicial, el plazo es de 72 horas. Pero, en este último supuesto, si subsisten los presupuestos de indicios de criminalidad y gravedad del hecho (delito sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años) se puede otorgar un plazo de siete días –se necesita, como es obvio, una petición secuencial adicional y justificada–. Pero, si se trata de delitos cometidos por organizaciones criminales la detención policial y la judicial por flagrancia puede durar hasta diez días. En caso de terrorismo, espionaje y TID, el plazo es de hasta quince días. La jurisdicción preventiva que antes era solo para delitos exceptuados se ha extendido a todos los delitos.

3. El caso de extensión del plazo de la detención judicial por flagrancia es un nuevo supuesto. Aquí se requiere audiencia. El plazo puede extenderse hasta por siete días o diez días si es de crimen organizado (peligrosismo procesal: fuga y obstaculización de la verdad). El fiscal la pide dentro de las 12 horas de producida la detención efectiva por la Policía. La audiencia se realiza antes de las 24 horas. Esta regulación exige, desde la organización fiscal y judicial, una configuración institucional de fiscales y jueces de guardia o de turno permanente, con todo lo que ello implica en recursos logísticos, de personal y, especialmente, financieros.

Tal vez, la norma **más censurable** es el citado nuevo artículo 264 del CPP. Es de recordar que lo que exige el artículo 2.24.f), párrafo segundo, de la Constitución es que: “El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia”. El juez debe decidir lo conveniente respecto a su situación jurídica, en los marcos de la ley, pero el reo debe estar en su presencia –luego, el principio procedimental de inmediación es inexcusable o inderogable–. La Ley, desde luego, debe indicar qué debe hacer el juez (sin duda, controlar la legalidad de la detención, así como la vigencia y eficacia de su derecho de defensa, como mínimos inderogables). Si de esa puesta a disposición sigue la inculpación formal o continúa el procedimiento preliminar, corresponde al legislador decidirlo conforme al sistema normativo que considere oportuno diseñar. En consecuencia, **poner a disposición**, requiere que el detenido salga de la esfera policial-fiscal y pueda alegar ante el juez lo pertinente a su defensa, para lo cual debe construirse un espacio judicial –de tiempo brevísimo– para que el órgano persecutor y la defensa puedan formular determinadas pretensiones provisionales sobre la libertad del detenido y los pasos siguientes en la averiguación de los hechos –si se justifica la detención de cara a los principios de intervención indiciaria y proporcionalidad–.

Luego, dictar, fuera de los delitos exceptuados –expresamente permitidos por la Ley Fundamental–, una medida procesal privativa de libertad, sin permitir el juego de los principios procesales de contradicción y de audiencia, y procedimentales de inmediación y oralidad, y más aún por plazos que exceden las 24 horas –salvo, claro está, los delitos exceptuados– es inaceptable. No supera esa limitación irrazonable el hecho de que, con posterioridad, el juez está autorizado a constituirse al lugar de

la detención y cuidar de su derecho de defensa. La comparecencia, por consiguiente, debe ser *ex ante* no *ex post*.

En esa línea no puede objetarse, desde la constitucionalidad, el nuevo artículo 266 del CPP sobre detención judicial en caso de flagrancia, pues garantiza los principios antes citados.

Una detención fuera de flagrancia delictiva requiere para su dictación que el detenido sea puesto a disposición judicial, y que el juez decida lo conveniente bajo la vigencia y aplicación de los principios de contradicción e inmediación. No rige, por tanto, la regla decimonónica –actualmente en crisis– de toda medida de coerción: *inaudita et altera parte*.

La norma originaria del CPP sí respetaba la Constitución. La nueva, lamentablemente, no lo hace. Por ello, se instituyen más limitaciones al derecho individual y se generan o consolidan menos garantías a la libertad y seguridad personal para el detenido.

Con posterioridad a estos cambios legislativos, se modificó el artículo 2.24, f) de la Constitución, mediante la Ley N° 30558, de 09/05/2017. Dos son los cambios más trascendentes, seguidos de una prevención remarcable.

En efecto, el primer cambio estriba en que el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente dentro del plazo máximo de cuarenta y ocho horas –ya no veinticuatro horas– o en el término de la distancia –este plazo funciona tanto para la detención policial cuanto para el caso de mandamiento escrito y motivado del juez–. El segundo cambio consiste en que el plazo de detención de quince días se extiende –además de los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas– a los delitos cometidos por organizaciones criminales –se entiende, a los integrados o de algún modo vinculados a las organizaciones criminales, siempre y cuando los delitos perpetrados se inscriban en el plan delictivo de aquellas–.

La prevención que destaca reside en que la detención, como institución procesal de relevancia constitucional, no durará más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones. Este precepto implica reconocer que la finalidad central de la detención, amén de las propiamente coercitivas, es la realización de diligencias urgentes de investigación, a las que se somete el juicio de necesidad para determinar su adecuación constitucional, no necesariamente al peligrosismo implícito en toda medida de coerción –que, por lo demás, le otorga su

legitimidad constitucional–, lo que exige una ponderación para equilibrar ambas finalidades.

Ahora bien, dicha reforma constitucional impone, en razón a su aplicación directa, algunos cambios necesarios a la legislación procesal penal ordinaria. La detención solo puede durar hasta un plazo máximo de cuarenta y ocho horas –no rige, el artículo 264.1 del CPP, que conforme a la norma constitucional originaria establecía un plazo de veinticuatro horas–. La detención por delitos cometidos por organizaciones criminales puede durar, regularmente, hasta quince días –no rige, el artículo 264.2 del CPP, que según la norma constitucional originaria no consideraba esos delitos como exceptuados, y por ello solo la extendía al plazo de diez días–. Luego, el apartado 2) del citado artículo queda vacío de contenido y se integra al apartado 3), que se refiere a los delitos exceptuados.

Es obvio que, más allá de los plazos máximos fijados por la ley, el plazo razonable concreto de la detención –de toda modalidad de detención– está en función del “(...) tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones (...)”, conforme al nuevo texto del artículo 2.24. f) de la Ley Fundamental.

III. VIGILANCIA ELECTRÓNICA PERSONAL

Vigilancia electrónica personal. Esta institución tiene una naturaleza múltiple, en tanto mecanismo que busca evitar el recurso último a la prisión preventiva y pena privativa de libertad, así como flexibilizar las objeciones respecto a los riesgos para la concesión de beneficios penitenciarios (art. 2 del Decreto Legislativo N° 1322, de 6-1-2017). Constituye tanto una medida de coerción procesal, cuanto un tipo de pena aplicable por conversión, y un mecanismo de monitoreo –de control para evitar el alejamiento del reo a las pautas de resocialización en libertad– para los penados que obtienen los beneficios penitenciarios de excarcelación: semilibertad y liberación condicional.

El artículo 3.1 del indicado Decreto Legislativo establece la nota característica esencial, común a los objetivos que persigue: “(...) es un mecanismo de control que tiene por finalidad monitorear el tránsito tanto de procesados como de condenados, dentro de un radio de acción y de desplazamiento, teniendo como punto de referencia el domicilio o lugar que señalen estos”. Limita, por ende, la libertad de tránsito o locomoción y restringe el derecho a la intimidad personal, pues circunscribe la

movilidad de la persona a un radio de acción determinado –incluso, por imperio del artículo 12.1 del citado Decreto Legislativo, y según la entidad del peligrosismo procesal el juez puede establecer rutas, parámetros de desplazamiento, periodos de tiempo y horarios, conforme al informe técnico de viabilidad del INPE– y vigila sus movimientos permanentemente –la intimidad se ve ciertamente restringida aunque no en un nivel muy profundo, pero es más intensa respecto a la intimidad domiciliaria, en cuya virtud la autoridad puede ingresar al domicilio fijado como base del monitoreo con fines de inspección (art. 9 c)–.

Su implementación y ejecución corresponde al Instituto Nacional Penitenciario.

Medida alternativa de coerción personal. Es, propiamente, una alternativa a la prisión preventiva. Se impone directamente como una medida de comparecencia con restricciones y, frente a un mandato efectivo de prisión preventiva, como un supuesto de variación de dicha medida al haber variado los presupuestos materiales de la misma y ser suficiente, para evitar la fuga, la medida de vigilancia electrónica personal.

Tiene dos requisitos específicos –positivo y negativo, respectivamente–. El primero, estriba en que la pena concreta a imponerse no puede ser mayor de ocho años de privación de libertad –por la naturaleza de la medida y el modelo aceptado por nuestro Código Procesal Penal que opta, para definir la prisión preventiva, por la pena concreta que puede merecer el imputado, esa es la opción que debe seguirse–. Ello determina, una vez se implemente esta medida de coerción personal, que la prisión preventiva, en cuanto al presupuesto material de gravedad del delito, solo se dictará, en principio, si en concreto la pena privativa de libertad no superará el tope de ocho años, pero debe concordarse el artículo 5 de este Decreto Legislativo con el artículo 268, literal b), del Código Procesal Penal.

El segundo requisito, de carácter negativo, consiste en que no procede en 56 tipos legales, en los supuestos de la Ley N° 30077, de crimen organizado, y en los delitos de terrorismo. Este último requisito configura la cuestionable figura, por ser de dudosa constitucional, de los **delitos inexcusables**, al margen del presupuesto material de riesgo de fuga (inherente a toda medida de coerción personal), que ha de apreciarse caso por caso en función a la persona del imputado y las circunstancias del delito y de la causa. A ello se agrega tres circunstancias, referidas a la actitud del imputado ante el delito o ante el proceso: ser reincidente o habitual, de un lado, o haber sido objeto de revocatoria previa de alguna pena

alternativa a la privativa de libertad, beneficio penitenciario, reserva de fallo condenatorio o suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad o conversión de penas en ejecución de condenas, de otro lado.

La norma, además, instituye un primer nivel de prioridad –que, por cierto, no excluye a las demás personas–, de seis supuestos, para acogerse a esta modalidad alternativa a la prisión preventiva, que van desde la persona mayor de 65 años de edad, que adolezca de enfermedad grave, que tenga discapacidad física permanente, que sea gestante, que sea mujer con hijos menores de tres años de edad y que sea cabeza de familia con hijos o cónyuges con discapacidad permanente.

Procedimiento. Se inicia con una solicitud escrita y motivada. El imputado debe anexar la información que la justifica, en especial, documentos que acrediten el domicilio o lugar señalado para el cumplimiento de la medida; documentos que acrediten las condiciones de vida personal, laboral, familiar o social; antecedentes judiciales y penales; y, de ser el caso, documentos que acrediten estar inmerso en una de las prioridades legalmente previstas. Además, debe aceptar expresamente la sumisión a las exigencias que conlleva y el pago del servicio respectivo.

Se resuelve previa audiencia, según los cánones del artículo 8 del CPP. El decreto de fecha de la audiencia está condicionado a que se adjunte el informe del INPE sobre la viabilidad técnica en el domicilio o lugar señalado por el solicitante –debe ser, como no puede ser de otra manera, debidamente fundado y, por cierto, a mérito de la información que proporciona y otra alternativa, no es un informe vinculante, aunque se deberá incorporar información técnica que lo refute–.

La resolución judicial que dispone la vigilancia electrónica debe fijar las reglas de conducta respectivas y, adicionalmente, las reglas de conducta de eficaz ejecución de la vigilancia electrónica personal, fijadas en el artículo 9 del aludido Decreto Legislativo –un total obligatorio de seis, a las que se puede incorporarse otras bajo discrecionalidad judicial–. Esta se emite oralmente o, en su caso, por escrito dentro del plazo no mayor de veinticuatro horas.

Sigue a la resolución de concesión, la diligencia de instalación del dispositivo electrónico (art. 11). El incumplimiento de las reglas de conducta, según su gravedad y circunstancias del hecho, puede implicar la amonestación y la revocación de la medida, la que es materia de una diligencia especial de desinstalación del dispositivo electrónico.

Aun cuando el decreto legislativo no mencione nada sobre el recurso de apelación, este desde luego es procedente en todos los casos por imperio de los artículos 257 del CPP y 416.1 d) del citado Código.

IV. CAMBIOS RELEVANTES

Operativo de revelación del delito. El nuevo artículo 68-A del CPP introduce por vez primera esta institución en el ordenamiento, aunque se trata más bien de regular normativamente una práctica o técnica seguida por la Fiscalía y la Policía. Lo primero que es de relieves es lo erróneo de la denominación. El vocablo “operativo” es un **adjetivo** y, por tanto, sinónimo de activo, agente, operante o ejecutante. Se trata más bien de la denominación “operación” que es un **sustantivo**, que en pureza se refiere a una técnica especial de investigación, delimitada a una actuación secreta, especializada e interinstitucional de carácter compleja. Esta técnica de investigación, empero, se ha consignado en el Capítulo II del Título I referido a la Policía, y no –como debe ser– en el Título IV de “Actos Especiales de Investigación”, conjuntamente con la entrega vigilada, los agentes encubiertos y especiales, y las operaciones encubiertas.

La revelación del delito es un acto especial de investigación que, en cuanto a su oportunidad, puede desarrollarse antes, en el mismo momento o después –para su esclarecimiento– de la comisión de un delito. En orden a los sujetos que pueden intervenir, se requiere como mínimo a la Fiscalía y la Policía, sin perjuicio de la asistencia y participación de otras entidades (por ejemplo, UIF-Perú, SUNAT, CGR, DIGESA, etc.). La finalidad u objeto de esta operación es la de identificar a los intervinientes en el delito y, en su caso, detenerlos (cuando ya se conozca su identidad y ubicación). Una exigencia formal es la perennización de la diligencia a través de un medio idóneo (filmación, básicamente), sin perjuicio de que se levante el acta respectiva, conforme al artículo 120.1 del CPP.

Desde la mera legalidad no es del oponente nada a esa norma, más allá de su ubicación formal en el Código. Es de resaltar positivamente la filmación de la diligencia, pues la actuación gana en objetividad y, por ende, por la seguridad del medio de protocolización tiene el carácter de prueba preconstituída, sujeta formalmente a la corrección de la filmación y del acta que se levante al efecto.

Es una técnica de investigación, las más de las veces, que se realiza luego de una paciente labor de inteligencia, de observación, vigilancia y seguimiento (las conocidas como OVISE: observación, vigilancia y

seguimiento). Permite, finalmente, identificar con mayor seguridad a delincuentes tras su captura, detectar sus vinculaciones con otras personas y advertir lo que vienen realizando, y, en el momento de la actuación, lograr decomisos e incautaciones, así como asegurar pruebas documentales y físicas, así como vestigios materiales.

También regula las incursiones fiscal-policiales en los supuestos de interdicción de drogas o de contrabando.

Todo ello no obsta, empero, que la captura de delincuentes, si no media autorización judicial, solo será posible en flagrancia delictiva, cuya concreción ha sido extendida al máximo en el artículo 259 del CPP, según la Ley N° 29569, del 25/08/2010, con la finalidad de facilitar la captura efectiva del sospechoso.

Prueba anticipada. La prueba anticipada y la prueba preconstituida son dos excepciones a la prueba en sentido estricto: la prueba plenaria, que se fundan en los presupuestos; i) de irrepetibilidad o indisponibilidad y ii) de urgencia; la primera recae en la prueba personal (declaraciones, examen al perito, careos, reconocimientos, reconstrucciones o inspecciones), y la otra en las otras pruebas –que adquieren el carácter de documental pública u oficial–. Los supuestos de prueba anticipada están regulados en el artículo 242 del CPP (la norma originaria tiene como fuente el CPP Italiano).

El criterio-base para su procedencia, que la legitima constitucionalmente, es: i) enfermedad u otro grave impedimento, y ii) exposición a violencia, amenaza, promesa de dinero o de otra índole para que declaren falsamente. Se exceptúa de esta regla, según la primera gran reforma de esa disposición, aprobada por la Ley N° 30364, del 23/11/2005, en los casos de vulnerabilidad –expresión de su justificación constitucional– vinculada a niños y adolescentes, y por dos grupos delitos: contra la libertad e indemnidad sexuales, y contra la libertad.

El Decreto Legislativo N° 1307, del 30/12/2016, amplía esta institución a las declaraciones, testificales y los exámenes al perito en los casos de criminalidad organizada (Ley N° 30077, del 20/08/2013) y delitos contra la Administración Pública (concusión, peculado y corrupción de funcionarios, en todas sus modalidades).

La segunda reforma del citado artículo 242 del CPP no es razonable si se interpreta aisladamente y al margen del fundamento de la institución (interpretación teleológica y conforme a la Constitución). Si el

fundamento objetivo y razonable de la excepción a la prueba plenarial –la verdadera prueba– es la indisponibilidad y la urgencia, y en caso de prueba personal es el peligro a la integridad del órgano de prueba, en esos casos es indispensable, para su viabilidad, que existan esos riesgos.

No es que ese medio de prueba solo se actúe anticipadamente, al margen del régimen del juicio oral, con presencia del juez y siguiendo las reglas de contradicción, intermediación y oralidad –pero que no es el juez del juicio, con exclusión del principio de intermediación de la prueba–. Lo esencial es que el medio de prueba aparezca integrado en una línea secuencial de actuaciones, y a partir de lo actuado instar su ejecución para un aporte de información de calidad –es el principio de eficacia de la serie procedimental, desarrollado por Alvarado Velloso–. Esa línea de actuaciones puede romperse o alterarse por razones muy justificadas, por lo que la autorización reside en este caso en la indisponibilidad de la prueba, no en la naturaleza del delito o en su complejidad investigativa.

Sistema especializado en delitos de corrupción de funcionarios. Los delitos asociados a la corrupción –en puridad, desde una perspectiva amplia, que es el signo del Derecho Internacional Penal, aquellos a los que se refieren la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción–, son los ilícitos penales que se circunscriben no solo a los delitos contra la Administración Pública indicados en el Capítulo II del Título XVIII del Libro Segundo, de nuestro Código Penal, sino también al delito de lavado de activos derivado de los anteriores, y demás delitos conexos a ellos–, fue un tema delegado por el Congreso al Gobierno.

En esa perspectiva, el Decreto Legislativo N° 1307, del 30/12/2016, creó en su Cuarta Disposición Complementaria Final el indicado **sistema**. Norma que encargó su implementación al presidente del Poder Judicial, al fiscal de la Nación, al Director General de la Policía Nacional y al ministro de Justicia, quienes designarán los órganos competentes. Obviamente, la amplitud del texto, muy censurable por cierto, por referirse a normas de organización y funciones, debía tener rango de ley, no de ordenanza.

Esa omisión se corrigió por el Decreto Legislativo N° 1342, del 07/01/2017 (ocho días después). La Quinta Disposición Complementaria Final modificó la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30077, Ley Contra el Crimen Organizado, que como se sabe reconoció a través de una norma con rango de ley, lo que antes había sido una creación del órgano de gobierno del Poder Judicial dictada al amparo de

la LOPJ y del artículo 24 del CPP, la competencia objetiva de la Sala Penal Nacional como un subsistema especializado del orden jurisdiccional penal.

La modificación incorporó dos párrafos en dicha Disposición Complementaria Final. Allí concibió el Sistema –que por error denominó “Sistema Nacional Anticorrupción”– compuesto por dos niveles: un grupo de órganos judiciales con competencia nacional, y otro con competencia en el ámbito geográfico de su Distrito Judicial.

1. La **competencia nacional** se circunscribe a los delitos fijados en el artículo 3, numeral 18, de la Ley N° 30077. La redacción tiene alguna diferencia con la de los delitos de criminalidad organizada del párrafo primero. Requiere para tal fin: 1) Que el delito se cometa en el marco de una organización criminal. 2) Que dicho delito, por sus efectos, tengan repercusión nacional o internacional. 3) Que la persecución de ese delito dé lugar a un proceso complejo (para su definición, véase el art. 342.3 del CPP). Se trataría, en razón a la excepcionalidad de esa competencia y de la gravedad de los hechos objeto de conocimiento judicial, de la exigencia de un requisito necesario y presente en toda circunstancia: **organización criminal**; y, sobre ese presupuesto material, de la concurrencia de uno de los dos presupuestos adicionales reconocidos: **repercusión nacional o internacional**, de un lado, o **proceso complejo**, de otro lado).
2. La **competencia distrital** se circunscribe a los delitos de concusión, exacción ilegal, colusión, cohecho pasivo propio, cohecho pasivo impropio, cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico, negociación incompatible, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito; siempre que no se presenten los presupuestos de conocimiento de la Sala Nacional Especializada en Delitos de Corrupción.

Se trata, en suma, de un subsistema judicial propio con dos lógicas de atribución de competencias, pero una misma línea de configuración institucionalizada bajo una coordinación única.

A esta reforma, de derecho orgánico procesal, ha seguido, en otras normas, pautas específicas en materia de derecho funcional procesal, incorporadas en el Decreto Legislativo N° 1307, del 30/12/2016. En efecto, en materia de delitos de corrupción, se permite expresamente: 1. La preconstitución probatoria respecto de los testimonios y exámenes a los peritos. 2. La designación, por el fiscal, de agentes especiales, a los

funcionarios y servidores públicos, en las investigaciones por delito de corrupción de funcionarios (arts. 382 al 401 del CP), quienes también pueden intervenir en la operación de revelación de delitos.

La especialización judicial en ámbitos sustancialmente complejos y con particularidades de expresión criminal, muy dinámicas por cierto, requiere de órganos judiciales propios con jueces y personal auxiliar y técnico (asesores económicos) especialmente preparados en materias complejas tanto desde el ámbito del derecho presupuestario y del derecho mercantil, bancario y financiero, como de materias contables, de finanzas y de comercio exterior. Además, si esos órganos se articulan a través de un sistema, bajo una coordinación única, permitirá un trabajo concertado y el diseño de mejores prácticas y de reformas institucionales para un correcto entendimiento del fenómeno de la corrupción.

No cabe oponerse, en modo alguno, a este modelo especializado de justicia penal.

V. EL PROCESO DE EXTRADICIÓN

Modificación destacada. El Decreto Legislativo N° 1281, del 29/12/2016, modificó, incorporó y reestructuró el régimen procesal de la extradición.

Es de destacar dos modificaciones: 1) El delito extraditable es aquel que tiene conminada pena privativa de libertad igual o mayor a dos años –antes era de solo un año–. 2) En todos los casos, la demanda de extradición debe contener la prueba necesaria que establezca indicios suficientes de la comisión del delito y de la participación del reclamado –antes, se indicaba que la exigencia de prueba solo procedía si el tratado o la ley interna del Estado lo exigía en extradición pasiva–.

Este último requisito es ilegítimo. Existen dos modelos de tratados de extradición: cumplimiento de formas –que cada vez se abre paso en el Derecho Internacional– y el de exigencia de indicios de criminalidad; luego, el Tratado es el que define esta situación –de mayor significado que el derecho interno–, no la ley interna. La opción por la inaplicación de esa norma, según el Tratado en cuestión, es fundamental.

Extradición pasiva. En esta modalidad del proceso de extradición se alteró por completo el procedimiento preestablecido. Ahora la intervención del juez es de mero control de la detención y de posibilidad de acogimiento a la extradición simplificada. En los demás casos, se eleva el

proceso a la Sala Penal de la Corte Suprema, que realiza la audiencia de extradición, incluso con la posibilidad de actuación probatoria, así como con la obligación de que en ese acto, al finalizar la misma, se dicte oralmente la resolución consultiva.

La Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema mediante Acuerdo General, de 20 de abril, inaplicó dicha norma por vulnerar el derecho a la motivación escrita de las resoluciones judiciales y obstaculizar irrazonablemente la necesidad de una resolución fundada en derecho, pues en materias complejas, que incluso exigen una valoración por otra sede jurisdiccional y/o administrativa, se requiere el suficiente espacio de reflexión y valoración concreta de las actuaciones de la audiencia, lo que demanda una deliberación secreta pausada y una votación ponderada, además de una resolución escrita.

Un punto criticable es que a un órgano supremo se encarga una lógica instancial, que muy bien puede ser cumplida por el juez penal. La actuación de pruebas no es una tarea, en principio, que deba ser encargada a la Corte Suprema.

Por último, una modificación positiva es la **entrega temporal** (art. 523-B del CPP). Pero, antes se permite la entrega incondicionada si el reclamado está siendo procesado o cumpliendo una condena en Perú por un delito distinto cometido después del pedido de extradición por otro delito extraditable, siempre que el delito seguido en nuestro país sea sancionable con una pena menor. En cambio, si el reclamado purga condena, puede ser entregado al Estado requirente para su procesamiento en otro país, luego de lo cual será devuelto al Perú.

Seguridad jurídica, proceso penal y corrupción en el Perú

I. LA CORRUPCIÓN

Uno de los más graves problemas que presentan los países occidentales y, en especial, América Latina, es la lógica de las relaciones que fluyen entre las exigencias del Estado Constitucional, la seguridad jurídica, el control de los delitos de mayor incidencia social –producto, muchas veces, de serios problemas estructurales aún no resueltos y las demandas colectivas de seguridad–, en especial la corrupción, y la eficacia del proceso jurisdiccional penal.

Asumir esta realidad y plantear, con racionalidad, determinadas políticas públicas requiere tener presente, no solo la idea de límites propia de la democracia, sino asumir algunos ejes claves que evitarán alternativas autoritarias o puramente simbólicas. Desde la perspectiva del control del delito y el papel de la jurisdicción, como sustrato del Poder Judicial, es importante reconocer sus notas características fundamentales, su rol institucional y social, y saber mantener aquellas garantías insustituibles que, sin mengua de la eficacia, puedan consolidar –en este escenario de grandes cambios y desconcierto– un marco de definición de conflictos en el que el derecho se superponga a la política –a los intereses coyunturales de determinados sectores de la población y de la “clase” política–.

Lo primero y más importante, que es la base del presente análisis, son los valores jurídicos que “pesan” en el ordenamiento jurídico, en el derecho y, por tanto, predefinen la legitimidad de las actuaciones de los poderes públicos y se erigen en pautas inexorables de la producción jurídica de los jueces, del Poder Judicial.

Es particularmente relevante afirmar los valores del derecho y del papel de la jurisdicción, pues la máxima tensión y conflictividad institucional se presentan cuando se trata de controlar las ilicitudes del Poder Ejecutivo –del Gobierno– en especial, ámbito en el que, por sus propias competencias, el Poder Judicial ocupa un rol definitorio.

¿Existe, acaso, un papel más significativo que sancionar las ilicitudes, en tanto un aspecto relevante de la actuación de la jurisdicción? Ello supone poner en fuerte examen la posición política del Poder Judicial y del Ministerio Público, su nivel de fortaleza institucional y, por cierto, su propia autonomía y la independencia de los jueces y fiscales.

A partir de lo expuesto, cabe ubicar con sumo rigor el rol de la seguridad jurídica, del propio Estado constitucional, así como la consideración internacional de la corrupción gubernativa y, a partir de este enfoque, analizar algunas instituciones procesales que pueden ser un punto de apoyo a la reforma jurídica de la persecución penal de la corrupción.

La corrupción adquiere, desde hace algún tiempo, dimensiones inusitadas. Constituye un crimen internacional y es fuente de preocupación mundial por estar presente en todos los países. El Director de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen (UNODC), Yuri Fedotov, informó en julio de 2012, que el crimen organizado –del que la corrupción es parte esencial– mueve 870.000 millones de dólares americanos, el 3,6 por 100 del Producto Bruto Interno Internacional. Los negocios criminales y sus ganancias constituyen una de las veinte economías principales del mundo, y su presencia es un gran impedimento para los Objetivos del Milenio de 2015, en lo que concierne a la mejora de la salud y a la reducción de la pobreza entre los más pobres.

En este mismo sentido, la Alta Comisionada de la Organización de las Naciones Unidas para los DDHH, Navi Pillay, a la par que: i) afirmó que la corrupción es un enorme obstáculo para el goce de todos los derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, así como el derecho al desarrollo, ya que viola el principio fundamental de transparencia y rendición de cuentas; ii) informó que la cantidad de dinero robado cada año por la corrupción es ochenta veces más de lo que hace falta para alimentar a la gente que pasa hambre en el mundo; que los sobornos encarecen hasta en un 40 por 100 el costo total de los proyectos para abastecer de agua potable y saneamiento a la población mundial; que entre el 2000 y 2009 los países en desarrollo perdieron 8,44

billones de dólares en los flujos financieros ilícitos, diez veces más que la ayuda extranjera que reciben.

El Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, Ban Ki Moon, con motivo del Día Internacional contra la Corrupción (9 de diciembre de 2012), recordó que la corrupción provoca desigualdades flagrantes, socava los derechos humanos y distorsiona los mercados.

En Perú existen trabajos muy serios que dan cuenta de la lesividad de la corrupción. El más sólido, el del profesor Alfonso Quiroz (2013), quien afirma que los niveles de corrupción en la historia del Perú han sido estructural y consistentemente altos, pese a las variaciones cíclicas. Los ciclos de la corrupción, sin contar el periodo colonial tardío, presentan en el periodo republicano, de 1820 a 2000, tendencias expansivas entre moderadas y muy altas –en el que los picos más altos coinciden con regímenes autoritarios–. El promedio anual de dinero “desviado” o mal asignado equivaldría al 30 o 40 por 100 de los gastos del Presupuesto, algo cercano al 3 o 4 por 100 del PBI en nuestra historia republicana. Así, si se considera que para alcanzar un crecimiento autosostenido se requiere de una tasa de crecimiento media anual del PBI de entre 5 y 6 por 100 en el largo plazo, debido a la corrupción sistemática y descontrolada, el Perú perdió o distribuyó mal el equivalente de aproximadamente el 40 al 50 por 100 de sus posibilidades de desarrollo.

La corrupción, en tanto modo de cometer delitos, como un delito de delitos, de un lado afecta de algún modo, en la mayoría de los casos, la debida utilización de los recursos sociales de una nación –crimen de Estado–, y de la comunidad internacional, que permite su desvío con fines privados y, por otro lado, lesiona los principios esenciales que informan la Administración Pública: objetividad en aras de los intereses generales, sometimiento a la Ley y al derecho, actuación imparcial e interdicción de la arbitrariedad.

Los delitos asociados a la corrupción producen no solo un daño a la “generalidad” en el servicio público y la causa pública, sino también, como efecto derivado de la conducta ilícita; en primer lugar, causan un daño social, en tanto pérdida de la confianza de los ciudadanos respecto a las posibilidades de disfrute de sus derechos (Asua, 2007), y en segundo lugar, socavan y minan la legitimidad del gobierno y de los valores democráticos, en especial de confiabilidad y tolerancia.

Lo expuesto confiere al bien jurídico tutelado un carácter supraindividual. El agente, oficial o privado, según el caso, pero mayormente el

primero, quebranta una institución positiva: sea la institución justicia, la Administración Pública, la institución internacional o la institución empresarial. Pero no solo eso. Estos delitos, desde la perspectiva material, se califican como delitos de infracción de deber. El sujeto activo debe proteger esos deberes positivos, especialmente contra ciertos riesgos; deberes que se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas de la sociedad –el Estado es garante (competencia institucional) cuando se trata de ciertos deberes irrenunciables en un Estado social y democrático de derecho–.

Por ello, destacan dos consecuencias dogmáticas y político-criminales, que desde ya son del caso resaltar: i) la lesión del bien jurídico antes referido –la corrección de las funciones públicas o privadas, de acuerdo con los principios del Estado de derecho y de las reglas legalmente previstas de la actividad empresarial– es lo que da lugar, centrándonos por ahora en un ámbito preciso, a los delitos de funcionarios, por lo que posibles lesiones de otros bienes jurídicos distintos suponen, en su caso, el concurso de nuevos delitos, no la agravación del delito de funcionario que es absolutamente independiente, y ii) la infracción de deber, en todos estos delitos, fundamenta a la pena y no solo la eleva –resulta inaplicable aquella doctrina que clasifica los delitos especiales en positiva estatal de fomento y ayuda a un determinado bien jurídico– (Sánchez-Vera, 2003).

Es debido a la trascendencia y envergadura de la institución positiva dañada, como enfatiza este último autor, que estos delitos tienen una gran repercusión pública y conmueven grandemente a la conciencia social.

La corrupción constituye un comportamiento delictivo, complejo y expansivo, que ocasiona múltiples efectos lesivos. En el concierto internacional se han destacado cuatro gravísimos efectos, de suerte que se le considera un fenómeno de ámbito, contenido e implicaciones internacionales (Rose-Ackerman, 2001):

1. Obstaculiza el desarrollo social y económico y aumenta la pobreza, al desviar la inversión nacional y extranjera de donde es más necesaria. Asimismo, pervierte la ayuda humanitaria, incrementa el coste de los negocios y actividades empresariales –sobre todo las transacciones internacionales, tanto comerciales, como financieras o tecnológicas–, y debilita la seguridad alimentaria. Provoca la evasión de capitales y da lugar a incentivos perversos,

que fomentan la búsqueda de rentas más que las actividades productivas, en un juego de suma negativa (Argandoña, 2006).

2. Debilita los sistemas de educación y salud, con lo que priva a las personas de los elementos básicos de una vida decente. En la Administración Pública, ocasiona una ineficiente provisión de servicios y erosiona la capacidad institucional del gobierno.
3. Socava la democracia al distorsionar los procesos electorales y minar las instituciones gubernamentales, lo que puede conducir la inestabilidad política. Niega el derecho a la participación democrática. Socava el buen gobierno.
4. Exacerba la desigualdad y la injusticia al pervertir al Estado de derecho y castigar a las víctimas del delito mediante fallos corruptos. Niega el derecho a la igualdad frente a la Ley y a las garantías judiciales; pone en entredicho el imperio de la Ley.

La corrupción, en cuanto crimen internacional, tiene una regulación definida sobre la base de convenios internacionales, donde el más relevante, por su dimensión mundial, es la Convención de Naciones Unidas contra Corrupción, aprobada el 31 de octubre de 2003, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que entró en vigor el 14 de diciembre de 2005 (ha sido ratificada por más de las terceras partes de los 192 Estados Miembros de las Naciones Unidas), sugerida en el X Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, párrs. 153 y 160 (Viena, 10 al 17 de abril de 2000). Eficiente antecedente y claro complemento es, sin duda, visto el nexo entre corrupción y delincuencia organizada, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, con vigencia a partir del 29 de setiembre de 2003.

A nivel regional se cuenta, por lo menos, con tres instrumentos importantísimos.

1. La Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la OEA el 29 de marzo de 1996.
2. El Convenio de Derecho Penal sobre la Corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de enero de 1999.
3. La Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, aprobada el 12 de julio de 2003.

II. LA SEGURIDAD JURÍDICA

Corresponde partir del consenso existente respecto de la posición de la justicia penal frente a la corrupción. Es importante: i) la transparencia, la independencia, la integridad de las investigaciones y la actuación efectiva de la justicia penal. Sin ella, la necesaria aplicación de políticas relativas a la ejecución coercitiva de la Ley no tendrían efectos prácticos.

Además, es vital, a los efectos de la contención de la corrupción: ii) reconocer como una medida atinada poner más en relieve la noción del riesgo de la corrupción para el delincuente, mediante investigaciones y procesos de justicia penal eficaces e independientes, que también incidan en la recuperación de los bienes, del producto de la corrupción, tal como se menciona en los párrs. 154, 155, 157 y 158, del informe del Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Naciones Unidas, 2000).

Actualmente, se aceptan dos lineamientos claves para dificultar la corrupción:

1. Si a nivel institucional y en la justicia penal se tiene una posición firme y atenta respecto de los distintos tipos de corrupción, ella tendrá tendencia a disminuir y, a la inversa, si se da el caso contrario.
3. La represión tiene sus límites, vista la expansión de la corrupción en el tejido social-institucional. Por tanto, la política de prevención es básica y, dentro de ella, amén de promover la transparencia y la rendición de cuentas, lo que urge es instaurar programas educativos integrales, educación en valores, así como promover recompensas sociales a las buenas prácticas gubernamentales.

Existe, sin duda, un marco más amplio, que hace posible la presencia acentuada de la corrupción. Es pertinente sostener que las condiciones de la expansión de la corrupción están focalizadas en las características y modo de funcionamiento de las instituciones. En Perú, según lo expuesto, podría explicarse como consecuencia de un presidencialismo sin controles, patrimonialista, y la existencia de una lógica rentista en el Estado, en cuya virtud la riqueza no se crea, sino que se obtiene por medio del acceso a las rentas que controla el Estado; problema que se exacerba en épocas de bonanza económica.

Ahora bien, el marco para su combate efectivo, en el que puedan aplicarse diversas estrategias, requiere de más controles y contrapesos,

más vigilancia ciudadana, instituciones más fuertes. Esta es la razón por la cual la corrupción disminuye en contextos democráticos (Tanaka, 2013). No cabe duda de que para el correcto funcionamiento de las políticas preventivas, resulta indispensable la libertad de prensa y la existencia de una democracia efectiva.

Una condición necesaria para abordar adecuadamente las tareas más efectivas en la persecución procesal de la corrupción, y que están en la base del ordenamiento jurídico internacional es, políticamente, la noción de Estado Constitucional. Enseña Peces Barba (2004), que el Estado Constitucional se basa en la soberanía nacional, en el imperio de la Ley –la Ley como garantía de la libertad–, y en el respeto y promoción de los derechos fundamentales, que son producto de la libertad, en su dimensión moral, política y jurídica, y cuya raíz se encuentra no solo en la libertad como valor superior, sino también en otros valores de la misma entidad: seguridad jurídica, igualdad y solidaridad.

La libertad se expresa en tres modalidades de aplicaciones, que dan lugar a tres líneas de derechos: i) la libertad protectora –en lo que se refiere a aquellos espacios que aporta a la seguridad jurídica, tales como las garantías penales y las garantías procesales–; ii) la libertad promocional –relacionada con los derechos económicos, sociales y culturales, pero también a los más tradicionales, vinculados a las garantías procesales, como el derecho a la asistencia letrada–, y iii) la libertad de participación –derechos políticos y de asociación política, con el reconocimiento constitucional de los partidos, entre otros–.

La seguridad jurídica, por su parte, supone la creación de un ámbito de certeza, de saber a qué atenerse, de previsibilidad. Sus condiciones son: 1) que las normas jurídicas sean claras; 2) que las normas jurídicas sean conocidas –publicidad–; 3) que el Estado cumpla con sus propias normas y las haga cumplir –principio de legalidad–. Seguridad jurídica es sinónimo de claridad, transparencia y legalidad en la actuación de las instituciones estatales (Moreno y Vilajosana, 2004).

En relación con el poder, es emanación de la seguridad el derecho a la jurisdicción, que garantiza al individuo la certeza de la presencia de un operador jurídico competente para defenderle, protegerle y tutelarle, sin que existan lagunas formales. La seguridad prevé los cauces o reglas de procedimiento necesarios para que las normas jurídicas sean válida y para que las actuaciones de los operadores jurídicos se sujeten a un procedimiento preestablecido –Estado de derecho–. Es aquí donde surgen las

garantías procesales y garantías penales, como el principal derecho vinculado a la seguridad.

En relación con el derecho mismo, la seguridad está destinada a obtener certeza, para saber a qué atenerse, para evitar la arbitrariedad. Por ejemplo, en el ámbito judicial –del juez–, bajo el reconocimiento de su autonomía y de su pape creador de normas en el seno del sistema jurídico, el valor seguridad jurídica exige el establecimiento de criterios generales y previos de interpretación, que impidan la arbitrariedad y generen conclusiones homogéneas (por ejemplo, prohibición de la analogía en las leyes penales, interpretación restrictiva de las normas limitadoras de derechos).

De esta forma, la seguridad jurídica, primero, es un valor adjetivo, con relación a los valores de igualdad, libertad y solidaridad, que garantiza a todos los individuos –de ahí su carácter igualitario– el goce de las libertades reconocidas por el derecho; segundo, que todos esos valores son los principales componentes de la justicia (Atienza, 2003), y tercero, que la seguridad es una condición necesaria de la justicia, pero insuficiente. Para que el sistema jurídico sea justo, se requiere que, además, el contenido de sus normas no contradiga, en general, los preceptos de la moral crítica; esto es, el conjunto de principios y valores esclarecidos, aquellos que resultan a partir de un proceso de justificación racional.

Los derechos fundamentales constituyen un subsistema que realiza dos funciones principales: de formulación de los criterios formales y materiales, que los restantes subsistemas y normas deben realizar, y de atribución a los sujetos del derecho de derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades.

Desde la perspectiva de la seguridad jurídica, en su relación con la justicia y las exigencias del derecho internacional, es de reflexionar acerca de dos instituciones que contempla la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: la inmunidad de determinados altos cargos, y el procedimiento para decomisar el producto del delito. Examinar estas instituciones apunta al efectivo cumplimiento de las exigencia de la Uncac [*United Nations Convention Against Corruption*], cuya carencia importante es la ausencia de mecanismos de sanción a los Estados parte, que no cumplen con aquello a lo que se comprometieron al ratificarla, que se relaciona, además, con la ausencia de mecanismos de monitorización y seguimiento, en los que participen representantes de la sociedad civil, empresas, sindicatos, etcétera (Argandoña, 2006).

III. LA INMUNIDAD Y EL DECOMISO

1. La inmunidad

El artículo 30, numeral 2 de la Uncac preceptúa que el Estado Parte adoptará “un equilibrio apropiado entre cualesquiera inmunidades o prerrogativas jurisdiccionales, otorgadas a sus funcionarios públicos para el cumplimiento de sus funciones y la posibilidad, de ser preciso, de proceder efectivamente a la investigación, el enjuiciamiento y el fallo de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”.

Nuestro ordenamiento jurídico –constitucional y legal– se asimila al “sistema judicial especial”. En materia de delitos de función, de delitos cometidos en el ejercicio de las funciones oficiales, la Constitución prevé el “antejuicio penal” o la “acusación constitucional” (arts. 99 y 100 de la Const.). La persecución penal de nueve altos cargos del Estado requiere de la autorización del Congreso. La denominada “resolución acusatoria de contenido penal” del Congreso, se erige procesalmente en un requisito o condición de procedibilidad. Ha sido calificada por el Tribunal Constitucional como “una prerrogativa funcional” (STC Exp. N° 6-2003-AI/TC, del 1 de diciembre de 2003). Su incumplimiento por la jurisdicción penal ordinaria vulnera el derecho al procedimiento preestablecido (STC Exp. N° 1011-200/PHC-TC, del 10 de noviembre de 2000).

Tres son las notas constitutivas de la acusación constitucional:

1. En el ámbito subjetivo, constituye una prerrogativa del cargo. Su rasgo característico es que tiene un carácter institucional supra individual, irrenunciable para el alto funcionario implicado (Tiedemann, 2003). Bajo el sistema de *numerus clausus* el artículo 99 de la Constitución delimita los cargo: Presidente de la República, congresistas, ministros, magistrados del Tribunal Constitucional, consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura, jueces supremos, fiscales supremos, defensor del pueblo y contralor general de la República –un total de 192 altos funcionarios–. La Ley ordinaria no puede extenderla a otros funcionarios.
2. En el ámbito material, la acusación constitucional se circunscribe a “todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones”. Son aquellos delitos que el alto funcionario comete en vulneración de sus deberes y funciones; son, pues, típicos delitos de infracción del deber. Son delitos, más allá del concreto tipo legal, que están vinculados al ejercicio de la función que desempeña

el alto funcionario, que importan un prevalecimiento del cargo o que su ejercicio, de una u otra forma, haya permitido su comisión.

3. En el ámbito temporal, está delimitado a los delitos funcionales que se cometan durante el ejercicio del cargo. La prerrogativa se extiende hasta cinco años después de que hayan cesado en sus funciones. Pasado ese lapso ya no es necesario el procedimiento parlamentario de acusación constitucional. La prerrogativa se extingue de pleno derecho (STC Exp. N° 30-2010/PHC-TC, del 11 de octubre de 2010). Los delitos cometidos con anterioridad al ejercicio del cargo no requieren de antejuicio –la legitimidad del Reglamento del Congreso, que opta por esa opción normativa, ha sido aprobada por el Tribunal Constitucional (STC Exp. N° 6-2003-AI/TC, de 1 de diciembre de 2003)–, y, vencido el plazo de su vigencia, el exfuncionario puede ser sometido a proceso penal sin declaración previa alguna de parte del Congreso.

El artículo 100 de la Constitución contempla la institución del aforamiento para los altos funcionarios públicos, y, además, instituye las figuras de: i) la obligatoriedad de la persecución penal, cuando así lo dispone el Congreso, y ii) de la vinculación de “los términos de la acusación del Congreso”, los cuales no pueden exceder ni ser reducidos por el Ministerio Público y el Poder Judicial.

Una primera aclaración. En sentido técnico procesal no se trata de una acusación. No obliga a la realización de un juicio, solo habilita el procesamiento y la incoación de una investigación formal. Es un acto de imputación parlamentaria, bajo reserva del Congreso –no del Ministerio Público– que, con tal, debe ser recogido por el Fiscal de la Nación –máxima autoridad del Ministerio Público peruano–, y el Juez Supremo de la Investigación Preparatoria. Es, pues, vinculante. El Congreso ordena que se investigue, por la jurisdicción penal ordinaria, a un Alto Funcionario Público (Paniagua, 1995). Ese es el sentido de la STC Exp. N° 1230-2002/PHC-TC, del 20 de junio de 2002], acogido por el artículo 450, numerales 2 y 3, del Código Procesal Penal.

La etapa de investigación preparatoria, está a cargo del Fiscal Supremo que designe el fiscal de la Nación y del Juez Supremo de la Investigación Preparatoria, que será el Juez Supremo que designe la Sala Penal de la Corte Suprema. El enjuiciamiento se realizará por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, integrada por tres jueces supremos integrantes

de la Sala Penal. Contra la decisión de la Sala Penal Especial procede recurso de apelación, que conocerá la Sala Jurisdiccional que corresponda determinada por la LOPJ (art. 450, numeral 7, del NCPP).

Una discusión interesante se plantea respecto al sentido o alcance de la vinculación de la resolución del Congreso, respecto del auto de aprobación de la formalización de la Investigación Preparatoria. La pregunta sería: ¿Qué debe entenderse por la expresión: “No pueden exceder [el Ministerio Público y el Juez Supremo de la Investigación Preparatoria] ni reducir los términos de la acusación”? La respuesta proporcionada por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional es que esa expresión comprende el hecho y el derecho, esto último entendido como definición típica. En ese sentido, se pronuncia igualmente el artículo 450, numeral 3, del nuevo Código Procesal Penal, precisando que se “respetarán los hechos atribuidos al funcionario y la tipificación señalada en la resolución del Congreso”.

Ahora bien, no hay duda de que los hechos con relevancia jurídico-penal, con entidad para ser subsumidos en un tipo legal –fundados en una norma material a la que se asocian determinados efectos jurídicos–, en los que se funda la petición plasmada en la resolución acusatoria del Congreso, deben ser respetados en su integridad –se asume, por tanto, la “teoría de la individualización”–, así como que necesariamente debe iniciarse un proceso penal, pero ¿el “fundamento jurídico” debe entenderse incluido en la expresión “términos de la acusación”?

El “título jurídico”, en cuanto elemento esencial de la acusación congresal, se circunscribe a la relevancia punible del hecho, lo que debe diferenciarse de los “argumentos jurídicos” que los sustancia, y que pueden ser secundados o no por el juez. Por tanto, al órgano jurídico –Fiscalía y Juzgado– le compete la obligación de examinar la petición y su fundamentación fáctica desde todos los ángulos y puntos de vista jurídicos posibles y ello, con el objetivo de aplicar, en su momento, tan solo aquellas normas del ordenamiento sustantivo (penal), que hayan sido o no invocadas formalmente, sean las únicas reclamables a los hechos sustanciados de la petición (Gimeno, 2007).

Como se ha expuesto, el nuevo Código Procesal Penal asumió la posición mayoritaria en ese entonces, pero fijó varias alternativas razonables. Si, luego del procesamiento, se aprecia la posibilidad de una calificación jurídico penal: lo que cabe es la ampliación del auto de procesamiento, sin necesidad de recabar autorización parlamentaria. Igualmente, si lo que ha

de respetarse es el contenido esencial del hecho, este puede ser ampliado con la inclusión de nuevas circunstancias y, en su caso, degradado o elevado en sus aspectos cuantitativos. La incorporación de otros hechos exige la autorización del Congreso.

El artículo 30, numeral 2, de la Uncac exige que los Estados mantengan el debido equilibrio entre las inmunidades y su capacidad del proceder efectivamente a la investigación y el enjuiciamiento de los delitos de corrupción.

La Guía Técnica de la Uncac (2010) reconoce como parte esencial del derecho de “inmunidades y prerrogativas funcionales”, lo siguiente:

Primero, que el propósito de la inmunidad es proteger a los funcionarios durante el ejercicio de sus funciones contra procedimientos judiciales, como detención, reclusión y procesamiento y, en algunos países, incluso respecto de las investigaciones policiales y de determinados métodos de investigación, y, a su vez, constituye un medio necesario para salvaguardar el funcionamiento de las instituciones del Estado –lograr que el titular del cargo pueda actuar sin temor de las consecuencias legales–.

Segundo, que en vista que la inmunidad puede considerarse como la causa principal del aumento de los niveles de corrupción, ya que la investigación de casos de corrupción de alto nivel puede verse obstaculizada de enmendar sus disposiciones sobre la materia, para acortarlas puntualmente a lo imprescindible.

Tercero, que las normas sobre inmunidad deben considerarse como excepciones a la igualdad ante la Ley que es preciso justificar, bajo la premisa de que, normativamente, se parte de un concepto “funcional” de inmunidad –son propias de la función, no del funcionario–, y, como tal, solo constituyen exigencias de un control político previo a la persecución procesal. En el Perú, el Congreso investiga si existen suficientes indicios de criminalidad que justifican el procesamiento, detención y enjuiciamiento del funcionario, y de encontrar causa probable, decide la acusación.

Cuarto, que a mérito del concepto funcional de inmunidad solo deben comprenderse los actos realizados en el desempeño de las funciones y deberes oficiales, y durante el periodo en que lo ejercen. No existirá el equilibrio demandado en la Uncac si los extitulares gozan de ellas en procedimientos que se realizan cuando hayan dejado el

puesto. La Constitución peruana, no obstante y al margen de esta recomendación, extiende la protección cinco años con posterioridad al ejercicio del cargo, luego de lo cual procede libremente la persecución y ante el juez de la investigación preparatoria común, ya no ante la Corte Suprema.

Quinto, que las normas no deben dar lugar a una discreción políticamente motivada. En el Perú, el Congreso solo analiza la relevancia punitiva de un hecho vinculado al ejercicio del cargo y, además, si existe “causa probable”. Claro está, como el Congreso es un órgano político por antonomasia, la decisión negativa no causa Estado y, por ende, al finalizar la protección constitucional, la fiscalía puede incoar el procesamiento correspondiente. Al culminar el plazo de protección constitucional, la fiscalía puede incoar el procesamiento correspondiente. Al culminar el plazo de protección, la inmunidad decae de pleno derecho.

Sexto, que el procedimiento de antejuicio no impide: i) que el Fiscal de la Nación incoe diligencias preliminares para determinar si procede formular una denuncia constitucional ante el Congreso; ii) que, salvo a los congresistas, en este procedimiento preliminar se pueden adoptar medidas limitativas de derechos; iii) que las subcomisiones de investigación del Congreso pueden solicitar las medidas limitativas de derechos al Juez Supremo de la Investigación Preparatoria, salvo el caso de la detención preliminar y el arraigo (Ley N° 27399, del 13 de enero de 2001); iv) que incoado un procedimiento parlamentario de acusación constitucional y, en su caso, el preliminar del Fiscal de la Nación, se suspende la prescripción de la acción penal (art. 84 del CP) –en este último caso, sin embargo, lo que se recomienda es la suspensión del plazo mientras el funcionario está en funciones–, y v) que la inmunidad no impide enjuiciar y resolver asuntos de corrupción que involucren a otras personas –este es el caso de la legislación peruana, que además estipula que en caso de procesamientos paralelos se inste la acumulación obligatoria ante el Juez Supremo de Investigación Preparatoria (art. 451, numeral 2, del NCPP)–.

De lo expuesto, es posible concluir que en el ámbito de la inmunidad los valores del sistema jurídico nacional –a partir de la Uncac–, en orden a la eficaz persecución de la corrupción, presentan sensibles dificultades y demandan una mejora sustancial de las normas jurídicas internas,

así como superiores prácticas de los operadores jurídicos –investigadores, fiscales y jueces–.

La Constitución peruana reconoce la inmunidad –siempre de difícil anclaje respecto del valor igualdad– y, a su vez, la somete a un filtro político, en aras de proteger la libertad en el desempeño de las altas funciones públicas y evitar que:

“El proceso penal pueda ser utilizado por móviles políticos para modificar la toma de decisiones y voluntad del órgano constitucional concernido, lo que exige, por tratarse de una obstaculización, al libre acceso a la justicia y supone una restricción a la igualdad de los ciudadanos ante la Ley, una interpretación restrictiva de sus alcances” (Pérez-Cruz, 2010).

La seguridad jurídica, en línea de afianzar la justicia, exige que la legislación solo cautele al funcionario por hechos atribuidos en el ejercicio del cargo y mientras lo ejerza –lo que no se cumple en Perú–. Mientras se tramita la acusación constitucional, la Ley reconoce la posibilidad de medidas limitativas de derechos y actos de investigación urgentes, preliminares, a cargo del Fiscal de la Nación, así como no prohíbe que los copartícipes en un hecho de corrupción, por ejemplo, puedan ser investigados, procesados y enjuiciado regularmente; de modo tal que el trámite de levantamiento de la inmunidad del alto funcionario no impide la persecución procesal.

La exigencia de la igualdad procesal demanda, si se es estricto, aun cuando hasta ese extremo no ha llegado la Uncac, pensar seriamente en la supresión de la acusación constitucional y de la inmunidad –en Perú, la primera se refiere a delitos vinculados con el ejercicio del cargo oficial y, la segunda, por imperio del artículo 93 de la Constitución, se extiende a los delitos comunes perpetrados por congresistas desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, salvo delito flagrante– [STC Exp. N° 26-2006/PI-TC, del 8 de marzo de 2007]. Gómez Colomer (2013) formula cuatro razones principales:

1. Razón dogmática. Se da un exagerado desarrollo autoprotectorio y su práctica revela un claro supuesto de impunidad el favorecido por la inmunidad. Por lo demás, en el caso de los congresistas, ellos se convierten en juez y parte de sus propios actos, sin control posterior prácticamente.
2. Razón política. Falta de confianza en el Poder Judicial –el juez natural–, de quienes se encuentran en las más altas escalas de

los Poderes del Estado. El aforamiento, además, explica que no quieren para sí la misma justicia que ellos mismos han contribuido a crear y hacer practicar para el pueblo llano.

3. Razón jurídica. El aforamiento, para la Corte Suprema, la aleja de la esencia de su alta función, el núcleo central de su existencia, la formación de la jurisprudencia, lo que no se puede conseguir cuando actúa como órgano de instancia.
4. Razón pragmática. Exigir el aforamiento por la Corte Suprema y pasar antes por la barrera del Congreso, aleja a sus beneficiarios del control ciudadano, hace más difícil el control social. ¿Es suficiente razón la importancia o trascendencia social de la función desempeñada? No. En otros países no hay un solo aforamiento: como en el caso de Estados Unidos, o el listado reducidísimo de la República Federal de Alemania. Esto es así, por la fe ciega en la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico, que se expresa en la práctica cotidiana.

2. El decomiso

La comunidad internacional reconoce el grave problema que representa la delincuencia organizada y que se deben mejorar los mecanismos de lucha contra ese tipo de delincuencia y facilitar la recuperación de lo producido por ella, para lo cual es necesario el decomiso, considerado como el instrumento jurídico más importante para privar a los delincuentes de sus ganancias mal habidas. A nivel interno, el Perú tiene un proceso penal que, entre sus objetivos, asume la determinación de la responsabilidad pecuniaria –de las consecuencias jurídico-económicas del delito–. Un mecanismo procesal para asegurar esa función son las “medidas coercitivas reales penales”. Estas persiguen, como función cautelar, garantizar la efectividad de los pronunciamientos de naturaleza penal de la sentencia, los que posean un contenido patrimonial, tales como el decomiso (art. 102 del CP).

Según el citado artículo el decomiso está referido a i) los objetos de la infracción penal –bienes u objetos materiales sobre los que recayó la acción delictiva–; ii) los instrumentos con los que se ejecutó la infracción penal –objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción han servido para su ejecución–, y iii) los efectos de la infracción penal, sean estos bienes, dinero, ganancias o cualquier producto proveniente de dicha infracción, salvo que exista un proceso autónomo para ello (se

refiere al proceso de pérdida de dominio) –producto del delito, que son los bienes dimanados u obtenidos, directa o indirectamente, de la comisión de un delito–.

La Uncac insiste en una opción más llana para evitar que el delincuente se enriquezca por medios ilícitos. Estima que menos problemas causa, frente a terceros de buena fe, el decomiso basado en el valor y, de otro lado, el producto del delito puede ser el primario o el secundario. El producto primario son los bienes derivados directamente de la comisión del delito, mientras que el producto secundario son los beneficios derivados del producto primario, como el interés bancario o las sumas obtenidas como resultado de una inversión. En esos casos, el comiso debe tener el carácter de obligatorio, no facultativo.

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen (Unodc) acaba de publicar este año el *Manual de Cooperación Internacional en el Decomiso del Producto del Delito*. Los artículos 12 al 14 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el artículo 31 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción señalan las medidas respecto del decomiso de activos, cuya adopción por los Estados partes se considera necesaria para impedir que se obtengan beneficios de la delincuencia. Un aporte a estas medidas es definir e identificar algunos procedimientos.

El artículo 31 de la Uncac diferencia tres tipos de decomiso: 1) De los instrumentos del delito. 2) De los objetos del delito. 3) De los productos del delito –que los define como aquellos bienes de cualquier índole, derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito–. El Derecho Penal Internacional reconoce que el decomiso del producto del delito es la pieza central del nuevo régimen contra los delitos internacionales.

Asimismo, incorpora dos sistemas de decomiso: 1) El decomiso de los objetos y productos del delito. 2) El decomiso basado en el valor –que es una orden de pagar una suma de dinero equivalente al valor del producto del delito, en la cual las presunciones, que deben definirse legalmente como el modelo británico, juegan un papel central–, cuyo modelo es el recomendado por la Unodc. De igual manera, en el primer sistema, se insta la adopción legislativa de denominado “decomiso ampliado”, que se impone cuando los bienes delictivos no se pueden localizar o se han disipado, y puede comprender bienes sustitutivos con valor equivalente a los ilocalizables o disipados, y también la imposición de multas

bajo apercibimiento de privación de libertad en caso de incumplimiento. Un criterio más draconiano, luego de una declaración judicial de culpabilidad, es el comiso automático de todos los bienes del delincuente; no se requiere la presentación de una solicitud de decomiso basado en los bienes, y solo la parte afectada estaría obligada a presentarse en los tribunales.

El *Manual de decomiso* (Unodc, 2013) define de forma interesante y señala al decomiso, también denominado “confiscación” como la privación de bienes –entendidos como activos de todo tipo, materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos jurídicos que determinan la existencia de un título o interés respecto de esos activos– con carácter definitivo por orden judicial o de otra autoridad competente. El decomiso se realiza por medio de un procedimiento judicial o administrativo, por el que se transfiere al Estado la propiedad de ciertos fondos u otros activos –en Perú, al considerar el derecho de propiedad como un derecho fundamental, en aras del fiel cumplimiento del principio de proporcionalidad, la pérdida de un bien por razones vinculadas al producto del delito o al lavado de activos solo puede materializarse previo procedimiento judicial y por disposición de un juez, quien tiene la primera palabra al respecto–. Las personas o entidades que tenían un interés en esos fondos o activos, en el momento del decomiso, pierden, en principio, todo derecho a los fondos u otros activos decomisados [art. 2, literal g), de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional].

Para el decomiso de los instrumentos o el producto del delito, indica que en el mundo se siguen distintos procedimientos. Entre los tipos más utilizados están:

1. **El decomiso administrativo.** Es un mecanismo de decomiso de los activos utilizados en la comisión de un delito o relacionados con este, que se aplica mientras se realiza una investigación. Está autorizado por Ley y se observa, generalmente, en los controles aduaneros fronterizos. La urgencia del decomiso hace que no se requiera autorización judicial, aunque la mayoría de las jurisdicciones este tipo de decomiso puede ser impugnado.

Es un procedimiento a menudo vinculado a la legislación aduanera y a las incautaciones aduaneras. Con frecuencia, es una opción que se puede aplicar para la incautación de grandes cantidades de dinero en efectivo en la frontera, pero también es viable cuando lo justifica la naturaleza del objeto incautado (por

ejemplo, explosivos, mercancías, drogas). Las normas o las políticas quizás exijan notificar al propietario o a la persona que tenga un interés en los bienes incautados. Posteriormente, esas partes tendrán oportunidad de impugnar el decomiso mediante un proceso administrativo o judicial.

En el Perú, especialmente en los delitos fiscales y de tráfico ilícito de drogas, la incautación, como medida cautelar, se realiza por el Fiscal o la Policía, pero inmediatamente ha de recabarse la “confirmación judicial”.

2. **El decomiso basado en el valor.** Es el método de decomiso que permite al tribunal, una vez determinados los beneficios directos o indirectos que haya obtenido una persona a resultas de su conducta delictiva, imponer una sanción pecuniaria (por ejemplo, una multa, cuyo monto usualmente es un múltiplo del valor producto del delito), que se puede ejecutar respecto de cualquier bien de propiedad de esa persona.

Se refiere concretamente a bienes mal habidos. La Convención define el “producto de los delitos” y la legislación nacional pone en práctica el artículo 12, párrafo 1, literal a), al referirse concretamente al decomiso de esos bienes. Sin embargo, en ese mismo apartado se habla de “bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto”, lo que respalda la aplicación al decomiso de un criterio basado en el valor de los bienes. Ese tipo de decomiso se puede lograr en el proceso penal mediante una multa en lugar del decomiso, o mediante una solicitud separada.

3. **El decomiso sin condena.** Es el decomiso o la extinción de dominio que se lleva a cabo sin que se haya condenado al autor del delito. Se le conoce también como “decomiso *in rem*”, “decomiso objetivo” o “decomiso civil”.

Este criterio permite presentar, ante los tribunales, una solicitud fundamentada en los criterios de prueba de los procesos civiles, que a menudo son menos estrictos que los necesarios para obtener una condena penal. El Tribunal determina el valor del beneficio obtenido de resultas del delito y pronuncia una decisión que permite al Estado ejecutar el mandamiento contra esa persona.

Recuperar el producto o los instrumentos del delito es una tarea compleja. La legislación tuvo que modificar mediante el Decreto Legislativo

Nº 983, del 22 de julio de 2007, diversos artículos del Código de Procedimientos Penales, para la recuperación de los productos del delito. Así, el art. 188 del Código antes indicado, establece la devolución de objetos del delito, y dispone que los objetos delictivos no se devolverán a su dueño, si se trata de bienes intrínsecamente delictivos y exista un proceso autónomo para ello –el procedimiento de pérdida de dominio–. La modificatoria inserta el artículo 188-A, que regula el procedimiento de nulidad de transferencias, entre ellos el supuesto de que se trate de bienes sujetos a decomiso con arreglo al artículo 102 del Código Penal, que hubieran sido transferidos ilegalmente. En estos casos, se acordará la declaración de nulidad al emitirse sentencia, decisión que se adoptará sin perjuicios de la anotación preventiva y/o de otra medida cautelar que corresponda para asegurar la eficacia de la nulidad que habrá de dictarse con la sentencia. Esta norma, guarda similar criterio y procedimiento al establecido en el nuevo Código Procesal Penal (arts. 15 y ss.).

El procedimiento a seguir será:

1. El Fiscal o la parte civil, una vez identificada una transferencia de un bien sujeto a decomiso o que puede responder a la reparación civil y que se considere incurso en los supuestos del artículo 97, y cuando se trata de bienes sujetos a decomiso con arreglo al artículo 102 del Código Penal, introducirá motivadamente la pretensión anulatoria correspondiente e instará al juez que forme el cuaderno de nulidad de transferencia. En ese mismo escrito, ofrecerá la prueba pertinente.
2. El juez correrá traslado del requerimiento de nulidad, tanto al imputado cuando al adquirente y/o poseedor del bien cuestionado, para que dentro del quinto día de notificados se pronuncien acerca del petitorio de nulidad. Los emplazados, conjuntamente con su respuesta, ofrecerán la prueba que consideren conveniente.
3. El juez, absuelto el trámite o transcurrido el plazo respectivo, de ser el caso, abrirá el incidente a prueba por ocho días. Están legitimados a intervenir en la actuación probatoria las partes y quienes hayan sido emplazados como adquirente y/o poseedor del bien cuestionado.
4. Actuadas las pruebas, se dictará resolución para dar por concluido el trámite incidental. El órgano jurisdiccional sentenciador, al dictar sentencia, se pronunciará sobre la nulidad demanda.

5. El adquirente y/o poseedor del bien cuestionado está autorizado a intervenir en todas las actuaciones procesales que puedan afectar su derecho y, especialmente, en el juicio oral, en que podrá formular alegatos escritos y orales. En este último caso, intervendrá luego del tercero civil.
6. Si la transferencia se descubre luego de culminada la etapa de instrucción, se podrá instar la nulidad en ejecución de sentencia. Se seguirá, en lo pertinente, el mismo procedimiento establecido en este numeral.

La nulidad, como incidente, es la modalidad acumulada en el proceso penal para recuperar los bienes producto del delito. Pero el decomiso, al ser un incidente, es una pretensión acumulativa y en dicha condición puede recurrir a medias cautelares como la incautación de bienes, que es medida real de aseguramiento. Consistirá en su aprehensión y ocupación de bienes delictivos –efectos e instrumentos del delito–, así como objetos del mismo, siempre que exista peligro de infructuosidad; esto es, evitar su pérdida o desaparición, a fin de responder a la consecuencia accesoria de decomiso. Como es obvio, esta medida no se refiere al riesgo de insolvencia, sino solo de desaparición de bienes delictivos. El elemento de jurisdiccionalidad estricta se ve limitado, pues la Policía o el fiscal, cuando existe peligro por la demora, puede aprehender y ocupar el bien inmediatamente, sin perjuicio de que el segundo recabe inmediatamente la correspondiente resolución judicial confirmatoria; en caso contrario, las partes deben requerir al Juez la expedición de la medida.

El presupuesto material específico de la incautación, según el artículo 317 del nuevo Código Procesal Penal, estriba en el peligro que debe existir de que la libre disponibilidad de los bienes relacionados con el delito, objeto de la medida, pueda agravar o prolongar sus consecuencias o facilitar la comisión de otros delitos. Han de tenerse en cuenta, por razones de estricta proporcionalidad, los artículos 102 y 103 del Código Penal.

La ocupación del bien incautado –cuyo registro debe ser riguroso– puede variar. El artículo 318, numeral 3, del nuevo Código Procesal Penal dispone que, en este caso, el bien pueda ser devuelto al afectado, a cambio del depósito de su valor, o entregado provisionalmente al afectado. Esta entrega, desde luego, procederá si no existe peligro para los fines de aseguramiento que motivaron la adopción de la medida (Sánchez, 2010).

La medida cesará cuando se dicte sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o resoluciones equivalente –de archivo–. El cese de la medida

importa la devolución de los bienes a su titular, salvo bienes que sean intrínsecamente delictivos (por ejemplo, artefactos para falsificar documentos o preparar explosivos o drogas). El cese, en estos casos, está condicionado a que le eximputado pueda responder al pago de costas. De otro lado, al tratarse de sentencias condenatorias, la restitución no puede ser ordenada, sin previa instancia de parte, y el imputado o responsable civil deba cumplir con las responsabilidades pecuniarias declaradas.

El procedimiento de “pérdida de dominio”, es un proceso autónomo que busca extinguir el vínculo real que existe respecto a un determinado bien de naturaleza ilícita; trata de conseguir que el bien pase a dominio del Estado, por cuanto corresponden a efectos del delito. El Decreto Legislativo N° 1104 estipula que es una consecuencia jurídico-patrimonial, a través de la cual se declara la titularidad de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito a favor del Estado, por sentencia de la autoridad jurisdiccional, mediante un debido proceso. Se trata de evitar el enriquecimiento indebido con objetos directamente obtenidos por la acción criminal y se puede incoar la acción aun cuando se haya extinguido la acción penal por el delito del cual se derivan los objetos, instrumentos, efectos o ganancias, inclusive en contra de los sucesores que estén en poder de estos.

Los requisitos para su procedencia son: a) la presunción de la procedencia de ilicitud delictiva de los bienes y b) los supuesto de procedencia. La presunción de procedencia de ilicitud requiere de un juicio de probabilidad a partir de indicios y respecto de la procedencia. La norma citada precisa que se aplica cuando se trate de objetos, instrumentos, efectos o ganancias vinculados con los siguientes delitos: tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, delitos ambientales, minería ilegal y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado.

El procedimiento en cuestión no es arbitrario, pues reconoce la firmeza del título del tercero de buena fe y a título oneroso. Ello quiere decir que cuando el sistema no ha advertido registralmente que sobre el bien existen serias sospechas de su procedencia ilícita, como por ejemplo al inscribir o hacer una anotación de demanda de nulidad, no se podrían adoptar acciones vía este procedimiento su recuperación. Otro aspecto está en que la acción de pérdida de dominio prescribe a los veinte años.

Las medidas preliminares o cautelares, que pueden adoptarse para garantizar el éxito de la pena o consecuencia accesoria de decomiso, son la incautación y el embargo preventivo. Por la primera se entiende que el bien queda bajo el poder y el control del Estado, y el propietario pierde la posesión física; el propietario pierde el control del bien pero no la propiedad. Por el segundo, también denominado “bloqueo”, “inhibición”, “congelamiento” o “preservación”, el propietario puede mantener la tenencia física del bien, pero se imponen términos y condiciones específicos sobre su uso, o se le prohíbe vender, alquilar, destruir o disminuir de otro modo el valor del bien mientras la orden esté vigente.

Nuestro actual Código Procesal Penal solo tiene la primera. La segunda solo se refiere a bienes libres, no a productos del delito. Tampoco se ha contemplado, en el procedimiento de incautación y, luego, de decomiso, la inversión de la carga de la prueba respecto del origen del presunto producto del delito –que es un método diferente de la inversión de la prueba respecto de los elementos constitutivos del delito–. Presupone una declaración de culpabilidad por un delito grave –o, en su caso, para la medida cautelar respectiva, un juicio de probabilidad delictiva o sospecha grave–, en este caso, de corrupción o de lavado de activos de la corrupción (una sentencia condenatoria) y la obligatoriedad de decomisar los bienes de propiedad del condenado –es el “decomiso automático”–, si no puede explicar su origen, y si estos no guardan proporción con sus ingresos o su actividad económica. No interesa probar que los bienes derivan directa o indirectamente de un delito, la confiscación procede si no puede justificar su origen.

Es evidente que, para el éxito de los decomisos, se requiere contar con técnicas especializadas de investigación y promover la adquisición de aptitudes básicas para “seguir la pista del dinero”, incluso más allá de las fronteras nacionales. Además, es de tener suficiente capacidad de actuar con rapidez para evitar la dispersión de los activos, y de reconocer la necesidad de adoptar medidas en materia de gestión de activos.

A fin de garantizar la eficacia a nivel internacional, el Perú tiene adscrita a la Fiscalía de la Nación, a la Unidad de Cooperación Judicial y Extradiciones, oficina que se encarga de tramitar las solicitudes de cooperación internacional entre los Estados. Si bien sus facultades no permiten iniciar actuaciones legales en los tribunales nacionales y extranjeros, es la encargada de coordinarlas o suministrar a las autoridades de otras jurisdicciones directivas sobre su correcta tramitación. No tenemos una

unidad de inteligencia para las investigaciones en dicha materia, que permita hacer seguimientos altamente especializados. Solo existe la Unidad de Inteligencia Financiera, adscrita a la Superintendencia de Banca y Seguros, dedicada al lavado de activos.

En suma, un modelo más eficiente, y jurídicamente seguro, garantista y justo, parte de seguir, en lo pertinente, las directivas del derecho internacional penal, en especial de las dos grandes Convenciones de Naciones Unidas: contra la corrupción y contra la delincuencia organizada transnacional. Es más eficiente y menos violento, según entiendo, evitar que los delincuentes se enriquezcan con el dinero mal habido y seguir la ruta del dinero ilícito. Para ello, se debe fortalecer y especializar en estos ámbitos a los organismos estatales, tales como la Superintendencia de Banca y Seguros, la Unidad de Inteligencia Financiera, la Contraloría General de la República, la Superintendencia de mercado de Valores, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, el Ministerio Público –en especial, la Fiscalía de la Nación– y la Policía Financiera, así como generar una normativa sumamente estricta para garantizar una debida persecución contra los productos del delito.

Se requieren más y mejores analistas financieros, investigadores, auditores forenses, fiscales y jueces. Se necesitan mayores recursos e impulso tecnológico, unido a instituciones especializadas y dinámicas. Y, por último, se precisa de un subsistema normativo en materia de decomisos, incautaciones, órdenes de preservación, órdenes de vigilancia, entrega vigilada y operaciones encubiertas, que permitan rápidas, adecuadas y justas medidas provisionales y ejecutivas, contra los bienes delictivos en general. A final de cuentas, ello implica reconocer un presupuesto necesario: voluntad política y trabajo persistente, riguroso y planificado. ¿Es posible asumir este reto?

■ BIBLIOGRAFÍA

- ARGANDOÑA, A. *La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y su Impacto sobre las Empresas Transnacionales*, Universidad de Navarra, Madrid, 2006.
- ASUA, A. *Delitos contra la Administración Pública*, Dykinson, Bilbao, 2007.
- ATIENZA, M. *El sentido del Derecho*, 2ª edición, Arel, Barcelona, 2003.
- GARCÍA BELAUNDE, D. “¿Antejuicio, acusación constitucional, juicio político?”. En: *Revista Jurídica del Perú*, LIV, 55, 2004.

- GIMENO, V. *Derecho Procesal Civil*, T. I, Colex, Madrid, 2007.
- GÓMEZ, J. *El proceso penal constitucionalizado*, Ibáñez, Bogotá, 2013.
- MORESO, J. y VILAJOSONA, J. *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*, Viena. Fecha de consulta: 25 de mayo de 2013. En línea <<http://www.uncjin.org/Documents/congr10/1s.pdf>>, 2000.
- PANIAGUA, V. “Acusación constitucional, antejuicio o juicio político”. En: VVAA, *La Constitución de 1993*, T. II, Lima, 1995.
- PECES-BARBA, G. *Lecciones de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.
- PÉREZ-CRUZ, A. *Derecho Procesal Penal*, La Ley, Madrid, 2010.
- QUIROZ, A. *Historia de la corrupción en el Perú*, IEP, Lima, 2013.
- ROSE-ACKERMAN, S. *La corrupción y los gobiernos*, Siglo XXI, Madrid, 2001.
- SÁNCHEZ, P. *El Nuevo Proceso Penal*, Jurista Editores Lima, 2010.
- SÁNCHEZ-VERA, G. “Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal colombiano”. En: *El funcionalismo en Derecho Penal*, Libro Homenaje al profesor Günter Jakobs, Universidad Externado de Colombia - Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Bogotá, 2003.
- SAN MARTÍN, C. *Derecho Procesal Penal*, 2ª edición, Grijley, Lima, 2007.
- TANAKA, M. “Historia de la Corrupción en el Perú”, diario *La República*, sección “Opinión”, 26 de mayo, Lima, 2013.
- TIEDEMANN, K. *Constitución y Derecho Penal*, Palestra, Lima, 2003.
- UNODC, *Guía Legislativa para la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. 2ª edición, Sección de Servicios en Inglés, Publicaciones y Biblioteca, Oficina de las Naciones Unidas en Viena, Nueva York, 2012.
- 2010: *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Nueva York: Sección de Servicios en Inglés, Publicaciones y Biblioteca, Oficina de las Naciones Unidas en Viena.
- 2013: *Manual de Cooperación internacional en el Decomiso del Producto del Delito*. Nueva York: Sección de Servicios en Inglés, Publicaciones y Biblioteca, Oficina de las Naciones Unidas en Viena.

El jurado y la justicia penal.

Apuntes preliminares

Desde un punto de vista constitucional o, expuesto con mayor precisión, desde la perspectiva de los derechos de participación ciudadana en el sistema de impartición de justicia, el ser jurado –en la medida, claro está, que se consagre expresamente en la Constitución– debe calificarse como un derecho fundamental de la ciudadanía claramente relacionada con el denominado “Derecho Judicial Orgánico”. Se trata, en suma, de un derecho a la participación popular en la justicia penal, tributaria del principio de la soberanía popular y del origen democrático de todos los poderes del Estado, que por lo demás nuestra vigente Constitución consagra en el artículo 45.

Enseña Gimeno Sendra que la implantación del jurado en el proceso penal significa –desde el punto de vista subjetivo– el reconocimiento de un derecho cívico y activo que asiste a todo ciudadano de acceder al oficio del jurado en condiciones de igualdad (art. 2.2 de la Const.), en tanto que debe relacionarse con otro derecho: el de acceso a los cargos y oficios públicos en condiciones de igualdad. Concretamente, el jurado –siguiendo a Jellineck– está configurado como un derecho de participación política, cuyo antecedente es el derecho al sufragio, aunque el primero, a diferencia del segundo, es activo (*status activae civitatis*): los ciudadanos, sin acudir al instituto de la representación, pasan a desempeñar directamente una de las potestades del Estado, la cual es la jurisdiccional⁽¹⁾. Adicionalmente, instaurado el jurado es también un deber [derecho-deber como indicara Carnelutti], dado que todo ciudadano debe prestar la colaboración requerida por los órganos jurisdiccionales en el curso del

(1) GIMENO SENDRA, Vicente y otros. *Derecho Procesal Penal*. Colex, Madrid, 1996, p. 47.

proceso, de ahí que es factible contemplar medidas coercitivas para asegurar su cumplimiento⁽²⁾.

Cabe precisar que la intervención de los legos en la justicia penal no es un fenómeno moderno. La experiencia de los procesos en la antigua Grecia y en Roma es harto elocuente. En verdad, como aclara Albin Eser, en la Europa Continental el proceso penal de la Antigüedad y hasta bien entrada la Alta Edad Media, antes del absolutismo que lo erosionó, residía principalmente en manos del pueblo; su arrasamiento fue pleno en el Siglo XVIII, en que la administración de justicia pasó a practicarse para el pueblo, pero ya no por el pueblo, para luego resurgir a partir de la Revolución Francesa de 1789, y que se consolidó en Alemania hacia 1848/49⁽³⁾.

López-Muñoz y Larraz nos alcanza una definición completa y amplia del jurado. Nos dice que el tribunal del jurado es el órgano encargado de la administración de la justicia penal en los casos que por ley sean de su competencia. Está compuesto por una sección de jueces de Derecho [jueces profesionales, letrados e inamovibles] y por otra sección de jueces no profesionales, elegidos para cada caso por sorteo entre ciudadanos hábiles para ser electores y que no tengan incompatibilidad por razón de sus cargos. Los jueces no profesionales, previo juramento, deben emitir libremente su veredicto sobre la inocencia o culpabilidad del imputado, que juntamente con la sentencia que posteriormente dictará la sección de Derecho –siempre que el veredicto sea de culpabilidad– constituirá el fallo del tribunal del jurado. El presidente de la sección de Derecho lo es del tribunal y tendrá todas las facultades necesarias para conservar y restablecer el orden de las sesiones, dirigir a los jurados en el desempeño de sus funciones, instruyéndoles antes de las deliberaciones e incluso aclarándoles cualquier duda de orden técnico que pudieran tener, haciendo de forma clara y entendible el resumen de las pruebas y de los informes del fiscal y de las defensas⁽⁴⁾.

Los jurados son, pues, un conjunto de ciudadanos libres, de jueces legos en Derecho, no permanentes, que juzgan un caso para el que expresamente son convocados; y, desde sus propias valoraciones y apreciación

(2) GIMENO SENDRA, Vicente. *Constitución y proceso*. Tecnos, Madrid, 1988, p. 17.

(3) ESER, Albin. “Jueces legos en el proceso penal”. En: *Temas de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal*. Idemsa, Lima, 1998. pp. 319-321.

(4) LÓPEZ-MUÑOZ y LARRAZ, Gustavo. “La justicia penal por jurados”. En: *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. N° 1, Madrid, 1980, p.107.

de lo sucedido en el juicio, dan su veredicto de inocencia o culpabilidad. El veredicto clausura el poder del castigo estatal o lo habilita.

Debe quedar muy claro, sin embargo, que el jurado no es la única modalidad participativa de la ciudadanía en el ejercicio de la jurisdicción, aunque por cierto es –digamos– la más intensa o radical, dado que el ciudadano integra el órgano jurisdiccional y se pronuncia acabadamente en un caso concreto, de ahí que procesalmente el jurado es, ante todo, un problema de Derecho Judicial Orgánico.

Existen otras vías de acceso. Entre ellas podemos identificar, por lo menos, tres. Pero la base de todo planteamiento “participacionista” implica reconocer, como advierte Fernández Segado, que el mínimo exigible está radicado en la necesidad de que los ciudadanos tengan la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales para postular la defensa de sus derechos e intereses legítimos⁽⁵⁾. Este último derecho básico, mínimo a los efectos de fijar el estándar de protección jurídica de los ciudadanos, integra el derecho a la tutela jurisdiccional [que es un derecho complejo que se plasma de modo amplio como un derecho al proceso, de protección eminentemente procesal], uno de cuyos tres elementos es el derecho de acción, de acceso a la justicia o al proceso para interponer pretensiones al órgano jurisdiccional (vid.: art. 139.3 de la Const.), que –como dice Asencio Mellado– es el primer paso para la apertura de un proceso en el cual habrá de dictarse una resolución con las características suficientes para colmar la tutela judicial⁽⁶⁾.

Entre otros institutos jurídicos vinculados a la participación ciudadana, en el ámbito jurisdiccional, se encuentran:

1. El derecho de acción popular. El artículo 159.5 constitucional, solo hace mención a la denuncia de parte ante el fiscal. En cambio, el CPP y la propia LOMP reconocen que la denuncia es un derecho ciudadano que puede ejercerlo cualquiera del pueblo, al que se denomina precisamente “acción popular”. Otras normas, como el Código Ambiental, hacen mención a las asociaciones civiles *sin fines* de lucro otorgándoles legitimidad para interponer pretensiones ante el órgano jurisdiccional penal. Nuestro ordenamiento procesal no solo margina los derechos de participación

(5) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El sistema constitucional español*. Dykinson, Madrid, 1992, p. 789.

(6) ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 18

de la víctima en el proceso penal, sino que además es reacio a incorporar a la ciudadanía al propio litigio penal. A la víctima solo la tolera en el ámbito de la reparación civil, marginando instituciones de raigambre latinoamericana como el “querellante adhesivo” u otra más radical del “acusador privado” e inclusive la del “acusador popular” de corte hispano.

2. Los tribunales consuetudinarios. El artículo 149 constitucional prevé que las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario. Para vergüenza nuestra, pese a lo vivo de estas instituciones a lo largo del país, todavía no se ha dictado la norma respectiva. Se trata, como dice Marcial Rubio, de una norma ya debida hace mucho tiempo por el Congreso de la República⁽⁷⁾.
3. La elección de jueces. El artículo 152 constitucional, siguiendo parcialmente el modelo italiano –básicamente en el último párrafo–, consagra, de un lado, que los jueces de paz –todos– provienen de elección popular; y, de otro lado, que la ley puede establecer (el Congreso, si lo quiere, puede hacerlo) la elección de los jueces de primera instancia y determinar los mecanismos pertinentes (Ferrajoli ha considerado muy limitada la posibilidad de circunscribir la elección a los jueces de primera instancia). El gran inspirador de esta norma es, sin duda alguna, Henry Pease, aunque con antecedentes en diversas iniciativas legislativas y propuestas por juristas de la talla de Alzamora Valdez y Javier de Belaúnde. Precisa García Toma que esta opción promueve el fortalecimiento de los vínculos entre los jueces y la comunidad, refuerza el control social sobre aquellos que desempeñan responsabilidades judiciales –que inclusive sus cargos pueden ser revocados– y refuerza la acogida de los valores culturales locales en el seno de la administración de justicia⁽⁸⁾.

Pese a lo dicho, es de tener presente un riesgo cuando se trata de optar por la vía de legitimación democrática directa de los jueces, en tanto

(7) RUBIO CORREA, Marcial. *Estudios de la Constitución Política de 1993*. Tomo V, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1999, p. 222.

(8) GARCÍA TOMA, Víctor. *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*. Tomo II, Fondo Editorial Universidad de Lima, Lima, 1998, p. 435.

que ello, como enseña López Guerra, puede significar: 1) la reducción de la legitimidad de ejercicio, en tanto que la aplicación de la ley puede verse relegada en favor de las preferencias que el juez crea percibir en cada momento en el electorado o en aquellos a quienes debe su elección o puede deber su reelección, de suerte que lo que puede afectarse aquí es la independencia y la imparcialidad judiciales; 2) la elección no garantiza la calidad técnica y el conocimiento del Derecho, la dependencia del beneplácito popular y partidista puede conducir a una aplicación del Derecho excesivamente dependiente de las preferencias del momento de grupos o entidades sociales que el juez estime poderosas o influyentes en la opinión pública, en detrimento de la justicia o de la seguridad jurídica⁽⁹⁾. Tal vez la vía correctora tiene que ver con mecanismos de preselección que cuiden tanto del aspecto técnico cuando ético del candidato a juez (el denominado Plan Missouri es especialmente importante siguiendo el modelo norteamericano).

Todas estas instituciones, es bueno recalcarlo, apuntan o, mejor dicho, pueden servir para romper el aislamiento del aparato judicial, su extrañamiento de la sociedad civil, la separación enmascarada con el valor de la independencia, de los conflictos y tensiones sociales.

La experiencia histórica en torno al jurado es profundamente compleja, cuando no contradictoria [por ejemplo, en Francia el jurado rige ininterrumpidamente hace dos siglos, mientras que en España el jurado se instauró con gobiernos liberales y se eliminó bajo los gobiernos conservadores, hasta que finalmente la Constitución de 1978 lo restauró]. En nuestro país, con una experiencia de jurado casi inexistente y muy limitada, el debate, muy académico, se centró en la clásica polémica entre Mariano H. Cornejo y Manuel Vicente Villarán. Fue el Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1919, cuyo inspirador fue Mariano H. Cornejo, el que en su artículo 183 dispuso que el juicio oral y público se realizaría ante el jurado cuando se trata de crímenes y ante el Tribunal Correccional cuando se trata de delitos, aunque no se dictaron normas de desarrollo procesal y, por tanto, su vigencia fue nula.

La base del jurado, desde luego, está asentada en la tradición y evolución social, política y cultural de un pueblo; en la propia conformación y desarrollo de un país; en sus vicisitudes históricas y también en

(9) LÓPEZ GUERRA, Luis. *El Poder Judicial en el Estado constitucional*. Palestra Editores, Lima, 2001, pp. 67-68.

las exigencias democratizadoras desde la sociedad civil al propio aparato estatal. Ahí es donde –en principio– debemos hurgar para discutir acerca de su implantación y futuro desarrollo legislativo, sin necesariamente referirla aisladamente a una determinada posición ideológica: progresista o conservadora, que en todo caso oscurecería y lastraría el debate. Es de preguntarse si en el Perú la instauración del jurado resulta consustancial a la concepción que tenemos los peruanos de la democracia; sobre la respuesta que se dé, podrá trabajarse luego si es del caso descartar el jurado o trabajar las críticas que se le hacen con un espíritu de mejora y altamente constructivo.

Creo, por tanto, que –de modo previo– en materia de justicia todo pasa por el clásico problema de la teoría del Derecho, antes que constitucional, de la legitimación democrática del juez; así como también por otro problema, digamos, de **razón práctica**, vinculado a la eficacia de la justicia y a la adhesión ciudadana al sistema de justicia.

El jurado, es cierto, expresa una exigencia democratizadora históricamente condicionada, aunque –advierto– no se puede caer en un maximalismo acerca de su función transformadora en el aparato judicial. Es posible, como dice Movilla Álvarez, que el propio jurado sirva como instancia no de cambio sino de coartada ideológica para la continuación del *statu quo*, de la legitimación de un sistema injusto⁽¹⁰⁾. Lo esencialmente importante, seamos enfáticos, es que el Poder Judicial no se separe de la sociedad civil, que sea permeable a las demandas sociales y que su imparcialidad esté conectada con los principios, valores y directivas democrático-constitucionales.

Baste decir en este orden de ideas lo siguiente: en primer lugar, que como consecuencia de la lógica democrática el poder del juez emana del pueblo. En segundo lugar, que la legitimación democrática del juez es de ejercicio y no de origen, y como tal debe aplicar la ley, que es la manifestación de la voluntad popular, en condiciones de independencia e imparcialidad. En tercer lugar, en el ámbito de su función, los jueces aplican el ordenamiento jurídico en su conjunto, que ha de interpretarlo desde los mandatos constitucionales; la labor creadora del juez, como dice López Guerra, ha de producirse siempre, como es obvio, dentro del marco

(10) MOVILLA ÁLVAREZ, Claudio y ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *El Poder Judicial*. Tecnos, Madrid, 1986, p. 297.

de la ley, y no contra ella, y desde luego dentro del marco de la Constitución⁽¹¹⁾. Por tanto, como dice Gimeno Sendra, la principal fuente legitimadora de la jurisdicción es su independencia y sumisión a la ley y que, por tanto, el principio del juez lego no puede entrar en colisión con él⁽¹²⁾.

Es claro, en tanto se reconozca que la **participación popular** es un valor fundamental del ordenamiento democrático, que su concreción debe y puede hacerse sobre todo a través de la normativa que regula la organización y funcionamiento de los diferentes poderes públicos.

Ello admite desarrollos posteriores –más allá de determinadas precisiones constitucionales– y, por ende, la posible incorporación de nuevas instituciones participativas, más allá de circunscribirla al ámbito propio de la dirección política y de la actividad administrativa (Parlamento y Gobierno), al punto de extenderla a la jurisdicción. Lo importante es tener en cuenta que si el jurado se instaura en la Constitución, tal dispositivo constituiría una obligación del legislador; mientras que si no se hace en la Ley Fundamental, su instauración por ley orgánica constituirá una opción que podrá o no llevar a cabo el legislador.

El paradigma que está detrás de esta discusión, como aclara Movilla Álvarez, es no solo reconocer el origen democrático del poder y las limitaciones de la propia democracia representativa, sino advertir que no es posible aceptar la reducción del ciudadano a simple agente electoral y la democracia al solo momento electoral⁽¹³⁾. Es obvio –como acota Mirna Goransky– que no basta con que por medio del voto los ciudadanos integremos los poderes del Estado, necesitamos contribuir e influir en el ejercicio de esos poderes; necesidad que podría ser más intensa en el caso del Poder Judicial en tanto que este se encuentra más alejado de los detentadores del poder y de la participación en su ejercicio, y asimismo es el más reacio a admitir cualquier tipo de innovaciones, tanto en su estructura como en su funcionamiento⁽¹⁴⁾.

En cuanto a la fundamentación de la existencia e implementación del jurado, no es difícil hacerlo si es que se parte de las bases mismas del sistema democrático. Esta argumentación pro-jurado se sitúa, por lo menos,

(11) LÓPEZ GUERRA, Luis. Ob. cit., p. 24.

(12) GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. cit., p. 29.

(13) MOVILLA ÁLVAREZ, Claudio y ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Ob. cit., p. 286.

(14) GORANSKY, Mirna D. "Un juicio sin jurados". En: *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 107.

en cuatro niveles: 1) reconocimiento de la soberanía popular; 2) necesidad de acercar la justicia al ciudadano, que es su destinatario; 3) profundización de los principios de igualdad procesal, oralidad y publicidad, así como potenciación del principio acusatorio y de la libre valoración de la prueba; 4) atenuación del tecnicismo judicial (aportación por los jurados de las máximas de experiencia de las que puede carecer el juez técnico) y mitigación de los efectos de la burocratización y el corporativismo del Poder Judicial, etc. El primer y segundo argumento son de carácter político; el tercero es de carácter técnico-jurídico; el cuarto es sociológico.

Empero, tampoco es difícil encontrar argumentos en contra, como por ejemplo: 1) la falta de subordinación a la ley que en definitiva es lo que se aplica en el proceso; 2) la ausencia de formación jurídica de los jurados (el desconocimiento del derecho, que es la principal objeción, más aún cuando se trata de delitos complejos); 3) la tarea de esclarecer los hechos que fundamentarán la aplicación de la norma no es tan fácil como se pretende mostrar; 4) el escaso o nulo interés del ciudadano; 5) la dificultosa escisión entre hechos y derecho; y, 6) la carestía que supone su entrada en la Administración de Justicia. Estos defectos deben tomarse en cuenta, aunque muchos de estos obstáculos pueden encontrar corrección en determinada forma de jurado, el jurado mixto o escabinado.

Enrico Ferri cuestionaba al jurado por más de cinco razones, entre las que destaca que en el jurado predomina sentimiento sobre la razón, que la base de su decisión es un juicio instintivo y que los jurados no están sometidos a responsabilidad por sus votos⁽¹⁵⁾. Tomás Jofré sistematizó las objeciones latinoamericanas al jurado, haciendo mención –entre otras– a la falta de preparación de la ciudadanía, a la falta de arraigo en las costumbres nacionales y al hecho de que sus miembros son influenciables; Nelson Hungría es muy duro en sus objeciones, que van por esa línea (1962), resaltando Iragorri Diez la complejidad del Derecho penal y la intervención de una serie de disciplinas causal explicativas del delito y otras auxiliares a la función del juzgar, de las que son ajenos los jurados⁽¹⁶⁾. Santiago Nino, respondiendo a dos argumentos projurado, apunta: 1) que la soberanía popular (argumento político) es una idea derivada pero no fundante de la democracia, al punto que los jurados –por ser tales– en principio no son una expresión de la soberanía popular mayor que

(15) FERRI, Enrico. *Sociología criminal*. Reus, Madrid, 1926, p. 244.

(16) IRRAGORRI DIEZ, Benjamín. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Temis, Bogotá, 1974, p. 258.

la de los jueces técnicos designados por los órganos democráticos, los que por demás son también funcionarios, claro que ocasionales y para una tarea específica; y, 2) que no es exacto que los jurados pueden impartir justicia mejor que los jueces técnicos, que van sufriendo una deformación a lo largo de su carrera (argumento técnico), dado que presupone que la moral media es necesariamente válida o más válida que otras.

Por otro lado, desde una óptica favorable al jurado Francesco Carrara acota que no se ha probado que por medio del jurado es imposible obtener justicia y proteger a los buenos contra los culpables, y si bien no es de ocultar los defectos del jurado es de tener presente que los errores judiciales son comunes a todos los sistemas e inevitables a todo ordenamiento humano⁽¹⁷⁾. Eberhard Schmidt incorpora dos argumentos claves: 1) unido a la difusión de la publicidad, el jurado permite una más comprensible difusión del carácter de la justicia, favorece a la popularidad de la administración de justicia y, por ende, siguiendo a Kern, propende a la confianza del pueblo en su sistema de justicia; y, 2) la intervención de los legos es un auxilio para el jurista cuando debe amoldar el resultado de su pensamiento jurídico al sentido jurídico profano, más allá de lo difícil que resulta para los legos comprender el valor de lo jurídico, especialmente, de las formalidades procesales y de las reglas objetivas de valoración⁽¹⁸⁾. En esta última argumentación Albin Eser señala que los legos en el proceso de aplicación del derecho exigen a los jueces profesionales un ‘control de plausibilidad’, pues lo obligan a exponer comprensiblemente sus reflexiones, vedando así una deformación profesional; los legos proporcionan una especie de control de la realidad para la argumentación jurídica, así como también se obligan ellos mismos a la aclaración y justificación y con ello al examen de sus propias posiciones⁽¹⁹⁾.

Empero, y por otro lado, no se puede partir de la idea de que es inherente al jurado la “justicia” de sus decisiones o que sus miembros son más o menos aptos para juzgar en relación a los jueces profesionales; el principio es otro como recuerda Goransky: “solo debe sufrir pena a causa de un delito aquel cuya culpa se haga evidente a la misma inteligencia

(17) CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Volumen II, Temis, Bogotá, 1957, p. 227.

(18) SCHMIDT, Eberhard. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, pp. 336-337.

(19) ESER, Albin. “Jueces legos en el proceso penal”. En: *Temas de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal*. Idemsa, Lima, 1998, pp. 342-346.

común y al sentimiento jurídico natural de personas elegidas de entre el pueblo”⁽²⁰⁾.

Urge, por tanto, si se tiene pensado desde algunos sectores políticos contar con esta institución, “socializar el debate”, inaugurar un debate público –no solo de juristas y, menos, limitado al marco de lo jurídico–. El clima del mismo debe ser ajeno a toda actitud preconcebida y toda carga emocional. Se debe partir de la experiencia del jurado en el país y compararla con otras experiencias de nuestro entorno. El análisis debe estar vinculado no solo a la forma como se reguló el funcionamiento del jurado, sino también al clima social, cultural y político de su instauración. Es de tener presente que no es de rigor trasladar mecánicamente lo ocurrido el siglo pasado con las exigencias del presente, ni estimar que el jurado en sí mismo –por el solo hecho de instaurarlo– es beneficioso para la idea democrática, pues muy bien puede convertirse en una coartada legitimadora que elimine o dificulte otras modificaciones de igual entidad democrática. Los ejes: democratización, participación popular, eficacia y celeridad, no pueden ser descuidados o desentendidos por todos los sectores políticos y sociales.

El jurado, desde el Derecho comparado, acepta –según la experiencia europea– dos grandes modelos o modalidades. Precisa Fairen Guillén que se trata de los Tribunales de Jurados –de conciencia– y los Tribunales de Escabinos.

En el primero, los Tribunales de Jurado, de corte anglosajón, el jurado actúa integrado por personas de elección popular, con la presidencia de un juez técnico, o bien acompañadas de un “Tribunal de Derecho”, de modo tal que el jurado exclusivamente, en deliberación secreta, emite un “veredicto” y el Tribunal de Derecho elabora la calificación jurídica del mismo. Es de destacar, como aclara Asencio Mellado, que el veredicto es inmotivado y limitado a declarar la inocencia o la culpabilidad sobre los hechos, mientras que los jueces técnicos aplican el derecho y deciden la pena⁽²¹⁾.

En el segundo, los Tribunales de Escabinos están integrados por personas de elección popular y por un juez profesional o varios. En estos tribunales la función de elaborar la sentencia no se distribuye entre parte fáctica y la jurídica. Jueces técnicos y legos elaboran la sentencia de consuno,

(20) GORANSKY, Mirna D. Ob. cit., p. 129.

(21) ASECIO MELLADO, José María. Ob. cit., p. 308.

no existe “veredicto”; lo que da lugar a una sentencia plenamente motivada, cumpliéndose la exigencia constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales (art. 139.5 de la Const.).

La polémica es grande. Unos postulan que lo mejor es el Escabinado, con lo que se superan los problemas vinculados a la separación del hecho y del derecho, al decisionismo y no motivación del veredicto, entre otros factores críticos inherentes al jurado de conciencia. Otros, por el contrario, estiman que el Escabinado no superaría los problemas del anterior y, más bien, deformaría la participación ciudadana; la subsunción es una operación técnica y compleja que exige formación jurídica y, en la práctica, lo que ocurrirá será la influencia de los técnicos tanto en lo jurídico como en lo fáctico, mediatizando la función de los legos.

Para Eberhard Schmidt, el Escabinado que se consolidó en Alemania con la Reforma de Justicia Emminger de 1924 apartando definitivamente al Tribunal del jurado puro, constituye una exigencia del actual Derecho Penal, el cual “no es más el derecho penal preventivo general de la retribución del hecho, es un derecho que toma la culpabilidad en el sentido de un juicio sobre la personalidad del autor, y aspira a individualizar la pena de acuerdo a los más profundos matices de la misma, [de suerte que] solo puede ser manejado debidamente y, de modo exacto, desde el punto de vista político-criminal, cuando exactamente las mismas condiciones que han determinado el juicio sobre la culpabilidad del autor, norman también la ‘cuestión de la pena’”. Esta cuestión solo se puede resolver de acuerdo a la realidad, por quien se ha preocupado, en todas sus particularidades, de lo que atañe a la culpabilidad⁽²²⁾. Ya, en 1812 el gran Feuerbach, a pesar de reconocer que el sistema de jurado puro representaba un avance en atención al aspecto democrático de la institución, veía en cambio en el aspecto jurídico graves inconvenientes. Eser apunta que dicho autor negaba la capacidad de los jurados para responder a la cuestión sobre la culpabilidad y consideraba demasiado amplias las posibilidades de influencia de los jueces profesionales sobre los jurados⁽²³⁾.

Como se advierte de lo brevemente expuesto la intervención de los legos en la justicia penal es hartamente compleja y opinable. Abundan razones tanto para su institucionalización cuanto para su rechazo. A ello se agrega que el punto nodal de la polémica no necesariamente es jurídico ni

(22) SCHMIDT, Eberhard. Ob. cit., p. 336.

(23) ESER, Albin. Ob. cit. p. 322.

puede limitarse al propio jurado, amén de que su análisis tampoco puede enfrentarse satisfactoriamente en el solo ámbito de los principios políticos o ideológicos, marginando de su examen lo relativo a la eficiencia y eficacia de la justicia.

■ BIBLIOGRAFÍA

- ASECIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.
- CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Vol. II, Temis, Bogotá, 1957.
- ESER, Albin. “Jueces legos en el proceso penal”. En: *Temas de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal*. Idemsa, Lima, 1998.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El sistema constitucional español*. Dykinson, Madrid, 1992.
- FERRI, Enrico. *Sociología criminal*. Reus, Madrid, 1926.
- GARCÍA TOMA, Víctor. *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*. Tomo II. Fondo Editorial Universidad de Lima, 1998.
- GIMENO SENDRA, Vicente y otros. *Derecho Procesal Penal*. Ed. Colex, Madrid, 1996.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *Constitución y proceso*. Tecnos, Madrid, 1988.
- GORANSKY, Mirna D. “Un juicio sin jurados”. En: *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- IRRAGORRI DIEZ, Benjamín. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Temis, Bogotá, 1974.
- LÓPEZ GUERRA, Luis. *El Poder Judicial en el Estado constitucional*. Palestra, Lima, 2001.
- LÓPEZ-MUÑOZ y LARRAZ, Gustavo. “La justicia penal por jurados”. En: *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. N° 1, Madrid, 1980.
- MOVILLA ÁLVAREZ, Claudio y ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *El Poder Judicial*. Tecnos, Madrid, 1986.
- RUBIO CORREA, Marcial. *Estudios de la Constitución Política de 1993*. Tomo V. Fondo Editorial PUCP, Lima, 1999.
- SCHMIDT, Eberhard. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.

Responsabilidad civil y proceso penal.

Algunos aspectos procesales de la reparación civil

I. ADVERTENCIA PRELIMINAR

El análisis de la materia que es objeto de esta ponencia, desde mi perspectiva procesal-penalista, determina un ámbito sin duda limitado de acercamiento a la institución de la “reparación civil”, tal como ha sido rotulada por el Capítulo I del Título VI “De la reparación civil y consecuencias accesorias del Libro I Parte General del Código Penal de 1991, que tuvo como fuente directa el derogado Código Penal de 1924 (Título VIII ‘Reparación Civil’ –arts. 65-80– del Libro I ‘Disposiciones Generales’). A estos efectos es de tener por descontada la naturaleza estrictamente civil de dicha institución. Con Velásquez Velásquez⁽¹⁾ es de sostener que la reparación civil tiene un carácter patrimonial –en función a lo que persigue–, es de índole privada, es facultativa para la víctima y es transmisible; todo lo contrario a la acción penal”.

La regulación material de la reparación civil, como recuerda Ángel Gustavo Cornejo⁽²⁾, siguió de cerca las inspiraciones del Proyecto Italiano de 1921, hijo de la Escuela Italiana de Sociología Criminal, y del Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920. Son cinco los principios que incorporó el Código Maurtua de 1924, seguidos por el Código vigente.

1. Unidad del juicio para pronunciar la responsabilidad penal y declarar la responsabilidad civil;

(1) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal- Parte General*. 3ª edición, Temis, Bogotá, 1997.

(2) CORNEJO, Ángel Gustavo. *Comentario al nuevo Código Penal*. Librería Francesa Científica, Lima, 2002.

2. Acción pública única para perseguir la efectividad de ambas sanciones;
3. Extensión de la indemnización –antes limitada al daño o perjuicio materiales o económicos– al daño moral;
4. Extensión del concepto perjuicio –en sus dos aspectos material y moral– a la familia de la víctima y a un tercero, si fuesen afectados por las consecuencias del delito; y,
5. Obligación de declarar la responsabilidad civil en la sentencia y de establecer la estimación de las indemnizaciones.

El daño resarcible es el que hace referencia el artículo 1969 del Código Civil y, desde luego, por derivación, el artículo 93 del Código Penal. Este se clasifica en dos rubros: daño patrimonial –lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada, que a su vez se clasifica en daño emergente: pérdida que sobreviene en el patrimonio del afectado por haber sido perjudicado por un acto ilícito; y, lucro cesante: ganancia patrimonial neta dejada de percibir por el dañado–; y, daño extrapatrimonial –lesión a la persona en sí misma considerada, estimada en su valor espiritual, psicológico, inmaterial, dentro del cual está el daño moral o el daño a la persona, tales como el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc., padecido por el perjudicado (daño moral subjetivo), así como también el menoscabo patrimonial sufrido como consecuencia del traumatismo psíquico causado por el hecho punible, que en este caso se denomina daño moral objetivo–⁽³⁾. La Ejecutoria Superior de Lima del 30/06/1997 (Exp. N° 3322-97), se ha pronunciado en esos términos.

II. CORRECCIONES INICIALES

Ahora bien, desde una estricta perspectiva procesal, cabe mencionar algunas correcciones a lo expuesto por Ángel Gustavo Cornejo⁽⁴⁾. Cito tres:

1. Como enfatiza la doctrina procesalista, la acumulación obligatoria del objeto civil al objeto penal –en rigor de la pretensión civil a la penal– tiene, propiamente, como fuente el Código Napoleónico de Instrucción Criminal Francés, cuyo fundamento

(3) Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal- Parte General*. 3ª edición, Temis, Bogotá, 1997.

(4) CORNEJO, Ángel Gustavo. *Comentario al nuevo Código Penal*. Librería Francesa Científica, Lima, 2002.

radica en el principio de economía procesal; y, además, como apunta Buscos, garantiza la obligación del Estado de prestar protección completa a los bienes jurídicos más importantes y al mismo tiempo proteger a la víctima. El inconveniente de esa opción, sin embargo, como anota Gómez Colomer⁽⁵⁾, estriba en que obliga a los jueces a utilizar, aplicar y manejar una doble mentalidad y técnicas jurídicas al mismo tiempo, pues deben investigar, probar y juzgar penal y civilmente en la misma causa. Una excepción a la acumulación obligatoria se da en los delitos tributarios; el artículo 191 del Código Tributario estatuye que no se fijará reparación civil cuando la Administración Tributaria se hizo efectivo el cobro de la deuda tributaria, sea antes o en el curso del proceso penal.

2. El Ministerio Público, a tenor del artículo 1 de la LOMP, ostenta una legitimación extraordinaria –no es el titular del Derecho subjetivo privado–, pero por disposición de la ley actúa en nombre propio aunque afirmando derechos subjetivos ajenos; interviene desde una perspectiva de protección del interés privado de la víctima; es pues, como enseña Gimeno Sendra⁽⁶⁾, una legitimación derivada o por sustitución procesal. Ello, desde luego, no hace que la reparación civil, que integra el objeto civil del proceso y, por ende, la pretensión civil, tenga carácter público. La acción y, luego, la pretensión tienen carácter público en tanto instituciones procesales, pero la indemnización en sí misma es de derecho privado, cuyo núcleo regulatorio está en el Código Civil, del que el Código Penal y demás cuerpos legales son, en todo caso, supletorios, aunque este último instituye un sistema de interdependencia entre las acciones civil y penal, que ha sido relativizada por el NCPP. Dice muy bien De La Oliva Santos⁽⁷⁾, que la acción civil que es dable ejercitar en el proceso penal deriva de unos actos u omisiones que hayan provocado la indebida pérdida de la posesión de una cosa u ocasionado daños y perjuicios.

(5) GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTERO AROCA, Juan y otros. *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*. 12ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

(6) GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal*. Colex, Madrid, 2004.

(7) DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros. *Derecho Procesal Penal*. 5ª edición, Ceura, Madrid, 2002.

3. La intervención del Ministerio Público en el proceso penal para reclamar la acción civil *ex delicto*, en nada afecta la intervención, siempre potestativa, de quien ha sufrido el daño o el perjuicio ocasionado por el delito [cabe decir con Gómez Orbaneja⁽⁸⁾ que el delito, en cuanto tal, no produce otro efecto jurídico que la pena, pero la conducta que lo constituye es a la vez fuente de obligaciones civiles si lesiona derechos subjetivos o intereses protegidos privados]. La víctima, si lo estima conveniente, puede constituirse en parte civil en el proceso penal –en ese caso ya no puede acudir a la vía civil, tal como en su día fue declarado por la Corte Suprema (Ejecutoria Suprema del 09.8.77)– y, en su caso, en tanto se trata de intereses disponibles, puede desistirse, sea del proceso –a mérito del cual concluye su intervención procesal en la causa– o de la pretensión –en virtud del cual produce los efectos de una demanda infundada con la autoridad de cosa juzgada– (vid.: arts. 343 y 344 del CPC).

III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO*

Es de precisar algunos puntos remarcables:

Hoy en día parece evidente que la responsabilidad civil *ex delicto*, a efectos de la acción indemnizatoria o pretensión civil de resarcimiento, no solo no deriva del delito como daño por el que eventualmente se condena al autor, sino que ni siquiera tiene que derivar de un delito como infracción –conducta típicamente antijurídica, culpable y punible–. Se discute si los delitos formales o de peligro generan responsabilidad civil⁽⁹⁾, así por ejemplo Albácar López, o si igualmen-

(8) GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 10ª edición, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987.

(9) Así también, el Acuerdo Plenario N° 6-2006CJ-116 advierte en el Fundamento Jurídico Décimo: “A partir de lo expuesto, cabe establecer si los delitos de peligro pueden ocasionar daños civiles y, por tanto, si es menester fijar la correspondiente reparación civil, más allá de las especiales dificultades que en estos delitos genera la concreción de la responsabilidad civil. Como se ha dicho, el daño civil lesiona derechos de naturaleza económica y/o derechos o legítimos intereses existenciales, no patrimoniales, de las personas. Por consiguiente, aun cuando es distinto el objeto sobre el que recae la lesión en la ofensa penal y en el daño civil, es claro que, pese a que no se haya producido un resultado delictivo concreto, es posible que existan daños civiles que deban ser reparados. En los delitos de peligro, desde luego, no cabe negar *a priori* la posibilidad de que surja responsabilidad civil, puesto que en ellos –sin perjuicio, según los casos, de efectivos daños generados en intereses individuales concretos– se produce una alteración del ordenamiento jurídico con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente

te los genera la tentativa. La Corte Suprema, por ejemplo, ha estipulado que cabe imposición de reparación civil en tentativas que no han causado daños (Ejecutoria Suprema 11.01.64), y ha reconocido que en determinados delitos, como el delito de violación sexual, la tentativa genera daños personales (Ejecutoria Suprema 12.04.45).

Es clarísimo, entonces, siguiendo a Mantovani, que el daño penal es diferente al daño civil; el primero se halla constituido por la ofensa al bien jurídico, y el segundo consiste en las pérdidas patrimoniales y en los sufrimientos de toda índole padecidos por la víctima; y, que existen delitos sin daño civil, delitos con daño civil, delitos con daño civil inherente, aunque distinto del penal, y delitos con daño civil puramente eventual o consecuencial. No es posible imaginar, precisa Vives Antón⁽¹⁰⁾, un delito de lesiones sin daño civil, ni, al contrario, un delito de tenencia ilícita de armas con daño civil; en otros delitos (v. gr., abandono de familia, falsedades, etc.), el daño civil no se halla esencialmente ligado a la infracción, pero puede producirse a consecuencia de ella y aún más, en algunos casos es difícil imaginar que no se produzca.

Desde otra perspectiva, como apunta Silva Sánchez⁽¹¹⁾, basta con una conducta que realice sin justificación objetiva el tipo objetivo de un delito; no requiere que el daño sea elemento del delito por el que se condena o, incluso, elemento típico de delito alguno, esto es, no interesa que los daños sean extratípicos. Ello significa que los criterios de imputación son distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil. El artículo 1971 del Código Civil señala los motivos para negar el resarcimiento, de suerte que la ley, como precisa Gálvez Villegas⁽¹²⁾, los considera como daños no permitidos o autorizados: son los supuestos de ejercicio regular de un derecho, legítima defensa, remoción de un peligro inminente y estado de necesidad. Pero el Derecho Penal registra supuestos de error de tipo invencible, así como supuestos de exclusión de culpabilidad, no

incide el interés tutelado por la norma penal –que, por lo general y que siempre sea así, es de carácter supraindividual–. Esta delictiva alteración o perturbación del ordenamiento jurídico se debe procurar restablecer, así como los efectos que directa o causalmente ha ocasionado su comisión (el daño como consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo). Por consiguiente, no cabe descartar la existencia de responsabilidad civil en esta clase de delitos, y, en tal, virtud, corresponderá al órgano jurisdiccional en lo penal determinar su presencia y fijar su cuantía.”

(10) COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal- Parte General*. 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

(11) SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “¿Ex delito? Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal”. En: *Indret*. N° 3, Barcelona, julio, 2001. Disponible en: <www.indret.com>

(12) GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *La reparación civil en el proceso penal*. Idemsa, Lima, 1999.

contemplados desde el Derecho Civil, que obligan sin duda a una conclusión divergente.

La responsabilidad civil también se extiende, a título de responsabilidad civil indirecta, al denominado tercero civilmente responsable, que es quien por una relación de Derecho Civil, ajena al Derecho Penal y por ende impune, debe responder por los daños causados por el autor directo –en función a sus relaciones con el autor de la infracción penal o con el propio acto delictivo–. Es la llamada responsabilidad civil *extra delicto*.

El conjunto de diferencias precisadas, sin duda, van a permitir decisiones judiciales en el proceso penal no necesariamente coincidentes, que el ACPP de 1940 no contempló y que, ahora, prevé el NCPP de 2004. También, por cierto, son distintos los criterios que rigen en su ponderación a la responsabilidad civil *ex delicto* y a la penal, pues –como enfatiza Muñoz Conde⁽¹³⁾– la pena es proporcionada a la gravedad del hecho, la responsabilidad civil debe ser equivalente al daño o al perjuicio ocasionado por el mismo, que puede ser inferior o superior a la gravedad del delito [un craso error, que niega las obvias diferencias entre pena y reparación civil, está representada por la Ejecutoria Suprema 27/09/1967, que señaló que la obligación de indemnizar el daño ocasionado por el delito coincide con el mismo fin de la pena, y a partir de esa premisa mencionó que el monto de la reparación civil está en consideración al daño causado y a las posibilidades del responsable].

Extinción de la responsabilidad civil *ex delicto*. El Código Penal instituye una diferencia en la regulación de la reparación civil en comparación con el Código Civil. Esta se circunscribe al artículo 100 del Código Penal, que estatuye que “la acción civil derivada del hecho punible no se extingue mientras subsista la acción penal”. Ello significa que pese a tratarse de una pretensión civil que surge como consecuencia de un daño causado por la comisión de un hecho punible, en materia de extinción de la acción, esta se ata a lo que para los delitos fija el Código Penal. La acción civil pende de las causales de prescripción y cosa juzgada –no comprende, por razones obvias, la amnistía, que por su propia naturaleza se circunscribe al castigo, así como tampoco el caso de muerte del imputado que podrá ser dirigida contra sus herederos⁽¹⁴⁾–. En materia de pres-

(13) MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal - Parte General*. 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

(14) ÁNGELES GONZALES, Fernando y FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Código Penal Comentado-Concordado-Anotado*. Tomo I, Jurídicas, Lima, 1996.

cripción la Corte Suprema así lo ha determinado (Ejecutoria Suprema 25/10/2002, Exp. N° 2705-2002-Lima). Como dice Espinoza Espinoza⁽¹⁵⁾, el plazo prescriptorio de dos años establecido para las pretensiones resarcitorias por responsabilidad civil extracontractual, debe ser entendido como residual frente a los supuestos de responsabilidad civil *ex delicto*, en los cuales prima el plazo prescriptorio de la acción penal; en consecuencia, el plazo de prescripción de la pretensión indemnizatoria extracontractual se interrumpe por las mismas causales de interrupción de la acción penal sobre el mismo hecho que ocasionó el daño extracontractual. Por otro lado, la extinción del pago de la reparación civil, se rige por el artículo 2001 del CC, esto es, la prescripción de la misma se daría a los 10 años (Ejecutoria Suprema 25/11/1996, Exp. N° 1249-95-B).

IV. NCPP Y CARACTERÍSTICAS DEL OBJETO CIVIL ACUMULADO

El NCPP presenta un modelo más ordenado del objeto civil acumulado al penal. En tal virtud, ofrece las siguientes notas características:

Reconoce dos supuestos de ausencia de pretensión civil acumulada a la penal. La pretensión civil no solo no nace del delito –surge del acto ilícito en tanto produce un daño resarcible–, sino que además puede ser renunciada o puede ser objeto de transacción (arts. 13 y 14 del NCPP). Ello significa que la pretensión civil está sujeta a las normas del Derecho Civil, aunque con una limitación derivada del artículo 100 del CP, que ata la extinción de la misma a la de la acción penal. Con cierto error el NCPP dice que el desistimiento de la pretensión no perjudica el derecho a ejercerla en la vía civil, cuando en rigor –de ser así– el desistimiento lo será del proceso.

Ratifica el carácter accesorio de la pretensión civil respecto de la penal. Si bien el fiscal cuando promueve la acción penal siempre comprenderá lo relacionado con la reparación civil y, cuando formula acusación, necesariamente, ha de introducir la pretensión civil conjuntamente con la penal [vid.: arts. 321.1, y 349.1.g)], que es el resultado procesal del modelo francés, de suerte que por regla general el Tribunal solo deberá dar respuesta a la pretensión civil cuando se declara la responsabilidad penal del imputado, excepcionalmente es posible que excluida la responsabilidad penal puede declararse la responsabilidad civil [vid.: art. 12.3 del

(15) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

NCPP]. Ello ocurrirá, como apunta Moreno Catena⁽¹⁶⁾, cuando se dicte una, sentencia absolutoria o sobreseimiento por un hecho antijurídico penalmente y se aprecie una circunstancia eximente de responsabilidad penal –salvo, por lo general, como aclara Quintero Olivares⁽¹⁷⁾, supuestos de causas de justificación, pues un acto justo o justificado no puede ser castigado ni tampoco tiene obligación de reparar el daño que otra persona haya sufrido a causa del hecho–. En tales casos –cuando el hecho resulta exculpado subsistirá su carácter injusto y con él su capacidad para ser fuente de obligaciones–, como se ha dicho, la pretensión civil deducida deberá ser objeto de pronunciamiento por el Juez o Tribunal penal. Es una lástima que el Código Penal no tenga, por ejemplo, una regla como el artículo 118 del Código Penal Español que regula con amplitud los supuestos pertinentes, pero jurisprudencialmente es posible construir un conjunto de supuestos habilitantes.

Sujeción al principio dispositivo, no al acusatorio, y delimitación de la pretensión civil. La pretensión civil, aun cuando acumulada a la penal, no está sujeta al principio acusatorio sino al dispositivo, pues la acumulación, como se anotó, no pierde su naturaleza civil y, como tal, informada por el principio dispositivo o de rogación. El perjudicado por el delito debe solicitar constituirse en actor civil mediante acto postulatorio debidamente motivado, antes de la culminación de la investigación preparatoria [vid.: arts. 99, 100 y 102], y reclamar en su momento –luego de la acusación fiscal– el monto respectivo de la reparación civil, que es lo que procesalmente se denomina “el *petitum*” [vid.: art. 350.1.g)]. La Corte Suprema tiene establecido, asumiendo este principio o más exactamente el de congruencia, que la sentencia no podrá sobrepasar el monto pedido por el fiscal y, en su caso, por la parte civil [Así, Ejecutoria Suprema del 30/11/1949⁽¹⁸⁾, reiteradas en el curso del año pasado y del presente] –es de entender, asimismo, siguiendo a Terradillos/Mapelli⁽¹⁹⁾, que también

(16) MORENO CATENA, Víctor y otros. *El proceso penal*. Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

(17) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otros. *Manual de Derecho Penal Parte General*. 2ª edición, Aranzadi, Navarra, 2000.

(18) En el mismo sentido, el R.N. N°61-2009-Callao señala “[q]ue la pretensión civil del Ministerio Público fue de mil nuevos soles –véase acusación fiscal de fojas doscientos doce–; que la Procuraduría Pública del Estado no formuló una pretensión civil alternativa conforme a lo dispuesto por el artículo doscientos veintisiete del Código de Procedimientos Penales, por lo que por estrictas razones de congruencia procesal civil y atento al principio dispositivo que rige el objeto civil no es posible fijar una reparación civil superior al monto fijado por el Ministerio Público (...)” (Fundamento Jurídico Segundo).

(19) TERRADILLOS BASOCO, Juan y MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3ª edición, Temis, Bogotá, 1997.

está vedado al órgano jurisdiccional formular pronunciamientos no solicitados a favor de personas distintas a las señaladas como beneficiarios por los accionantes—. Aquí se delimita la pretensión civil, la que requiere de un acto de parte que se consolida, según el caso, en la acusación fiscal o en la petición ulterior del actor civil, después de lo cual está prohibido todo cambio, pues implica una *mutatio libeli* prohibida por el CPC.

El sujeto activo de la pretensión civil es el agraviado y de constituirse en actor civil cesa la intervención del fiscal. Como ya se indicó, en principio, dos son los sujetos activos de la pretensión civil: el Fiscal y el perjudicado por el delito —téngase en cuenta que según el artículo 94 del NCPP agraviado es el que resulta directamente ofendido por el delito o el perjudicado por las consecuencias del mismo, y que conforme al artículo 98 del NCPP el perjudicado por el delito está autorizado para introducir la pretensión civil, con la aclaración que el directamente ofendido, siempre es perjudicado por el delito, pero este último no siempre es el ofendido por el delito—. La novedad del NCPP es que si este último se constituye en actor civil, “(...) cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso” [vid.: art. 11.1].

Dos precisiones adicionales:

1. El NCPP ha establecido positivamente que el perjudicado tiene la opción de introducir la pretensión civil en el proceso penal o hacerlo, independientemente, en el Orden Jurisdiccional Civil, de suerte que escogida una vía no podrá deducir la pretensión civil en la otra (esto es lo que ahora viene declarando la jurisprudencia invocando el principio del *ne bis in idem* procesal o pleito pendiente);
2. Si el proceso no puede proseguir —por reserva del mismo o por una causal de suspensión— la pretensión civil puede entablarse en el Orden Jurisdiccional Civil. Ello implica un desistimiento ulterior del proceso por razones extraordinarias.

El sujeto pasivo de la pretensión civil puede ser el autor o partícipe y el tercero civil. La consagración de que existen criterios de imputación distintos de la responsabilidad civil y penal, entre otros aspectos, se expresa en el hecho que existen responsables civiles que no son autores o partícipes en el delito —el artículo 95 Código Penal los llama terceros civilmente obligados—. Se trata de la responsabilidad civil indirecta o subsidiaria —tiene su fundamento en el hecho propio del imputado—, a cuyo efecto estos últimos deben ser comprendidos expresamente como partes

pasivas para ser afectados con la sentencia (vid.: art. 111), y si no se hace la exigencia de responsabilidad debe hacerse en la vía extrapenal (vid.: art. 99 del CP). Esta responsabilidad, acota García Rada⁽²⁰⁾, surge de la ley –el responsable civil responde con su patrimonio– y, en el proceso penal, no es tercero interviniente y tiene el mismo rango que el procesado.

La persona jurídica como responsable civil: el artículo 104 Código Penal. La persona jurídica puede ser objeto de medidas penales o de la privación de ganancias obtenidas como consecuencia del delito cuando una persona natural lo perpetre aprovechando su organización o en el marco del ejercicio de su actividad social. El artículo 104 Código Penal estipula que se privará de los beneficios de una persona jurídica, obtenidos como consecuencia de la infracción penal, siempre que: a) esta se perpetre en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes; y, b) los bienes de los responsables directos: funcionarios o dependientes, sean insuficientes para cubrir la responsabilidad pecuniaria que les corresponde. En este caso se afectan los beneficios obtenidos como consecuencia del delito, no los bienes o activos de la persona jurídica, para lo cual –si quiere afectarse los bienes o activos sociales– es del caso invocar el artículo 1081 del Código Civil⁽²¹⁾. El error del Código, sin embargo, como señala Meini, es que esa figura se trató como un supuesto reparatorio, cuando debió ser sancionador a través de la consecuencia accesoria del decomiso.

Contenidos de la pretensión civil. Tres comentarios precisos.

1. Como se sabe, los contenidos generales de la reparación civil –o las vías de compensación de la reparación civil– están fijados en el artículo 93 del Código Penal: a) restitución del bien –modalidad de responsabilidad civil que, como alega Alastuey Dobón⁽²²⁾, solo afecta a los delitos que consistan en la privación de un bien a la víctima por parte del autor– o, si no es posible, pago de su valor; y, b) indemnización de los daños y perjuicios. Se trata, por lo general, de pretensiones de condena y, dentro de ellas, las de dar. Es de acotar que el Código Penal no explica la diferencia entre daños y perjuicios –tampoco lo hace el Código Civil, salvo una aislada referencia al vocablo “perjuicios” en el artículo 1982–, por lo que es de rigor entenderlas como sinóni-

(20) GARCÍA RADA, Domingo. *Manual de Derecho procesal penal*. 8ª edición, Eddili, Lima, 1987.

(21) Artículo derogado por la Sexta Disposición Final de la Ley N° 28677 (del 1 de marzo de 2006).

(22) ALASTUEY DOBÓN, María Carmen y otros. *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal Español*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

mos, pero, si se sigue la fórmula española de la diferencia, según Antón Oneca, daño sería el emergente o las consecuencias directas, y el perjuicio serían las consecuencias indirectas o el lucro cesante y –agrego– los daños morales.

2. Ese contenido ha sido ratificado por el artículo 11.2 del nuevo Código Procesal Penal pero con un agregado: para garantizar la restitución del bien, y siempre que sea posible –según las reglas del Derecho Civil, claro está, esto es, cuando son reivindicables– procederá la declaración de nulidad de los actos jurídicos que correspondan. Esto último es importante, por ejemplo, en los delitos de estafa contractual, falsificación de documentos, delitos concursales, etc. –esta pretensión declarativa de nulidad, como apunta Gimeno Sendra⁽²³⁾, acontece cuando la necesaria y efectiva restitución de la cosa exige la declaración judicial de nulidad del negocio jurídico, objeto material a través del cual se consuma la acción delictuosa–; y, desde luego, tal declaración está sujeta, como previene Gutiérrez Zarza⁽²⁴⁾, a que las partes lo soliciten oportunamente y a que se permita al adquirente y sucesivos subadquirentes intervenir en el proceso penal, para garantizar su derecho de defensa –es un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario, que en caso de no mediar emplazamiento a todos los involucrados, debe dictarse, aun de oficio, sentencia de absolución de la instancia sin entrar a resolver el fondo del asunto–.
3. Por otro lado, en delitos específicos, como los de violación de la libertad sexual que entrañen embarazo y el nacimiento de un niño, la pretensión civil también comprenderá el pago de una pensión de alimentos (art. 178 del CP).

Concreción del procedimiento para la anulación de negocios jurídicos. El artículo 97 del Código Penal sanciona con la nulidad los actos practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho punible, en cuanto disminuyan el patrimonio del condenado y lo hagan insuficiente para la reparación civil. Sobre esa base, siguiendo la jurisprudencia suprema, el artículo 15 nuevo Código Procesal Penal fija un procedimiento

(23) GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal*. Colex, Madrid, 2004.

(24) GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles. *Investigación y Enjuiciamiento de los delitos económicos*. Colex, Madrid, 2000.

de carácter incidental con pleno respeto del contradictorio y del principio de bilateralidad para obtener la nulidad de dichos actos.

V. SENTENCIA Y CRITERIOS DE MEDICIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL

Como apunta García-Pablos de Molina, la responsabilidad civil depende cuantitativamente de la entidad de los daños y perjuicios causados. Pero, ¿cómo se construye el monto de la reparación civil? Al respecto, podemos decir lo siguiente:

La motivación, desde una perspectiva general –vid.: art. 139.5 de la Const.– ha de abarcar todos los extremos de la sentencia que tienen incidencia sobre la decisión, y, sin duda, la reparación civil es un extremo imprescindible del razonamiento judicial. El Código Penal peruano no tiene una norma como la del artículo 115 del Código Penal español –que señala que los jueces “(...) al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones, las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución”–, pero es obvio que en la sentencia se debe establecer razonadamente las bases en que se fundamentan la cuantía de los daños e indemnizaciones. Lo que sí no es posible al juez, por falta de autorización legal, es que el monto de la reparación civil se posponga y se fije en ejecución de sentencia.

El juez al cuantificar la reparación civil ha de tomar en consideración la prueba practicada. La Corte Suprema ha establecido que la reparación civil no puede ser mayor que la entidad del daño efectivamente probado (Ejecutoria Suprema 2.10.1931⁽²⁵⁾), y que debe guardar proporción con este (Ejecutoria Suprema 14.1.1938⁽²⁶⁾), así como que ha de cuantificar

(25) Como también lo señala el R.N. N° 2777-2012-Lima que “[l]a reparación civil implica el resarcimiento por los daños y la indemnización de perjuicios causados y está en función de las consecuencias directas y necesarias que el delito ha generado a la parte agraviada. Siendo así, el monto de la reparación civil deberá ser razonable y prudente, en la perspectiva cierta de cubrir fines reparadores de dicha institución. 2.3.2. El monto de la reparación civil no se fija en virtud a lo que percibe el sentenciado –su capacidad de pago–, sino esencialmente, a la naturaleza del daño causado (...)” (f. j. Segundo).

(26) En el mismo sentido, R.N. N° 2721-2013-Ucayali señala que “[l]a reparación civil, tiene como presupuesto el daño ilícito producido a consecuencia del delito al titular del bien jurídico tutelado –principio del daño causado– cuya unidad procesal civil y penal protege el bien jurídico en su totalidad y garantiza el oportuno derecho indemnizatorio de la víctima; que por tanto no debe fijarse en forma genérica, sino que es necesario individualizarla y determinarla en forma prudencial y proporcional a la entidad del daño 3.2. Al respecto, es necesario tener en consideración el daño

tanto el daño material como el daño moral y en aquel tanto el daño emergente como el lucro cesante. Ello no obsta a reconocer, como previene López Barja de Quiroga⁽²⁷⁾, que hay elementos indemnizatorios cuya cuantificación es difícil, como es el caso del daño moral –¿cómo cuantificar el sufrimiento o una depresión?– y del lucro cesante –vista la complejidad de medir daños futuros al estar basadas en hipótesis–.

El principio que guía la cuantificación es de la reparación integral, esto es, debe comprender todos los aspectos afectados por el delito, e implica que a la víctima se le reponga en la situación más próxima posible a aquella en la que se encontraría si no se hubiera producido el daño –reconstruir la integridad del patrimonio lesionado, en el caso de los daños patrimoniales–. Nuestro legislador ha optado en ese caso por un sistema de libre cuantificación de los daños y no un sistema de baremos –véase al respecto la emblemática STCE Exp. N° 181/2000, del 29 de junio–.

El juez debe mencionar todos aquellos factores relevantes del caso que permitan explicar y establecer, con cierta proporcionalidad, la cuantía del daño a indemnizar; estas se expresan en monto fijo y en nuevos soles –no en remuneraciones mínimas vitales–, (Ejecutoria Suprema 07/10/1997, Exp. N° 3989-97; y, 13/10/1992, Exp. N° 903-92-A), así como debe ser individualizada a favor de cada agraviado (Ejecutoria Suprema 23/10/1996, Exp. N° 4863-95-B; 9.9.1997, Exp. N° 1310-1997). En casos de homicidio, por ejemplo, factores específicos a cuantificar serán, por ejemplo, los gastos efectuados por los deudos de la víctima para salvarle la vida y prestarle la debida atención, así como los ocasionados por el sepelio (Ejecutoria Suprema 27/08/1954). Llama la atención que en el Código Penal vigente no se haya reproducido el artículo 158 Código Penal de 1924, que decía: “La reparación civil en los casos de homicidio [muy bien podría extenderse a los casos de lesiones especialmente

civil generado a la víctima con la perpetración del delito materia de autos, el cual debe entenderse como aquellos efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido, lesión que puede originar consecuencias patrimoniales y no patrimoniales. Los daños patrimoniales, consisten en la lesión de derechos de naturaleza económica que debe ser reparada; y los daños no patrimoniales, se encuentran circunscritos a la lesión de derechos o legítimos intereses existenciales –no patrimoniales–, tanto de las personas naturales y jurídicas como de entes colectivos; en este orden de ideas, dada a la naturaleza del ilícito incriminado y del daño causado, valorando los efectos negativos de carácter no patrimonial derivados de la concreta conducta incriminada al encausado, y de la consecuente lesión en la salud de la agraviada generada por la perpetración del ilícito en grado de tentativa a su vida, se ha determinado que la reparación civil impuesta no guarda relación con los principios de proporcionalidad y razonabilidad. (...)” (f. j. Tercero)

(27) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Derecho Penal Parte General*. Tomo III, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

graves que inhabiliten total o parcialmente a la víctima] podrá consistir o en la entrega de un bien o de una cantidad de dinero, o en el establecimiento de una pensión o de una renta a favor de la familia de la víctima”.

No creo que, en estricto sentido, constituya un factor a valorar, en los daños patrimoniales, la entidad, naturaleza o la gravedad intrínseca del delito o la gravedad de la pena conminada⁽²⁸⁾ (en contra: Ejecutoria Suprema 6.2.1977, 20.3.1942) –que es un factor relacionado con el daño penal, no con el civil–. Tampoco puede atenderse a las calidades personales del imputado en orden a la culpabilidad (en contra: Ejecutoria Suprema 1.3.1943 y 11.11.1943) –solo relevantes para la determinación judicial de la pena, como es el caso por ejemplo de la confesión sincera. Así: R.N. N° 948-2005-Junín–. En cambio, sí lo son las condiciones personales de la víctima (Así: Ejecutoria Suprema 21.7.1965) o la situación económica de quienes deben percibir la reparación civil (Así: Ejecutoria Suprema 17.8.1943).

Existe un factor de moderación de la cuantía de la reparación civil plenamente admitido por la jurisprudencia, centrado en la concurrencia de culpas por la conducta del agraviado en la producción del daño producido, lo que, por lo demás, solo tiene lugar en los delitos culposos, no en los dolosos (Ejecutoria Suprema 9.10.1942). Otro factor de moderación, que no creo debe ser aceptado⁽²⁹⁾, es el referente a las posibilidades

(28) Así también, el R.N. N° 532-2014-Lima señala que la reparación civil exige que se pruebe el daño indemnizable que amerita el monto exigido en la pretensión, lo cual no ha ocurrido en el presente caso. Ello no implica que este supremo tribunal desatienda el daño que por sí mismo, ya que la violación sobre el sujeto pasivo, supone el daño a su proyecto de vida, a su personalidad y a su salud física y mental, pues cierto es que ya se ha fijado un monto ascendente a treinta mil nuevos soles por concepto de reparación civil. Lo que no es posible fijar de modo antojadizo un monto superior al ya mencionado con base en los argumentos esgrimidos por a parte recurrente, los mismos que se refieren a la tipicidad del injusto punible que ya ha sido sancionado con pena privativa de libertad, la parte civil se ha limitado a decir que existe un daño que ameritaría un monto indemnizatorio superior al ya fijado, pero no ha demostrado la correspondencia ente ese monto mayor y el daño efectivamente ocasionado (...)” (f. j. Tercero)

(29) Así, el R.N. N° 5095-2006-Piura establece que “(...) la naturaleza de la acción civil *ex delicto* es distinta, pues tiene como finalidad reparar el daño o efecto que el delito ha tenido sobre la víctima, por lo que esta sanción económica debe guardar proporción con los bienes jurídicos que se afectan; no obstante ello, la fijación de dicho monto no se regula en razón a la capacidad económica del procesado, sino más bien en atención al artículo noventa y tres del código sustantivo, que señala “la reparación civil comprende: a) la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor, y b) la indemnización de los daños y perjuicios”; que, en dicho contexto, para aspirar a obtener una reparación civil considerable, se tendrá que probar la existencia de los daños, determinar su entidad y practicar su liquidación debidamente, de manera objetiva, no resultando de aplicación criterios aproximativos o discrecionales, sean del propio juzgador o de la propia parte civil que pretende el resarcimiento, consecuentemente, la suma fijada resulta ser razonable, toda vez, que es proporcional al daño causado” (f. j. Quinto).

económicas del responsable, tal como ha sido asumido por un sector de la jurisprudencia (Ejecutorias Supremas 26.7.48, 27.8.1954, 27.9.1967, y 1.9.1997), en tanto que no guarda relación con el principio del daño causado o de la reparación integral.

G. La equidad en la valuación del daño moral o subjetivo, como sugiere Espinoza Espinoza⁽³⁰⁾, y acepta Gálvez Villegas⁽³¹⁾, siguiendo a la jurisprudencia italiana, puede incorporar los siguientes elementos o factores: a) gravedad del injusto e intensidad de la intervención del imputado; b) intensidad del sufrimiento de la víctima, teniendo en cuenta sus circunstancias personales; c) sensibilidad de la persona ofendida en función a sus características personales; y, d) vínculo de parentesco o convivencia.

■ BIBLIOGRAFÍA

- ALASTUEY DOBÓN, MARÍA CARMEN y otros. *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal Español*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- ÁNGELES GONZALES, Fernando y FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Código Penal Comentado. Concordado y Anotado*. Tomo I, Jurídicas, Lima, 1996.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. 4ª edición, Ed. PPU, Barcelona, 1994.
- COBO DEL ROSAL Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho Penal. Parte general*. 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- CÓRDOVA RODA, Juan y otros. *Comentarios al Código Penal*. Bosch, Barcelona, 1972.
- CORNEJO, Ángel Gustavo. *Comentario al nuevo Código Penal*. Librería Francesa Científica, Lima, 1926.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros. *Derecho Procesal Penal*. 5ª edición, Ceura, Madrid, 2002.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *La reparación civil en el proceso penal*. Idemsa, Lima, 1999.
- GARCÍA RADA, Domingo. *Manual de Derecho procesal penal*. 8ª edición, Eddili, Lima, 1984.

(30) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

(31) GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *La reparación civil en el proceso penal*. Idemsa, Lima, 1999.

- GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal*. Colex, Madrid, 2004.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTERO AROCA, Juan y otros. *Derecho jurisdiccional III. Proceso Penal*. 12ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho procesal penal*. 10ª edición, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987.
- GUTIÉRREZ ZARZA, Ángeles. *Investigación y Enjuiciamiento de los delitos económicos*. Corex, Madrid, 2000.
- LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Derecho Penal Parte General*. Tomo III, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
- MORENO CATENA, Víctor y otros. *El proceso penal*. Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal - Parte General*. 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otros. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. 2ª edición, Aranzadi, Navarra, 2000.
- ROIG TORRES, Margarita. *La reparación del daño causado por el delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, 2ª edición, Grijley, Lima, 2003.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *¿Ex delicto? Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal*. www.indret.com. Indret N° 3, Barcelona, Julio, 2001.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan y MAPELLI CAFFARENA, BORJA. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3ª edición, Civitas, Madrid, 1996.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal - Parte General*. 3ª edición, Temis, Bogotá, 1997.

Capítulo II

EL PROCESO PENAL

La interpretación de la norma procesal penal⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

Con motivo de la presentación del Anuario de Derecho Penal 2006, dedicado a la “interpretación y aplicación de la ley penal”, tema que ha sido objeto de marcada insistencia por el profesor José Hurtado Pozo, Director de la Revista, a lo largo de su actividad científica, en la que dos de sus muestras más relevantes son la tercera edición de su prestigioso *Manual de Derecho Penal* y este número del Anuario de Derecho Penal, correspondiente al año 2005, abordé en muy breves apuntes el ámbito específico de la interpretación de la ley procesal penal. Tema, cuyo estudio es de gran importancia, dada la puesta en vigencia del nuevo Código Procesal Penal en gran parte del territorio nacional.

Empiezo con una primera precisión. Los problemas que la interpretación de la ley procesal penal trae consigo hoy en día en nuestro país se han concretado, de un lado, en la vigencia temporal de la norma procesal penal, cuya cima se alcanzó, luego de una jurisprudencia vacilante del Tribunal Constitucional, con la sentencia Llajaruna Sare del 30/01/2004 (STC Exp. N° 1593-2003-HC/TC) –que afirmó la separación radical entre norma penal material y norma procesal penal y de ejecución penal– y, de otro lado, en las normas procesales de directa relevancia constitucional, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que por

(1) Ponencia presentada en el Seminario “La interpretación de la ley penal”, con motivo de la presentación del Anuario de Derecho Penal 2005. Maestría en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 17 al 18 de agosto de 2006.

cierto presenta algunas líneas interesantes –valorables positivamente– y otras sensiblemente erráticas –y muy peligrosas, en atención a las especiales características de la jurisprudencia constitucional, a su carácter tendencial de jurisprudencia obligatoria, de la que viene abusando, sobre todo a partir de la entrada en vigor del perturbador Código Procesal Constitucional o en el ámbito del amparo y hábeas corpus contra resoluciones judiciales expedidas en procesos jurisdiccionales– que los procesalistas deben analizar, sin la habitual característica nacional de la alabanza ciega o del cuestionamiento radical.

La interpretación de la ley procesal penal pasa, a mi juicio, por dos ejes centrales. El primero, propio de la Teoría del Derecho, que abarca el concepto y ámbito de la interpretación, las notas características que lo informan y los métodos y las reglas específicas que asume. El segundo, referido propiamente a la norma procesal penal, que integra lo que se puede denominar “Parte General del Derecho Procesal Penal”, y comprende la determinación de: i) lo específico de la norma procesal penal; ii) las relaciones con la norma penal material y el Derecho Penal ¿sistema integral del Derecho Penal?; iii) el ámbito y especificidades de lo constitucional, de las normas procesales penales constitucionalizadas; y, iv) las normas que sobre ese ámbito ha incorporado el nuevo Código Procesal Penal de 2004, uno de cuyos preceptos –dedicado a la interpretación de derechos procesales– es abordado por el penalista español Miguel Polaino Orts (*¿Odiosa restringenda, favabilia sunt ampliando?* Sobre los límites de la interpretación de derechos procesales: acotaciones al artículo VII.3 del Código Procesal Penal del Perú), sobre el que me veré obligado a exponer algunas digresiones.

II. LA INTERPRETACIÓN

La interpretación, ha insistido Hurtado Pozo, es el conjunto de procedimientos metódicos y de apreciaciones valorativas estrechamente relacionados –la interpretación como acto de conocimiento y como acto de valoración– mediante los cuales el intérprete frente a una situación de hecho dada, adscribe un sentido a la disposición legal aplicable⁽²⁾. La interpretación, como ratifica Velásquez Velásquez, encierra no solo un hecho técnico, en cuanto se requiere un uso apropiado de las técnicas hermenéuticas, sino también un hecho ideológico dado que implica una elec-

(2) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2005.

ción de valores⁽³⁾. La interpretación, en consecuencia, es atribuir a un texto jurídico un sentido o significado normativo, hallar o descifrar la norma que deriva del mismo⁽⁴⁾.

El lenguaje de la ley, el lenguaje jurídico –visto el Derecho como normativa– desde su función operativa –cuya nota relevante es la seguridad jurídica, que es un valor formal– apunta a ser en lo posible exacto, unívoco. Sin embargo, ese objetivo o ideal no resulta cumplido, pues el Derecho, en primer lugar, no tiene otra opción que utilizar conceptos **abstractos** generales, en aras de abarcar una esencia a través de un número fijo de rasgos cerrados y unívocos –los tipos legales– y, en segundo lugar, lo unívoco, en sentido estricto, solo son los conceptos numéricos. Ello no hace sino poner en evidencia que el valor informativo del lenguaje jurídico tiene sensibles límites, solo es comparativamente abstracto y preciso, y esto en diferente grado (una nota característica del lenguaje, como explica Miro-Quesada Cantuarias, es la *polisemia*, porque es susceptible de varias significaciones, multivocidad de los términos jurídicos)⁽⁵⁾. A lo expuesto se agrega, siguiendo a Kaufmann, que en el proceso de realización del Derecho, en esta constante relación entre legislador y juez, a partir de los conceptos legales, se produce una permanente redefinición de su contenido⁽⁶⁾. En consecuencia, la necesidad de interpretación es indiscutible, de suerte que el conocido aforismo “*in claris non fit interpretatio*” (otro aforismo, vinculado a esta materia sería: “*clara non indigent interpretatione*”) solo expresa la confusión entre ausencia de dificultades interpretativas y la ausencia misma de interpretación⁽⁷⁾; por lo general, toda norma, arguye Jaén Vallejo, admite variadas interpretaciones, como consecuencia natural de la vaguedad del lenguaje, el carácter genérico de las normas y su inserción en un sistema normativo relativamente complejo⁽⁸⁾.

En esta misma perspectiva, desde el enfoque propio de la argumentación jurídica, que exige justificar determinadas decisiones, dar razones de una determinada interpretación que se trata de sostener o de refutar,

- (3) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal. Parte general*. Temis, Bogotá, 1997.
- (4) DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *La Constitución abierta y su interpretación*. Palestra, Lima, 2005.
- (5) MIRÓ-QUESADA CANTUARIAS, Francisco. *Ratio Interpretandi. ensayo de hermenéutica jurídica*. Universitaria Ricardo Palma, Lima, 2003.
- (6) KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.
- (7) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín y PRATS CANUT J. Miguel. *Manual de Derecho Penal. Parte general* Aranzadi, Navarra, 2000.
- (8) JAÉN VALLEJO, Manuel. *Justicia penal contemporánea*. Librería Portocarrero, Lima, 2002.

se asume no solo un “enfoque meramente lógico deductivo” –centrado en controlar la corrección de las inferencias, del resultado del proceso de argumentación– que es la justificación interna, sino también un “enfoque material”, que exige dar buenas razones a favor o en contra de una interpretación (centrado en la “calidad” de las premisas), que es la justificación externa.

Así las cosas, en atención a las características de las normas jurídicas, en la aplicación del Derecho existen lo que Atienza denomina “casos fáciles” y “casos difíciles”, en función del grado de dificultad –siempre presente o latente– en la justificación de una determinada interpretación. Por diversas consideraciones, en un caso fácil las premisas no son discutidas y producen conclusiones aceptables sin necesidad de mayor esfuerzo argumentativo (aunque con Jescheck es de decir que toda norma requiere interpretación, lo que es válido incluso para el supuesto de un “tenor literal claro” puesto que el sentido jurídico de una disposición legal puede ser distinto a aquel que se deriva de la comprensión natural de un tenor literal aparentemente diáfano)⁽⁹⁾, pero en un caso difícil, en el ámbito de la interpretación de la premisa normativa o el “enunciado a interpretar”, excluyendo por cierto los denominados “problemas de relevancia”, radicados en la identificación de la norma o normas aplicables, existen dudas, en algunos casos muy serias, sobre cómo ha de entenderse algunos de los términos que figuran en la norma aplicable⁽¹⁰⁾.

Varios factores sustentan la duda acerca del “enunciado interpretativo”. Son: i) utilización de expresiones imprecisas (problemas de ambigüedad o vaguedad, porque el término tiene un amplio ámbito de borrosidad); ii) dificultades en la articulación del texto con otros ya existentes (problemas de lagunas y contradicciones); iii) problemas respecto al alcance de la intención del autor (relación entre intención y comunicación); iv) es problemática la relación existente entre el texto y las finalidades y propósitos a que el mismo ha de servir; y, v) es dudoso cómo ha de entenderse el texto de manera que sea compatible con los valores del ordenamiento jurídico.

Dan una respuesta a ese problema los llamados métodos de interpretación, que cumplen tanto una **función heurística** (muestra cómo llegar a formular el enunciado interpretativo) como una **función justificativa**

(9) JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Comares, Granada, 2002.

(10) ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. Ariel, Barcelona, 2003.

(sirven de justificación a esa formulación). Las reglas que desarrollan se clasifican en reglas de primer grado y reglas de segundo grado. Las de primer grado establecen cómo justificar (se clasifican en reglas lingüísticas, sistemáticas, pragmáticas, teleológicas y valorativas), y las de segundo grado prescriben cómo usar las anteriores, sobre todo cuando existen reglas de primer grado concurrentes y contradictorias (especifican las reglas de prioridad, que establecen qué criterios deben prevalecer sobre otros y en qué condiciones).

Esto último, que es lo decisivo, obliga a remontarse a alguna teoría de la interpretación. Para ello afirmo, siguiendo a Dworkin desde su concepción constructivista –aunque también se puede asumirla concepción realista–, que se trata de mostrar el objeto interpretado bajo su mejor perspectiva; es decir, una interpretación del texto de una ley que permita que, sin distorsionarla, pueda aparecer como la mejor posible, teniendo en cuenta: i) cuáles son los objetivos que se tratan de alcanzar; y, ii) los valores que hay que proteger⁽¹¹⁾; y, aquí, como apunta Atienza, la obediencia al legislador es el límite de la labor interpretativa, pero no el objetivo de la interpretación⁽¹²⁾. El “sentido literal posible de la ley”, por motivos derivados del Estado de Derecho, acota Jescheck, debe ser considerado en cualquier caso el límite externo de la interpretación, con la sola excepción del denominado “error de redacción”⁽¹³⁾.

Pareciera, entonces, como propugnan Maurach-Zipf, que el trabajo decisivo de la interpretación jurídica debe ser la finalidad del precepto jurídico en el momento de su aplicación⁽¹⁴⁾, aunque es de tener presente, como previene Hurtado Pozo, que el recurso a los criterios de interpretación no implica seguir un orden de prioridad determinado, pues su aplicación depende de las circunstancias particulares del caso concreto⁽¹⁵⁾. El intérprete, aclara Velásquez Velásquez, selecciona, prioriza, jerarquiza, combina y armoniza los métodos de que se vale, en función del hecho concreto, de la rama del Derecho que lo regula y de la estructura y valores fundamentales que inspiran el ordenamiento jurídico⁽¹⁶⁾.

(11) Ver ATIENZA, Manuel. Ob. cit.

(12) Ibídem, p. 271.

(13) Ver JESCHECK, Hans. Ob. cit. pp. 170-171.

(14) MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. *Derecho Penal. Parte General*. Astrea, Buenos Aires, 1994.

(15) Ver HURTADO POZO, José. Ob. cit. p. 219.

(16) Ver VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. Ob. cit. p. 650.

Desde la ley procesal penal, teniendo en cuenta lo expuesto, en palabras de Prieto-Castro, la labor de interpretación se ha de realizar de manera tal que no se rompa el equilibrio entre los intereses de defensa de la sociedad y del individuo contra el crimen y los intereses del sujeto imputado –que encuentra su defensa, en gran medida, en las normas que rigen el procedimiento– y por ello no se debe olvidar los fines que cumple cada etapa del proceso⁽¹⁷⁾.

La interpretación, como ya se anotó, pertenece al campo de la Teoría General del Derecho, pero es en el proceso donde las normas son interpretadas con una clara vocación aplicativa. A diferencia de las normas materiales, en el que el destinatario es un sujeto de derecho cuya conducta incide en el supuesto de hecho previsto en la norma, el destinatario de las normas procesales es el juez. En la norma procesal, enseña Serra Domínguez, se produce una identidad entre el destinatario de la misma y su intérprete, el juez debe interpretar la ley para determinar su propia conducta. De ahí que para la exacta interpretación de las normas procesales sea necesario establecer un control del juzgador mediante los recursos (v. gr.: recurso de casación, artículos 429. 1 y 3 nuevo Código Procesal Penal)⁽¹⁸⁾.

Esta especificidad de la norma procesal, es de reiterar, en modo alguno significa diferencias sustanciales con la Teoría General, aunque tal vez –insiste Serra Domínguez– adquiere mucho énfasis –aunque no necesariamente el único o el que ocupa el primer nivel jerárquico, ya que a nuestro juicio no existen jerarquías al respecto– tanto el método sistemático cuanto el método teleológico. El método sistemático se ve resaltado porque el proceso constituye una serie o sucesión de actos encaminados a la sentencia, de suerte que “(...) cada precepto de la ley se explica por todos los otros”; la unidad y coordinación de los actos del proceso constituyen un auxiliar imprescindible para la interpretación sistemática de las leyes procesales, sin la cual incluso sería imposible la armonización de las leyes especiales que regulan aspectos determinados del procedimiento y que, en la mayoría de los casos, responden a finalidades muy diversas. El método teleológico apunta en el campo procesal al fin último de la interpretación de las normas procesales: la economía procesal, vale decir, impartir

(17) PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ / DE CABIEDES, Eduardo. *Derecho Procesal Penal*. Tecnos, Madrid, 1982.

(18) SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. “Interpretación de las normas procesales”. En: *Estudios de Derecho Procesal*. Ariel, Barcelona, 1969.

justicia del modo que sea más expedito posible, sin perjuicio de las garantías individuales de las partes⁽¹⁹⁾.

Llama la atención, por ejemplo, cuando al interpretar las normas que regulan el plazo de la prisión preventiva o la prolongación de esta –que comprende el ámbito de la interpretación constitucional y del denominado método “tópico”– se invoque la interpretación *pro homine y favor libertatis* como pauta reiterada de un supuesto principio constitucional, obviando tener presente el conjunto de factores implicados en la configuración de una garantía de relevancia constitucional y las exigencias del proceso penal, a su meta de esclarecimiento y a la necesidad de aseguramiento de las personas para evitar perjuicios al desarrollo de la causa, en concordancia con las exigencias de seguridad ciudadana (véase, por todas, la sentencia Berrocal Prudencio del 23/11/2004, Exp. N° 2915-2004-HC/TC).

Hesse sostiene sobre el particular que el principio de concordancia práctica –que postula que los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo que todos ellos conserven su entidad– al que en varios fallos se ha referido el Tribunal Constitucional (véase: sentencia Arellano Cerquen del 08/04/2003, Exp. N° 0578-2003-AA/TC, y que Rubio Correa estima que debe denominarse “principio de interpretación sistemática de la Constitución”)⁽²⁰⁾ exige concurrentemente un juicio de proporcionalidad (que tratándose de los derechos fundamentales, anota González Beilfuss, se emplea como límite a la incidencia de los poderes públicos en su esfera de protección)⁽²¹⁾ para que estos alcancen una efectividad óptima, de suerte que en supuestos como el presente: revisar la legislación ordinaria desde el prisma de la garantía de la libertad personal, no es posible que la relación entre las garantías y las limitaciones constitucionales de la libertad se determinen –como criterio final– con base en una presunción de partida a favor de la libertad (*in dubio pro libertate*) que por lo demás no es propiamente un principio de interpretación constitucional⁽²²⁾.

(19) Ibídem, pp. 17-18.

(20) RUBIO CORREA, Marcial. *Lo interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2005.

(21) GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus. “Últimas tendencias en la interpretación del principio de proporcionalidad”. En: *Revista Jurídica de Catalunya*. ISSN 0210-4296, Vol. 101, N° 4, 2002.

(22) HESSE, Konrad. “La interpretación de la Constitución”. En: *Escritos de Derecho Constitucional*. CEC, Madrid, 1992.

La cláusula *pro homine* solo impone que en la duda se decida siempre en el sentido más garantizador del derecho de que se trate⁽²³⁾; y, desde esa perspectiva, si bien es obvio que no se puede invocar una disposición constitucional y convencional para violar los límites del Derecho Penal de garantías, el punto nodal y, en todo caso, de partida es el principio de concordancia práctica, de suerte que en su desarrollo la cláusula en referencia juega un papel más modesto informando en última instancia una línea final frente a supuestos de duda.

En la sentencia Sánchez Basurto, del 29/01/2003, Exp. N° 0795-2002-AA/TC, el Tribunal Constitucional anotó que esa cláusula impone la elección de la tesis que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales ante eventuales diferentes interpretaciones de un dispositivo legal; empero, lo que es de aclarar es que ello solo será posible, como ya se ha indicado, ante un supuesto de duda, siempre que no sea posible definir el alcance de un precepto según las técnicas ya apuntadas y, en especial, en atención al contenido, fines –necesidades de tutela– y valores que incorpora –y que ha de concordarse con los del ordenamiento jurídico en su conjunto– de la institución regulada por la norma en debate.

III. DERECHO PROCESAL Y NORMA PROCESAL

El nuevo Código Procesal Penal, en tres de los cuatro apartados del artículo VII del Título Preliminar, siguiendo el modelo latinoamericano impuesto desde el emblemático proyecto de Código Procesal Penal Tipo para Iberoamérica de 1978, se refiere expresamente a la ley procesal penal, a su vigencia e interpretación. Como es evidente, no define qué es una norma procesal, cuándo se está ante una ley procesal penal. Dicho artículo, aun cuando implícitamente configura diferencias importantes con la ley penal material, muy en especial en el ámbito de la irretroactividad y del derecho transitorio o intertemporal, así como en relación con la aplicación de la analogía y demás reglas de integración jurídica. También prescribe una determinada interpretación y prohíbe concretos resultados interpretativos cuando se trata de normas que, de un lado, coacten derechos procesales –expresión que deriva del vocablo coacción, que significa el poder legítimo para imponer el cumplimiento de sus disposiciones, y que se concreta en este caso en “coartar” o, lo que es lo mismo según el

(23) ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALIAGA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte general*. Ediar, Buenos Ares, 2000.

diccionario de la Real Academia de la Lengua, en limitar o restringir derechos procesales– o impongan sanciones procesales, y, de otro, no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos.

La Constitución, que propiamente no utiliza la expresión “leyes o normas procesales o de procedimiento”, por su parte, en los incisos 9) y 11) del artículo 139, proscribió la analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos –¿estas últimas son normas procesales si la restricción opera en un proceso jurisdiccional?– y estableció la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales. Cabe preguntarse, al respecto, si las normas que restringen derechos pueden ser normas procesales en la medida en que operan en un proceso jurisdiccional; de igual manera, si es posible estimar que las leyes procesales pueden ser más favorables o más restrictivas al entorno jurídico o el ámbito de los derechos procesales del imputado?

Desde el punto de vista normativo, el Derecho Procesal, de este como rama del ordenamiento jurídico, existen tres clases de normas genuinamente procesales, según consenso mayoritario. Están estructuradas, dice Asencio Mellado, en torno al trinomio conceptual constituido por las nociones de jurisdicción, acción y proceso⁽²⁴⁾; no afectan la estructura interna del conflicto al que se quiere poner fin a través del proceso. Siguiendo a De la Oliva Santos⁽²⁵⁾, serían las siguientes:

1. **Normas sobre la forma y contenido de la actividad de dispensación de la tutela jurisdiccional.** Es el núcleo, necesario pero no completo, del Derecho Procesal. Son aquellas normas de procedimiento, con arreglo a las cuales se ha de desarrollar el proceso. De un lado, comprende las normas configuradoras de los diversos tipos de procesos, con sus diversas fases y recursos; y, de otro, las normas referidas a los requisitos, intrínsecos y extrínsecos, de los actos procesales.
2. **Normas sobre presupuestos y contenido de la tutela jurisdiccional.** Aun cuando no son normas procedimentales propiamente dichas, son normas procesales pues solo tienen sentido en el ámbito jurisdiccional. Establecen los presupuestos del derecho al

(24) ASENCIO MELLADO, José María. *Introducción al Derecho Procesal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

(25) DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DíEZ-PICAZO JIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime. *Derecho Procesal introducción*. Ceura, Madrid, 2002.

proceso, se refieren directa y exclusivamente a las diversas resoluciones y actuaciones jurisdiccionales con que se dispensa la tutela jurisdiccional, así como a los efectos, en el ámbito jurisdiccional, de las resoluciones que se pronuncian sobre las peticiones de tutela jurisdiccional.

3. **Normas orgánicas, que definen la estructura y funciones de los órganos jurisdiccionales.** Son las normas sobre existencia y organización de los órganos jurisdiccionales y sobre la atribución *in abstracto* de jurisdicción y competencia. Ortells Ramos precisa que debe hacerse una distinción entre las normas orgánicas: i) las que son aplicadas fuera del proceso por diversos órganos del Estado, en especial por los órganos de autogobierno del Poder Judicial; y, ii) las que solo se aplican en el proceso, tales como las que determinan la composición de los órganos jurisdiccionales para el válido ejercicio de su potestad o la competencia de los mismos⁽²⁶⁾.

Un fenómeno del moderno constitucionalismo, del Estado Constitucional de Derecho, es la elevación a rango constitucional, supremo, de varias normas procesales; en ese sentido, tales normas tendrían *status constitucional*. En la vigente Constitución se ubican, esencialmente, en los artículos 2 y 139; desde luego, no son todas las allí indicadas, solo son aquellas que están referidas, de uno u otro modo, a los tres ámbitos normativos antes indicados. Esto último obliga a categorizar las normas procesales, en normas de jerarquía constitucional, y en normas de segundo rango: ordinarias u orgánicas, según el caso. Las primeras, por tanto, se erigen en derechos constitucionales; y, como tal, hacen referencia a las exigencias básicas relacionadas con la dignidad humana. Castillo Córdova las define como “(...) aquellas concretas expresiones de la dignidad, libertad e igualdad humanas dispuestas normativamente, que suponen un conjunto de facultades para su titular, y que vinculan positiva y negativamente al poder político (en su manifestación legislativa, ejecutiva y judicial) al punto de legitimar su actuación”⁽²⁷⁾.

Propiamente, dichas normas por referirse al órgano jurisdiccional y a su jurisdicción y competencia, así como, en palabras de Gimeno Sendra

(26) ORTELLS RAMOS, Manuel; CÁMARA RUIZ, Juan y SÁNCHEZ, Ricardo Juan, *Derecho Procesal. Introducción*. Punto y Coma, Valencia, 2003.

(27) CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales*. Universidad de Piura, ARAEditores, Lima 2003.

“(…) a la jurisdicción, los presupuestos procesales, los derechos, posibilidades, cargas y obligaciones procesales, los actos procesales, las resoluciones judiciales y la Sentencia y sus efectos (...)”⁽²⁸⁾, pueden concebirse como garantías procesales, que si se opta por la clasificación propuesta por Montero Aroca⁽²⁹⁾, se pueden catalogar como **garantías genéricas**: debido proceso, tutela jurisdiccional, defensa procesal, presunción de inocencia, y **garantías concretas**, que apuntan tanto al proceso en sentido estricto cuanto al procedimiento: juez legal, pluralidad de la instancia, legalidad procesal, etc. Estas, en su conjunto, integran, en última instancia, el ámbito de lo que Valencia Mirón denomina con toda propiedad Derecho Constitucional Procesal⁽³⁰⁾.

Las garantías procesales, en este sentido, se erigen en derechos constitucionales de incidencia procesal destinados a proteger y afianzar el cumplimiento efectivo de la Constitución en sede jurisdiccional, a los efectos de una correcta dilucidación de los derechos e intereses legítimos de las personas, que es el objeto de tutela jurisdiccional. Se resumen, enseña Gimeno Sendra⁽³¹⁾, en el derecho al debido proceso, cuya finalidad es obtener la imparcial aplicación del Derecho Objetivo al caso concreto y evitar que la verdad pueda obtenerse en el proceso a cualquier precio, provocando situaciones materiales de indefensión para alguna de las partes, o, lo que es peor, la indebida violación de otros derechos fundamentales, tal y como la libertad, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, etc. De ahí, pues, su configuración como garantías jurídicas.

La correcta identificación entre norma material y norma procesal parte de las anteriores consideraciones; o, en sentido aún más concreto, su diferenciación asume dos criterios; el segundo complementario del primero: i) desde la perspectiva de la sentencia, será norma material si determina su contenido, en el sentido de si se estima o no la pretensión ejercitada, mientras que la norma procesal atiende la admisibilidad de la pretensión, regulando los actos que preceden a la sentencia y si en esta procede o no entrar a resolver sobre el tema de fondo; y, ii) de modo complementario debe utilizarse el criterio del ámbito en el que incide la consecuencia jurídica prevista en la norma, por lo que si esa consecuencia delimita la

(28) GIMENO SENDRA, Vicente. *Introducción al Derecho Procesal*. Colex, Madrid, 2004.

(29) MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional I. Parte general*. Tirant lo Blanch, 2003.

(30) VALENCIA MIRÓN, Antonio. *Introducción al Derecho Procesal*. Comares, Granada, 2000.

(31) Ver, GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. cit., pp. 28 y 35.

conducta de los sujetos jurídicos fuera del proceso la norma es material, y si la consecuencia jurídica atiende a la conducta de las personas en cuanto sujetos del proceso y se refiere a los actos procesales, tanto a la forma, como a sus presupuestos, requisitos y efectos, la norma será procesal⁽³²⁾.

Como anotó Gómez Orbaneja, las normas procesales son las referentes al *sí* y al *cómo* de la sentencia, y las materiales son las relativas al *qué* de dicho pronunciamiento jurisdiccional⁽³³⁾.

En el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal existe una viva discusión en orden a identificar, por ejemplo, si las normas sobre prescripción son materiales o procesales, al igual que las referidas a la inmunidad y a la acusación constitucional.

1. La opción por la segunda –como norma procesal– resultaría más clara en el caso de la inmunidad y de la acusación constitucional, porque son, propiamente, en palabras de Maier, privilegios traducidos en obstáculos procesales⁽³⁴⁾, requisitos de perseguibilidad o procedibilidad, esto es, presupuestos procesales referidos a la acción penal; y, por ende, causas –negativas o positivas– de exclusión provisional de la posibilidad de juzgar. No están referidas al complejo del hecho típico y a su enjuiciamiento desde el punto de vista penal; la punición, como apunta Roxin, depende de una posterior decisión del Parlamento, en tanto la inmunidad es un suceso situado totalmente fuera de lo que sucede en el hecho⁽³⁵⁾. En igual sentido, Villavicencio Terreros sostiene que, a diferencia de la inviolabilidad, que califica de causa personal de exclusión de punibilidad, la inmunidad y la acusación constitucional solo establecen obstáculos procesales para el enjuiciamiento de determinados sujetos, dejando la posibilidad final de aplicar la pena⁽³⁶⁾.
2. No es este el caso de la prescripción del delito o acción penal –pese a lo expuesto por Roxin– y así lo ha decidido la Corte Suprema en la Ejecutoria Suprema del 22/07/2006. La institución de la prescripción se fundamenta en la ausencia de necesidad de

(32) Ver MONTERO AROCA, Juan y GONZALES COLOMER, Juan. Ob. cit., p 474.

(33) GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987.

(34) MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*. Tomo 11. Del Puerto, Buenos Aires, 2003.

(35) ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Civitas, Madrid, 1997.

(36) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2006.

pena e implica la imposibilidad de atribuir responsabilidad penal por los hechos imputados debido al transcurso de un plazo determinado. Las reglas que instituye condicionan la punición –la procedencia de la pena–, no la persecución procesal –el sí y el cómo del proceso–. Si bien las normas sobre prescripción solo se aplican en un proceso, ello no significa que sus efectos se produzcan en el ámbito procesal. Esto último es un dato irrelevante para la distinción entre norma procesal y norma material; lo esencial, en cambio, es advertir que la eficacia de la declaración de prescripción se proyecta o permanece en el ámbito extraprocesal, esa en última instancia evita la pena.

Una perspectiva distinta –en este caso parcialmente coincidente con nosotros en la conclusión para el caso específico de la prescripción– es la abordada por Maier, para quien los presupuestos procesales, las condiciones de procedibilidad que importan condiciones negativas o positivas de la persecución penal (entre las que es de incluir la institución de la prescripción), son condiciones de la punibilidad o, al menos, funcionan como ellas; su efecto material es el *ne bis in idem*, por lo que están gobernadas por los mismos principios, en consecuencia, se someten a las reglas vigentes al momento del hecho típico⁽³⁷⁾. Roxin llega a decir que las condiciones objetivas de punibilidad y los presupuestos procesales son funcionalmente equivalentes⁽³⁸⁾, aunque, claro está, no asume las consecuencias que sugiere Maier.

Ahora bien, siguiendo a Gili Pascual, si la razón que justifica la existencia de la prescripción, si su fundamento está radicado en los fines de la pena, este será la ausencia de necesidad de pena. De ser así, la prescripción es una institución propia del Derecho Penal y, por ende, las normas que la regulan son materiales, no procesales; el transcurso del tiempo es un presupuesto material de la pena⁽³⁹⁾.

Todo este esfuerzo persigue afirmar una idea central. Las inevitables relaciones mutuas entre Derecho Penal y Derecho Procesal Penal –ambos integran el sistema penal y se corresponden mutuamente–, la naturaleza instrumental del segundo, como apunta con razón Gómez Orbaneja, no debe entenderse en el sentido de que ambas disciplinas jurídicas o

(37) Ver MAIER, Julio. Ob. cit., pp. 80 y 84.

(38) Ver ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 6.

(39) GILI PASCUAL, Antoni. *La prescripción en Derecho Penal*. Aranzadi, Navarra, 2001.

sectores del ordenamiento jurídico hayan de estar informados por los mismos principios y sometidos a las mismas corrientes. El fin del proceso penal es la realización del Derecho Penal Material, no el fin mismo de este último derecho. El proceso penal sirve al Derecho Penal con sus propios medios y obedeciendo a sus propios principios⁽⁴⁰⁾, aunque, desde luego, no debe producirse una absoluta contradicción entre ellos porque haría imposible la viabilidad del propio sistema penal.

Sin perjuicio de la autonomía del Derecho Procesal Penal existen con el Derecho Penal, enfatiza Velásquez Velásquez, verdaderas relaciones de complementación⁽⁴¹⁾. En esa misma línea, García Pablos de Molina enfatiza que ambas disciplinas jurídicas, que pertenecen al Derecho Público, constituyen un binomio inseparable, pero reconoce que conceptualmente son disciplinas autónomas (el Derecho Procesal construye sus propios conceptos y técnicas y elabora los principios rectores privativos de ese sector del ordenamiento jurídico), aunque resalta que funcionalmente son inseparables –por razones lógicas, propias de las relaciones entre todo derecho material con el Derecho Procesal, y por imperativo legal– porque el Derecho Procesal existe para servir de cauce a la aplicación del Derecho Penal, y este último necesidad del Derecho Procesal para su realización⁽⁴²⁾.

IV. VIGENCIA DE LA LEY PROCESAL PENAL

La Constitución, en su artículo 103, segundo párrafo, reconoce el principio de irretroactividad de las leyes, con la excepción de la retroactividad de las leyes en materia penal cuando favorecen al reo. Tras una viva discusión respecto a las normas sobre prisión preventiva, en especial sobre las que fijan los plazos temporales de dicha medida de coerción personal, y en función de normas sucesivas que no incorporaron normas transitorias, y luego de una jurisprudencia vacilante el Tribunal Constitucional finalmente en la sentencia Llajaruna Sare del 30/01/2004, estipuló que –tratándose de conflictos entre leyes de vigencia sucesiva– si bien rige el principio *tempus regis actum*, el factor que regía la vigencia de la ley procesal era el momento en que tenía lugar el hecho o acto procesal correspondiente, sin que pueda estimarse válida la excepción en materia penal, que lo circunscribió a las leyes penales materiales, que tienen

(40) Ver GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. Ob. cit., p. 14.

(41) Ver VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ob. cit., p. 59.

(42) GARCÍA-PABLO DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal. Introducción*. Servicio de publicaciones Universidad Complutense de Madrid, 2000.

carácter sancionador: tipifican infracciones, establecen sanciones o presupuestos para su imposición, o las restrictivas o limitativas de derechos. Es obvio, por lo demás, que la Constitución parte de diferenciar ley penal y normas que restringen derechos (vid. art. 139.9). Esta posición encuentra un sólido apoyo en la precisión de Roxin, cuando acota que “(...) conforme a su tenor literal y a su historia, el principio de legalidad se ciñe a las acciones punibles y a las sanciones que deben imponérseles, y no protege la confianza en que haya lagunas en el ordenamiento procesal”⁽⁴³⁾.

El apartado uno, primera parte, del artículo VII Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal reiteró parcialmente esa doctrina. Incorporó dos factores o elementos claves: la irretroactividad de la ley y el desarrollo temporal sucesivo del proceso, cuyo fundamento está en la legalidad procesal. Estableció, desde esa perspectiva, que la ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es la que rige al tiempo de la actuación procesal: ese es el *diez a quo*; asume, por tanto, la teoría de la aplicación inmediata⁽⁴⁴⁾. Ello significa que al proceso que se inicie estando en vigor una determinada ley procesal se le aplicará dicha ley, con absoluta independencia del objeto procesal correspondiente, que estará regido por el derecho sustantivo en vigor en el tiempo preprocesal propio del caso; la “hora del proceso” es diferente de la “hora del delito”, de ahí que es absurdo afirmar, como en su día lo hizo De Castro, que existe una retroactividad tácita de la ley procesal. Solo se entenderá que una ley procesal es retroactiva cuando los efectos procesales producidos por actos procesales realizados bajo el imperio de una ley procesal dada, queden anulados o modificados por una ley procesal entrada posteriormente en vigor⁽⁴⁵⁾; para ser calificadas de retroactivas deben privar de validez a los actos procesales ya cumplidos.⁽⁴⁶⁾ La referencia temporal es, pues, el acto procesal a realizar.

Ahora bien, comoquiera que los cambios normativos pueden alterar seriamente el derecho a la seguridad jurídica, “(...) en cuya virtud las partes tienen el derecho a saber de antemano que su pretensión y su defensa se ejercitarán en un procedimiento en el que el programa de posibilidades, cargas y obligaciones procesales ha de encontrarse legalmente preestablecido, pues podría provocar indefensión material a alguna de

(43) Ver ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 164.

(44) MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Tomo I, Temis, Bogotá, 1996.

(45) Ver ORTELL RAMOS, Manuel y CÁMARA RUIZ, Juan. Ob. cit., p. 427.

(46) LEVENE, Ricardo (h). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Depalma, Buenos Aires, 1993.

las partes, si el legislador decidiera sorpresivamente menguar, modificar o transformar tales posibilidades y cargas procesales reguladas en la ley procesal derogada, con arreglo a las cuales ambas partes elaboraron, en su día, su estrategia procesal”⁽⁴⁷⁾, la segunda parte de dicha norma estipula que continuarán rigiéndose por la ley procesal anterior tres tipos de actos: i) los medios impugnatorios ya interpuestos; ii) los actos procesales con principio de ejecución; y, iii) los plazos que hubieran empezado. En estos supuestos se asume la concepción de la aplicación ultractiva de la norma derogada, en tanto se toma en cuenta el conjunto de las expectativas procesales abiertas a los litigantes al iniciarse el proceso.

Esa excepción, a mi juicio, es compatible con la exigencia constitucional de interdicción de sometimiento a los justiciables a procedimientos distintos a los previamente establecidos (art. 139, inc. 3, segundo párrafo, de la Const.); y, por cierto, traduce un modo de entender la radicalidad de los cambios normativos en materia procesal, típicos de la historicidad del Derecho en general. Someter a una parte procesal a nuevas normas cuando los actos procesales, en perspectiva inicial o de ejecución, ya tuvieron lugar o cuando el acto procesal está sujeto a determinados plazos (v. gr.: delimitación temporal de la prisión preventiva), significa vulnerar el principio de seguridad jurídica o, en todo caso, sacrificar desproporcionadamente los derechos subjetivos. Estas son, según entiendo, las pautas que en buena cuenta constituyen los ejes hermenéuticos para decidir cuándo una modificación de una concreta institución procesal, en pureza de verdad, transforma o cambia radicalmente el procedimiento preestablecido. Es obvio que no se está ante una necesidad de delimitación cuando la nueva norma impone una modificación sin mayor incidencia en los derechos procesales de las partes; y, derechos procesales solo son aquellos de jerarquía constitucional de directa incidencia procesal, pues salvo estos y las obligaciones, de igual entidad constitucional, a las partes solo les asisten posibilidades y cargas procesales⁽⁴⁸⁾.

Desde la perspectiva abordada resulta, por lo menos, sorprendente sostener, como insiste el Tribunal Constitucional desde la sentencia Saldaña Saldaña, del 10/12/2003, Exp. N° 2196-2002-HC/TC, que la morigeración del *tempus regis actum*, aunque con mayor precisión, debe decirse *tempus regit processum*, en cuya virtud, precisan Quintero-Prieto,

(47) Ver GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. cit., p. 324.

(48) Ibídem, p. 244.

“(…) antes que la situación jurídica procesal se concrete no puede hablarse de un determinado tribunal o de un determinado procedimiento, o de un rito probatorio (...)”⁽⁴⁹⁾ tiene lugar, sin ningún parámetro de delimitación –lo que sin duda alguna no es correcto– por la directa invocación de la garantía normativa que proscribe el sometimiento a un procedimiento distinto de los previamente establecidos en la ley que, como es evidente, se sustenta en el principio de seguridad jurídica; y, por ello, el momento que ha de marcar la legislación aplicable para resolver un determinado acto procedimental estaría representado por la fecha en la cual se inicia el procedimiento respectivo.

Sin embargo, como es sabido, una cosa es el acto de incoación de un procedimiento concreto y otra es el factor de aplicación de la norma procesal desde la perspectiva temporal, que está en función de un específico acto procesal y es el que tendrá lugar en un momento determinado. De este modo, un cambio normativo, siempre apreciable en la fecha de la concreta realización del acto procesal –no del procedimiento en su conjunto– no podrá aplicarse a los sucesivos actos procesales de un procedimiento en curso cuando entrañe una alteración radical de este último, apreciable tanto desde la perspectiva del principio de seguridad jurídica cuanto desde la razonabilidad del derecho sustantivo o procesal que puede sacrificarse; y, desde los cambios parciales introducidos por una ley procesal ulterior, estos no podrán modificar los tres tipos de actos antes señalados: recursos ya interpuestos, actos con principio de ejecución y actos dependientes de plazos que están en giro.

Puede ser muy útil e ilustrativo a este respecto, como sugiere Monroy Gálvez, utilizar la expresión “ley procesal” para identificar al conjunto de normas procesales que tienen un origen temporal y espacial idéntico, además de un enfoque unitario de una determinada área del sistema jurídico procesal. En tal virtud, cuando una *ley procesal* se incorpora a un sistema procesal lo hace para modificar sustancialmente un ordenamiento procesal⁽⁵⁰⁾ (utilizando las palabras de Maier: ley procesal como sinónimo de norma con gran trascendencia, que importa la renovación total del procedimiento a seguir o que introduce una variación del procedimiento de cierta importancia).⁽⁵¹⁾

(49) QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Teoría General del Proceso*. Temis, Bogotá, 1995.

(50) Ver MONROY GÁLVEZ, Juan. Ob. cit., p. 151.

(51) Ver MAIER, Julio. Ob. cit., p. 246.

Así las cosas, es factible sostener, con toda propiedad, que a este modo de entender la expresión “ley procesal” se refiere en esencia a la prescripción constitucional del segundo párrafo del inciso 3 del artículo 139 de la Constitución. Y, sobre esa base, la expresión “normas procesales” puede utilizarse, en el ámbito del último extremo del apartado I) del artículo VII del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal, para identificar aquellos preceptos que modifican precisos ámbitos o instituciones de una ley procesal –situaciones muy concretas del *iter* procesal– supuestos en los que dichas normas, excepcionalmente, tendrán efectos ultractivos.

El apartado 2 del artículo VII Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal introduce otra excepción en materia de ley procesal penal, y de este modo consagra una aplicación discriminada de la regla de la retroactividad de la ley procesal. Impone la retroactividad de las leyes procesales más favorables al imputado, incluso a los actos ya concluidos, si fuera posible, cuando se refieren a derechos individuales. En ese sentido, la regla en análisis introduce en los procesos pendientes el principio *pro reo* o *favor libertatis* en el ámbito jurisdiccional penal, lo que constituye un consenso entre los juristas, que aceptan la retroactividad “(...) siempre que el cambio sea en bien de la justicia. De manera que, cuando se trata de disposiciones relativas a la organización judicial, a la jurisdicción y a la cantidad de evidencia, las mismas no pueden tener efecto retroactivo ni ser ultractivas excepto en aquello que sea favorable al imputado”⁽⁵²⁾. Dos problemas presenta esta disposición: a) la identificación de normas procesales referidas a derechos individuales; y, b) la aceptación de que en el ordenamiento procesal existen normas procesales más favorables y también normas desfavorables.

En primer lugar, es de entender que las normas que se refieren a derechos individuales han de ser procesales, no materiales. Estas últimas, por lo demás, están sujetas a los criterios de interpretación que establece el artículo 103, segundo párrafo de la Constitución, según la reforma constitucional realizada mediante la Ley N° 28389, del 18/11/2004. El nuevo Código Procesal Penal, en función de su objeto de regulación, no se ocupa de ellas.

La nueva disposición constitucional, como apunta Muro Rojo, i) se adhiere a la **teoría de los hechos cumplidos**, en cuya virtud la ley, desde

(52) NEVARES-MUNIZ, Dora. *Derecho Penal puertorriqueño. Parte general*. Instituto para el Desarrollo del Derecho, San Juan, 2005.

su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes –que aún subsisten y a las que habrá de aplicarse la nueva legislación, entendiéndose que esta no alcanzará a los efectos o consecuencias ya producidas, las cuales se habrán regido por la ley anterior, tornándose en inmodificables–; y, adicionalmente, ii) ratifica el carácter irretroactivo de las normas legales, salvo en materia penal cuando la norma es más favorable al reo⁽⁵³⁾. Por otro lado, pero en la misma perspectiva analizada, el artículo 139, inciso 11, de la Constitución estipula que en caso de conflicto de leyes penales, las cuales por su propia naturaleza limitan derechos individuales (v. gr.: libertad personal, patrimonio y otros, asociados a las penas privativa de libertad, restrictivas de derechos, multa e inhabilitación), se aplica la más favorable al procesado. Es de entender que un supuesto de conflicto normativo es la sucesión de normas en el tiempo.

Esta disposición está referida, entonces, a las denominadas normas funcional-procesales, es decir, a las normas referidas tanto a los presupuestos y contenido de la tutela jurisdiccional, cuanto a la forma y contenido de la actividad tendente a dispensar la tutela jurisdiccional, en la medida en que regulan los requisitos, intrínsecos y extrínsecos, de los actos procesales que van a incidir, o se refieran, a los derechos individuales del imputado, sean de jerarquía constitucional o de rango meramente legal directamente derivados de aquellos, que en buena cuenta hagan posible su restricción o modulación según las diversas situaciones procesales que se presenten (v. gr.: medidas de coerción personal, medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos, recursos impugnatorios, asistencia letrada, no autoincriminación, etc.); y, por tanto, tengan entidad para incidir o comprometer, de uno u otro modo, tales derechos individuales.

El citado apartado 2, como consecuencia de lo anterior, reconoce que tales normas pueden ser más favorables o menos favorables a la posición o entorno jurídico del imputado, pueden conceder facultades o derechos procesales al imputado. Es posible, por consiguiente, que la nueva norma al regular de un modo más estricto la medida de prisión preventiva u otra medida de coerción personal o real, introducir una nueva regla más amplia en materia de impugnaciones o incorporar una nueva posibilidad de actuación probatoria, sin duda beneficie las expectativas procesales

(53) MURO ROJO, Manuel. “Aplicación de la Ley en el tiempo”. En: *La Constitución comentada*. Tomo 11, Gaceta Jurídica, Lima, 2006.

del imputado, lo cual por cierto debe analizarse en el caso concreto, no en abstracto.

Por tanto, no existen normas procesales, en esa materia, que puedan calificarse de neutras, o de contenido incoloro como postulan Quintero y Prieto; mencionar, como lo hacen, que “(...) están desvinculadas de cualquier criterio de favorabilidad, (...) el que siempre riñe en esencia con la idea de un procedimiento de aplicación de la norma sustancial que se desenvuelve en perfecto contradictorio, siendo entonces imposible que se pregone que una norma favorece a tal parte o desfavorece a tal otra”⁽⁵⁴⁾, es desconocer cómo actúan las normas procesales y su relación con el Derecho Material. De uno u otro modo, las normas procesales se expresan, animadas por una concreta política criminal, en una restricción o en una ampliación de los derechos, posibilidades y cargas acordadas a las partes y, en especial, al imputado. Siendo así, la determinación de la favorabilidad, de apreciación concreta, caso por caso, es susceptible de valorarse; y, en tal situación, cuando el juicio valorativo concluya que las normas nuevas son más favorables al imputado, entonces, se aplicará retroactivamente a actos procesales en curso, ya iniciados y regidos por la norma anterior, así como a actos ya concluidos, supuesto último en que demandará su renovación, siempre que sea posible hacerlo.

V. REGLAS ESPECIALES DE INTERPRETACIÓN

El apartado 3 del artículo VII del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal incorpora dos reglas de interpretación de las normas procesales penales. La primera impone una interpretación restrictiva cuando se trata de normas que restrinjan la libertad, el ejercicio de derechos procesales o un poder conferido a las partes, o establezcan sanciones procesales. La segunda prohíbe la interpretación extensiva y la analogía tratándose de normas procesales, que no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos. Traduce en buena cuenta el vocablo: “*favorabilidad ampliando sunt, odiosa restringenda*” (lo favorable debe ampliarse y lo odioso restringirse).

Como fluye de su texto el precepto en análisis, en primer lugar, se identifica una concreta modalidad de norma procesal: aquella que incida en determinados ámbitos concretamente delimitados; libertad personal,

(54) Ver QUINTERO, Beatriz Manuel y PRIETO, Eugenio. Ob. cit., p. 42.

derechos procesales, poderes de actuación y sanciones procesales; y, en segundo lugar, sobre esa clasificación, afirma un determinado resultado interpretativo: el restrictivo, prohíbe otro: el extensivo, y proscribe la analogía *in malam partem*.

Según el precepto analizado, existen:

1. Normas procesales que coactan o, mejor dicho, coartan la libertad de las personas –en especial del imputado y, en muy pocos casos, del agraviado y de testigos–. Se trata de aquellas normas procesales directamente derivadas de normas constitucionales que introducen disposiciones que limitan o restringen la libertad de las personas, que desarrollan, obviamente con pleno respeto del principio de proporcionalidad, la limitación del derecho a la libertad individual en general, con especial énfasis en la libertad personal, deambulatoria, de los justiciables autorizada constitucionalmente; y, ellas se encuentran, en su esencia, en las denominadas medidas limitativas de derechos: medidas provisionales e instrumentales restrictivas de derechos, en tanto en cuanto suponen injerencias en los derechos fundamentales de las personas referidos a la libertad individual. Bertolino precisa que ese es el ámbito donde se puede hallar, sin mengua de otros, el material propio a interpretar con la cortapisa restrictiva⁽⁵⁵⁾.
2. Normas procesales que limitan los derechos procesales de las personas. Están referidas a todos aquellos derechos fundamentales de incidencia procesal, distintos de la libertad personal, como serían los vinculados a la tutela jurisdiccional, debido proceso (v. gr.: normas sobre excusa y recusación, publicidad de actos procesales, régimen de la oralidad, plazos procesales, etc.), defensa procesal, recursos impugnatorios, etc. La interpretación restrictiva en este ámbito, arguye Bertolino, hace referencia a la reducción, en sus contenidos y alcances, de los derechos de que se trate⁽⁵⁶⁾.
3. Normas procesales que limitan un poder conferido a las partes. Esas normas, como indica Llobet Rodríguez, reconocen una

(55) BERTOLINO, Pedro J. *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado y Concordado*. Depalma, Buenos Aires, 1999.

(56) Loc. cit. Ídem.

facultad de hacer o de abstenerse de hacer algo⁽⁵⁷⁾. Se corresponden, en pureza, con las “posibilidades procesales”, esto es, con las ocasiones u oportunidades procesales que se les ofrecen a las partes en el curso del proceso, y mediante cuyo ejercicio a través de los correspondientes actos procesales obtienen determinadas ventajas o acrecientan sus expectativas de una sentencia favorable; y, también, si es que la norma las crea o agrava, con las “cargas procesales”, vale decir, con los actos procesales que deben realizar las partes a fin de que pueda prevenir una desventaja procesal o, en último término, evitar una sentencia desfavorable⁽⁵⁸⁾.

4. Normas procesales que establezcan sanciones procesales. Según Creus, son aquellas normas que indican como causas que impiden la realización de actos procesales o, una vez llevados a cabo, le quitan valor de tales en el proceso⁽⁵⁹⁾. Sanción procesal, anota De la Rúa, es la privación al acto de los efectos producidos o que debía producir. Se suelen clasificar según sea la causa, el momento o el particular efecto de la sanción procesal. Serían las siguientes: i) nulidad, es la sanción procesal por la que se elimina un acto por la inobservancia de un requisito modal extrínseco relativo a su estructura exterior; ii) caducidad, es la sanción que produce la ineficacia del acto por haberse perdido el poder para cumplirlo; iii) inadmisibilidad, es la imposibilidad de que un acto ingrese al proceso por carencia de ciertos requisitos formales externos; y, iv) preclusión, es la sanción que invalida un acto porque su cumplimiento era incompatible con una conducta procesal anterior⁽⁶⁰⁾. D’Albora incluye entre las sanciones procesales las normas que imponen; v) sanciones disciplinarias, pues están encaminadas a obtener el desarrollo de un proceso sin dilaciones ni anomalías, normas que no pueden escapar al principio de legalidad⁽⁶¹⁾.

Las cuatro clases o modalidades de normas procesales antes indicadas, estatuye el precepto comentado, serán interpretadas restrictivamente. Hacer mención a la interpretación restrictiva, dice Maier,

(57) LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Proceso penal comentado*. Jurídica Continental, San José, 2001.

(58) Ver GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. cit., p. 244.

(59) CREUS, Carlos. *Derecho Procesal Penal*. Astrea, Buenos Aires, 1996.

(60) DE LA RÚA, Fernando. *Proceso y justicia. Temas Procesales*. LEA, Buenos Aires, 1980.

(61) D’ALBORA, Francisco J. *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado, comentado, concordado*. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.

no implica la mayor o menor cantidad de factores que son tomados en cuenta por el intérprete para resolver dudas o imprecisiones de la norma, sino, por el contrario, se circunscribe a la mayor o menor amplitud del resultado de la interpretación, en síntesis, de que el resultado abarque más o menos casos⁽⁶²⁾. Quintero Olivares aclara que tal interpretación –que también comprendería la interpretación extensiva– solo será posible respecto de una norma que admite un alcance diverso en sede interpretativa⁽⁶³⁾.

En consecuencia, el resultado interpretativo que corresponde, en primer término, es el que se ajusta al sentido del texto en que la norma se halla formulada; y, si es factible, varios resultados interpretativos con cierto sentido de razonabilidad, es de optar por la restrictiva si se trata de normas antes citadas, y frente a otro tipo de normas procesales, cabría siempre acudir al principio “*in dubio pro libertatis*”, como está estipulado por el artículo 139-11 de la Constitución, para optar por la más favorable⁽⁶⁴⁾.

Conforme postula Hurtado Pozo, interpretación restrictiva es aquella que limita el significado de una expresión estrictamente al núcleo de la representación; reconoce como sentido de la ley el núcleo de su significación⁽⁶⁵⁾, sin que ello signifique, por cierto, optar o partir exclusivamente de una interpretación gramatical –formalismo literal–, con exclusión de la finalidad actual, en el momento de su interpretación, del precepto procesal, a fin de determinar su sentido razonable.

Es obvio que la interpretación no es un procedimiento rígido, ni el intérprete es ajeno al contexto en el que determina el sentido de la norma, así como que la norma presenta numerosos problemas, aspectos dudosos, apunta a un sentido que puede ser incluso confuso y tiene una orientación que es del caso determinar. Empero, en esos casos, identificada la clase de norma que ya se ha indicado, la regla examinada introduce un mandato interpretativo de hacerlo restrictivamente, que el resultado de la operación que se realice sea restrictivo.

El segundo extremo del apartado 3 del artículo VII del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal estipula la prohibición de la

(62) MAEIR, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Del Puerto, Buenos Aires, 1996.

(63) Ver QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín. Ob. cit., p. 154.

(64) COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T S. *Derecho Penal - Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

(65) Ver HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 222.

interpretación extensiva y la analogía, en tanto no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos. Este extremo normativo, a diferencia del anterior –previsto en la primera parte del precepto– no se refiere exclusivamente a normas que coarten la libertad de las personas, circunscriptas a las medidas de coerción personal y a la búsqueda de pruebas y restricción de derechos referidos a la libertad deambulatoria, o el ejercicio de los derechos procesales de las personas (de ahí que es un error señalar que existe una duplicidad innecesaria de prescripciones normativas), sino a aquellas normas procesales no directamente restrictivas, que interpretadas en algún sentido pueden importar –innecesaria y desproporcionadamente– desde el resultado interpretativo, un desfavorecimiento para la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos (no de cualquier persona, sujeto o participante procesal). Lo que el precepto prohíbe, de un lado, es la interpretación extensiva y, de otro, la analogía *in malam partem*.

La interpretación extensiva, siempre siguiendo a Hurtado Pozo, es la que comprende siempre dentro del sentido literal posible hasta el sector marginal; esto es, además del núcleo de representación, incorpora los casos situados en la zona marginal de dicho núcleo.⁽⁶⁶⁾

La analogía, por otro lado, apunta Bacigalupo, importa la aplicación de la ley a un caso similar al legislado pero no comprendido en su texto⁽⁶⁷⁾; y, su prohibición está condicionada a que perjudique la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos, no que por esa vía se le favorezca (analogía *in bonam partem*). Se trata, en suma, de una pauta de integración jurídica, de 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⁽⁶⁸⁾. Dos son, por tanto, los requisitos de la analogía: a) existencia de **laguna** en el Derecho Positivo, esto es, ausencia total de regulación o una regulación deficiente de una materia jurídica que no comprende ni abarca un conjunto de supuestos necesitados de regulación normativa; y, b) **identidad de razón**, que implica la convergencia de dos elementos: necesidad de semejanza, relevante o esencial, entre el caso regulado y el caso no previsto, y la identidad de razón y fundamen-

(66) Loc. cit.

(67) BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*. ARA Editores, Lima, 2004.

(68) URQUIZO OLAECHEA, José. “El principio de legalidad en materia penal”. En: *La Constitución comentada*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2006.

to entre ambos supuestos que haga viable la aplicación de una norma o un instituto jurídico al supuesto no regulado.⁽⁶⁹⁾

Es de prevenir que el recurso a la analogía, aclara Rubio Correa, solo será viable cuando exista, o se fundamente, en la determinación de la *ratio legis* de la norma, como criterio definitorio de la semejanza o no entre los rasgos esenciales de la descripción hecha en el supuesto de hecho de una norma respecto al supuesto de hecho objeto de comparación; y, en cambio, no lo será cuando la norma utilizada no sea una norma de sanción o una norma que imponga obligaciones, prohibiciones o excepciones, o se trate de una norma especial, en las que su *ratio legis* implica esencialmente una aplicación restrictiva y no extensiva⁽⁷⁰⁾. En el caso de las normas procesales esa posibilidad se concreta, solo en la medida en que produzca efectos favorables al entorno jurídico del imputado (*ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*).

Polaino Orts, en el trabajo incluido en el Anuario de Derecho Penal 2005⁽⁷¹⁾, sostiene que el artículo VIII, apartado 3 del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal, en primer lugar, es objeto de la interpretación restrictiva la ley –procesal– en su conjunto, en su totalidad; y, en segundo lugar, que el segundo extremo del precepto es una concreción o una delimitación *ex negativo* de la pauta restrictiva descrita en el primer extremo del precepto. Por otro lado, entiende que el precepto establece una restricción adicional a la restricción ya infligida, una restricción de la restricción, y además el legislador, que la introdujo, incurre en un error lógico y metodológico, en tanto se desconoce en qué términos regula el legislador la restricción de un derecho o de un poder procesal.

Revisado el precepto, en clave procesal, y siguiendo a Chiovenda, es importante aclarar, como lo hace Monroy Gálvez, que los términos “ley procesal” y “norma procesal”, a todos los efectos, y más aún a los efectos prácticos derivados de la interpretación y aplicación de las disposiciones legales, son sinónimos⁽⁷²⁾. Se entiende, desde una perspectiva racionalmente diferenciadora, que una disposición legal, un precepto o, incluso, una

(69) CASTILLO ALVA, José. *Principios de Derecho Penal - Parte General*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

(70) RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2001.

(71) POLAINO ORTS, Miguel. *¿Odiosa sunt restringenda, favorabilia sunt ampliando? Sobre los límites de la interpretación de los derechos procesales: acotaciones al artículo VII inciso 3 del Código Procesal Penal del Perú, Anuario de Derecho Penal 2005*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2006.

(72) Ver MONROY GÁLVEZ, Juan. Ob. cit., p. 161.

ley, puede contener –y de hecho es así en muchísimos casos– una o más normas procesales, cada una de ellas con un supuesto de hecho concreto y consecuencias jurídicas puntuales, por tanto, habrá de entender sus alcances o sentido por separado, institución por institución.

Como se ha expuesto en el acápite 26, los dos extremos del tercer apartado comentado tienen ámbitos de aplicación distintos, aunque tal vez puedan presentarse en algún supuesto limitadas coincidencias –en el que sí se tratará de una especificación *ex negativo*– tanto en relación con el sujeto afectado cuanto por el bien o interés jurídico vulnerado.

¿Restricción de la restricción? No lo creo. Entiendo que cabe diferenciar una concreta norma procesal que restrinja la libertad, el ejercicio de los derechos procesales, limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, de una regla de interpretación que disponga, realizadas las operaciones que fuera menester para determinar su sentido con pleno respeto del sentido literal posible del texto de una norma procesal y en armonía con los objetivos que pretende alcanzar y los valores que han de protegerse, y en tanto pueda admitirse un alcance diverso en sede interpretativa, optar directivamente por la solución más favorecedora al afectado; por tanto, no hay tal error lógico o metodológico, sino la asunción de una perspectiva jurídica de favorabilidad, mayoritaria en el Derecho Procesal latinoamericano.

■ BIBLIOGRAFÍA

- ASENCIO MELLADO, José María. *Introducción al Derecho Procesal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- ATIENZA, Manuel. *El sentido del Derecho*. Ariel, Barcelona, 2003.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*. ARA Editores, Lima, 2004.
- BERTOLINO, Pedro J. *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado y Concordado*. Depalma, Buenos Aires, 1999.
- CASTILLO ALVA, José. *Principios de Derecho Penal - Parte General*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales*. Universidad de Piura, ARA Editores, Lima 2003.
- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T S. *Derecho Penal - Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- CREUS, Carlos. *Derecho Procesal Penal*. Astrea, Buenos Aires, 1996.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; Díez-PICAZO JIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime. *Derecho Procesal introducción*. Ceura, Madrid, 2002.

- DE LA RÚA, Fernando. *Proceso y justicia. Temas Procesales*. LEA, Buenos Aires, 1980.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *La Constitución abierta y su interpretación*. Palestra, Lima, 2005.
- D'ALBORA, Francisco J. *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado, comentado, concordado*. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.
- GARCÍA-PABLO DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal. Introducción*. Servicio de publicaciones Universidad Complutense de Madrid, 2000.
- GILI PASCUAL, Antoni. *La prescripción en Derecho Penal*. Aranzadi, Navarra, 2001.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *Introducción al Derecho Procesal*. Colex, Madrid, 2004.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus. "Últimas tendencias en la interpretación del principio de proporcionalidad". En: *Revista Jurídica de Catalunya*. ISSN 0210-4296, Vol. 101, N° 4, 2002.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987.
- HESSE, Konrad. "La interpretación de la Constitución". En: *Escritos de Derecho Constitucional*. CEC, Madrid, 1992.
- HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2005.
- JAÉN VALLEJO, Manuel. *Justicia penal contemporánea*. Librería Portocarrero, Lima, 2002.
- JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Comares, Granada, 2002.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.
- LEVENE, Ricardo (h). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Depalma, Buenos Aires, 1993.
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Proceso penal comentado*. Jurídica Continental, San José, 2001.
- MAEIR, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Del Puerto, Buenos Aires, 1996.
- MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Del Puerto, Buenos Aires, 2003.
- MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. *Derecho Penal. Parte General*. Astrea, Buenos Aires, 1994.
- MIRÓ-QUESADA CANTUARIAS, Francisco. *Ratio Interpretandi. Ensayo de hermenéutica jurídica*. Universitaria Ricardo Palma, Lima, 2003.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Tomo I, Temis, Bogotá, 1996.
- MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional I. Parte general*. Tirant lo Blanch, 2003.

- MURO ROJO, Manuel. “Aplicación de la Ley en el tiempo”. En: *La Constitución comentada*. Tomo 11, Gaceta Jurídica, Lima, 2006.
- NEVARES-MUNIZ, Dora. *Derecho Penal puertorriqueño. Parte general*. Instituto para el Desarrollo del Derecho, San Juan, 2005.
- ORTELLS RAMOS, Manuel; CÁMARA RUIZ, Juan y SÁNCHEZ, Ricardo Juan, *Derecho Procesal. Introducción*. Punto y Coma, Valencia, 2003.
- POLAINO ORTS, Miguel. ¿Odiosa sunt restringenda, favorabilia sunt ampliando? *Sobre los límites de la interpretación de los derechos procesales: acotaciones al artículo VII inciso 3 del Código Procesal Penal del Perú*, *Anuario de Derecho Penal* 2005. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2006.
- PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ / DE CABIEDES, Eduardo. *Derecho Procesal Penal*. Tecnos, Madrid, 1982.
- QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Teoría General del Proceso*. Temis, Bogotá, 1995.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín y PRATS CANUT J. Miguel. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Aranzadi, Navarra, 2000.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Civitas, Madrid, 1997.
- RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2001.
- RUBIO CORREA, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2005.
- SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. “Interpretación de las normas procesales”. En: *Estudios de Derecho Procesal*. Ariel, Barcelona, 1969.
- URQUIZO OLAECHEA, José. “El principio de legalidad en materia penal”. En: *La Constitución comentada*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2006.
- VALENCIA MIRÓN, Antonio. *Introducción al Derecho Procesal*. Comares, Granada, 2000.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal. Parte general*. Temis, Bogotá, 1997.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2006.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALIAGA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte general*. Ediar, Buenos Aires, 2000.

La intervención de las comunicaciones telefónicas en el ordenamiento peruano

I

La Constitución peruana no solo reconoce, genéricamente, el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 2.7), sino, específicamente, el derecho al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones (art. 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 27/01/2009, la cual se protege –citando la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, STEDH) Halford, del 27/05/1997– 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.

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 intromisiones 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 solo por ley –así, artículos 1 1.2 y 30 de la 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 27/01/2009, 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 cree 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 Exp. N° 712-2005/HC, del 17/10/2005). En esa misma línea en la STC Exp. 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 03/03/2004 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.

En cuanto al derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones (art. 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, alámbricos o inalámbricos, 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 de 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 predicán 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 14/05/2007.

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 escritas con otras personas, sea cual fuere su contenido, no pueden ser escuchadas, espiadas, interceptadas, conocidas ni hechas públicas sin su consentimiento, por terceros o autoridades. El ataque prohibido puede provenir tanto del Estado como de personas privadas, y este puede entenderse como la intervención, la grabación y la divulgación de las comunicaciones (SCIDH Escher y otros vs. 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 del 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 06/09/1978). Es de anotar que nuestra Constitución solo 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 –solo 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); de ii) comunicación entre personas físicamente presentes en un mismo tiempo y lugar.

El Tribunal Constitucional peruano ha delimitado tres puntos con 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 Exp. N° 002863-2002/AA, del 29/01/2003). 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 Exp. N° 00774-2005/HC, del 08/03/2005). La amplitud, así concebida, comprende las comunicaciones mediante telefonía digital o por satélite. “No solo 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 01/06/2001).
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 Exp. N° 2863-2002/AA, del 29/01/2003). No obstante ello, el Tribunal Constitucional

(STC Exp. N° 655-2010/PHC/TC, del 27/10/2010), repitiendo acriticamente la SCIDH Escher y otros v. Brasil, 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 solo 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 N° 114-1984, del 29 de noviembre, y, luego, la STSE N° 891-2006, del 22 de setiembre: “(...) 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, 17/02/2003; Macri, 13/06/1997; Ralla, 20/04/1999). 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”.

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 N° 70-2002, una interferencia en el proceso de comunicación; aunque la STSE N° 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 solo 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 solo para dejar constancia de las mismas (STSE N°s 1300-2001, del 28 de junio; 2384-2001, del 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 N° 1086-2003, del 25 de julio, señaló que: “(...) esta diligencia no supone [incluso] ninguna intromisión en el derecho a la intimidad [porque] (...) solo sirve para acreditar los usuarios de los teléfonos intercomunicados, sin entrar en el contenido de las conversaciones (...)”. La STSE N° 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 destinatario de la llamada, ni el tiempo ni, en la mayoría de los supuestos las horas de su relación, tan solo 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, del 2 de marzo).

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– solo 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”.

La Ley que desarrolla la interceptación de comunicaciones, siguiendo la doctrina del TEDH en las sentencias Kruslin, Huvig y Valenzuela Contreras –STEDH del 24/04/1990 y 30/07/1998–, 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 realizadas, 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.

Estas garantías permiten proteger la propia libertad de comunicación, que es puesta en peligro no solo 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.

II

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, expediente N° 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 N° 1954-2000, del 01/03/2000, es básica al respecto.

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 06/07/2009, 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 CPP de 2004, 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 esta, 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 N° 199-1987, del 16 de diciembre. Sin embargo, en el Perú, la convalidación judicial no está prevista por el CPP de 2004 para esta clase de medidas –si la tiene, por ejemplo, la Ley Argentina 28.873, de 2004: artículo 236, 2^{do} párrafo, CPP de la Nación y el artículo 100-B, II, 4 OPP alemana–. En conclusión, los jueces tienen el monopolio de autorizar la adopción de interceptación 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 –esta 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 esclarezcerlo (Cas. Argentina, 13/07/2000, 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 con 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 inferencia 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 solo 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 este 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, 04/03/1998; Núñez, 07/09/1998; Chueque, 28/03/2003). Lo que se requiere, dice la jurisprudencia germana, seguida por la STSE N° 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 estos lograrse por medios menos gravosos para los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad vetaría su adopción (STCE N° 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 11/06/1999), 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 que el imputado utiliza su conexión telefónica.

No interesa que sea un teléfono familiar, ubicado en lugar público 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 de 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.

La protección legal contra la interceptación ilícita es tanto de carácter penal como procesal. Así, el artículo 162 del Código Penal 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.

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 CPP de 2004 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.

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 solo 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.

III

El CPP de 2004 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 de 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.

El CPP de 2004 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 ilación 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.
6. Actos realizados por el fiscal con orden judicial: intervención y grabación de comunicaciones, allanamiento, levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria.

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 esta 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 del CPP de 2004, mientras que la ejecución de la medida y su control lo están en el artículo 203 del CPP de 2004.

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 del 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 18/06/1992)–. 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”.

IV

La regulación específica de la intervención, grabación, registros de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación, como se dice en el artículo 230 del CPP de 2004, 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].

Se ha de entender por intervención telefónica, en los términos del artículo 230 del CPP de 2004, 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 estas, 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.

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 recaudas 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 aquel determinadas comunicaciones, o que el investigado utiliza su comunicación (cfr.: art. 100-A *in fine* OPP: “(...) solo 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 transmitidas por este, 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 estas 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 degenera 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 N° 75-2003, del 23/01/2003), siempre con suficiente base objetiva (STCE N° 49-1999, del 05/04/1999), respecto de los que no cabe una constatación previa judicial (STSE N° 1426-2002, del 18/07/2002)– 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.

Solo 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.

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 con relación al resultado de aquella, 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.

La comunicación a los afectados, persigue que estos 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 reexamen 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 reexamen 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 reexamen 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

(art. 383.1.e CPP de 2004; 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 03/05/1997). 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 incorporen las grabaciones, salvo claro está que lo insten las partes para constatar algún dato o aspecto.

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 este 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).

Acerca de la función del juez de la investigación preparatoria⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

Tal vez el punto inicial más seguro de un cambio de paradigmas en la configuración del proceso penal en América Latina se encuentra en el Proyecto de Código Procesal Penal Tipo para América Latina de 1978. Ese proyecto representa el inicio de un movimiento de reformas legislativas cuyos Códigos más conspicuos pueden ser los de Costa Rica de 1996, de Chile de 2000, de Perú de 2004 y de Colombia de ese mismo año. Igualmente, destacan los Códigos de Venezuela de 1998, de Paraguay de 1998, de Bolivia de 1999, de Ecuador de 2000, y el Código Argentino de la Provincia de Buenos Aires de 1996⁽²⁾.

Dos son las notas características del nuevo modelo del proceso penal de la reforma latinoamericana. En primer lugar, la afirmación de las garantías de los ciudadanos, tanto desde la perspectiva del imputado cuanto desde el nuevo rol y estatus de la víctima, con una fuerte incidencia en el principio⁽³⁾ estructural de igualdad de armas, en especial en la relación –ciertamente conflictiva– de los primeros con el rol y potestades del Ministerio Público. En segundo lugar, la consolidación o, en todo caso, el

(1) Ponencia presentada en el Curso de Posgrado en Derecho: “Investigación y prueba en el proceso penal”. Universidad de Castilla La Mancha - Toledo, 9 al 26/01/2006.

(2) Desde luego, han servido de modelos, siempre parciales, tres Códigos europeos; a) La Ordenanza Procesal Penal alemana reformada de 1974 y 1987; b) El Código de Procedimiento Penal italiano de 1988; y, c) el Código de Procedimiento Penal portugués de 1987.

(3) ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 69. Siguiendo a la autora, entendemos por principio a aquella proposición jurídica de carácter general y abstracto que da sentido o inspira a las normas concretas y que, a falta de estas, puede resolver directamente los conflictos; además, integra lagunas de la ley procesal.

fortalecimiento y vigencia de los principios acusatorio y de contradicción, que inciden en el objeto y en la estructura del proceso, respectivamente.

Asimismo, un dato procedimental que tiende a fortalecer esas dos notas esenciales es la asunción del método oral –principio de oralidad–, que a su vez afirma la esencialidad del juicio oral, en cuya virtud, como apunta Spataro, “(...) el material que recoge en la fase de las investigaciones preliminares (...) es utilizable dentro de ella y no en la sucesiva fase del juicio (...) por ello, el expediente para el juicio oral, normalmente es extremadamente reducido (...)”⁽⁴⁾.

Se ha calificado el nuevo sistema que insta la reforma procesal penal latinoamericana como acusatorio. Este es definido a partir de la vigencia de determinados principios que permiten identificarlo. Sin embargo, más allá de los problemas que implica asumir, desde el Derecho Comparado, la dicotomía inquisitivo/acusatorio, tal vez resultaría más objetivo fijar, a partir de la experiencia latinoamericana, el criterio base para esa calificación y la opción por lo “acusatorio”.

Autores como Duce y Riego, desde una perspectiva descriptiva, identifican las características centrales del sistema acusatorio, que es el ideal de la reforma latinoamericana. Son los siguientes: i) existencia de un juicio oral, público y contradictorio como etapa central del procedimiento; ii) la separación de funciones jurisdiccionales y persecutorias y, consiguientemente, la diferenciación de roles entre jueces y fiscales (en este modelo la dirección de la investigación no es jurisdiccional y, por lo tanto, se entrega a los fiscales); y iii) el reconocimiento de los derechos básicos del debido proceso a favor de los imputados sin perjuicio de asumir la

(4) SPATARO, Armando. “Italia”. En: *Sistemas de proceso penal en Europa*. Ramón Maciá Gómez (director). Cedecs, Barcelona, 1998, p. 235. Desde una perspectiva general, explica Pedraz Penalva, el nuevo proceso se propone cinco objetivos: a) responder a la nueva legislación criminal material, orientada a hacer frente a nuevas formas de criminalidad; b) plasmar un enjuiciamiento que asegure en plenitud los derechos y libertades fundamentales del acusado; c) tutelar los derechos de la víctima; d) reafirmar el juego del criterio de la proporcionalidad en la limitación de derechos y expandir el principio de oportunidad; e) observancia del debido proceso. A partir de esos objetivos, se introduce el nuevo proceso penal, entre los cuales destacan como notas principales: 1) el modelo acusatorio de proceso, postulando ya sea un proceso de partes y propiciando la igualdad y la plena vigencia del contradictorio, o el desenvolvimiento del proceso con contradicción de los sujetos, en condiciones de igualdad, ante un juez tercero e imparcial; y, 2) la supresión del periodo inquisitivo, que es sustituido por una investigación dirigida por el Ministerio Fiscal, bajo el control del juez quien vela por el respeto de los derechos fundamentales del imputado, los cuales solo podrán ser desconocidos previa autorización judicial y con la intensidad y duración que en ella se marque; véase PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Colex, Madrid, 2000, p. 111.

persecución penal pública como un componente fundamental⁽⁵⁾; y, la mayoría de las veces, en régimen de monopolio a favor del Ministerio Público.

Aunque, desde luego, como aclara Maier, a partir de nuestra inserción en el sistema romano germánico, en el siglo XX la reforma del proceso penal se orienta a una reasignación de las responsabilidades o de las distintas tareas que cumplen los órganos oficiales en el procedimiento penal y concede al imputado mayores posibilidades para enfrentar la persecución penal. Así las cosas, i) el nuevo proceso penal tiende progresivamente al desplazamiento de la figura del juez de instrucción como autor de la encuesta o de la investigación hacia el Ministerio Público, quien así prepara su propia acusación, sin perjuicio de los actos que debe autorizar o llevar a cabo un juez en defensa de las garantías individuales; ii) el juicio público transforma la labor del Tribunal, más en la de un árbitro que controla que en la de un actor de él –asegura la observancia de las reglas del procedimiento y dicta al término del juicio la decisión que cierra el caso–, y reserva para el acusador y el acusado el papel protagónico que significa la incorporación de medios de prueba para fundar sus requerimientos; iii) el Ministerio Público cambia de papel, en lugar de observar el procedimiento para controlar al Tribunal, pasa a ser un protagonista activo de ese procedimiento, controlado por el Tribunal; y, iv) la víctima es incorporada al proceso penal, que da lugar al ingreso al propio derecho penal de soluciones sustitutivas de la pena estatal⁽⁶⁾.

Desde las exigencias del Derecho Penal, el nuevo proceso penal latinoamericano no ha puesto en discusión –antes bien, ha consolidado en cierta medida– la vigencia de cuatro grandes principios básicos, aunque por cierto matizados en alguna forma en razón a las exigencias de la persecución penal y de la propia realidad. Previene, al respecto, Montero Aroca, que el *ius puniendi* pertenece en exclusiva a los tribunales –no

(5) DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián. *Introducción al nuevo sistema procesal penal*. Universidad Diego Portales, Chile, 2003, p. 43.

(6) MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*. Tomo I, 2ª edición, Del Puerto, Buenos Aires, 1996, pp. 390-391. No puede dejar de destacarse, como reconoce Bacigalupo, que la meta de las últimas reformas procesales, en especial en Europa (aunque no distintas en América Latina), es la mayor celeridad del proceso, que resulta prioritaria para lograr una mayor eficiencia de todo el sistema penal en la solución de los conflictos sociales que son objeto de las decisiones de los tribunales penales; el Derecho Penal moderno, desde Beccaria a nuestros días, se basa precisamente en la prontitud, la certeza y la infalibilidad de la pena, condiciones que dependen del proceso penal. Véase BACIGALUPO, Enrique. “La posición del fiscal en la investigación penal”. En: *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. AA.VV. Thomson & Aranzadi, Navarra, 2005, p. 16.

puede estar en manos de los particulares–, que en el proceso penal, el elemento base condicionante es la inexistencia de una relación jurídica material penal y de derechos subjetivos, y que el proceso penal está influenciado por el principio de legalidad que informa el conjunto del Derecho Penal material⁽⁷⁾.

Estos principios son: necesidad, oficialidad, obligatoriedad y, tendencialmente, el de aportación de parte (desde el órgano jurisdiccional no rige el principio de investigación).

1. De **necesidad**. El Derecho Penal solo se realiza a través del proceso y por los tribunales. Jurisdicción y proceso son pues instrumentos indispensables para la imposición de la sanción estatal –penas y medidas de seguridad–, sometida a la garantía de legalidad penal. Calderón y Choclán insisten en esa premisa fundamental del moderno Derecho Procesal Penal, en cuya virtud la única posibilidad de que las previsiones de la norma penal se actúen, pasa inevitablemente por la institución del proceso, que es el instrumento que el Estado pone a disposición de los Tribunales para la realización del *ius puniendi* de que aquel es titular⁽⁸⁾.
2. De **oficialidad**. El proceso, su objeto, los actos procesales y la sentencia están en función de un interés público –no al interés de los sujetos del proceso–, y se hacen valer conforme a las situaciones previstas por la ley. La vigencia de este principio solo se exceptúa en los delitos privados y se atempera en los delitos semipúblicos o semiprivados. Ello significa, al decir de Baumann, que la persecución penal es promovida por órganos del Estado, que no es necesario que un ciudadano impulse el ejercicio de la acción penal –si bien las denuncias son posibles, no son necesarias–, y que al lesionado no le incumbe reunir las pruebas y esclarecer la situación⁽⁹⁾.
3. De **obligatoriedad**. Las autoridades de la persecución penal –en concreto, el Ministerio Público– están obligados –tienen que hacerlo– a intervenir de oficio cuando tomen conocimiento de

(7) MONTERO AROCA, Juan y otros. *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*. 12ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 17.

(8) CALDERÓN CERESO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Derecho Procesal Penal*. Dykinson, Madrid, 2002, p. 25.

(9) BAUMANN, Jürgen. *Derecho Procesal Penal*. Depalma, Buenos Aires, 1986, pp. 42-45.

la comisión de un hecho punible. Este inevitable deber de intervención –que es el complemento del principio de oficialidad–, señala Tiedemann, resulta tanto de la función del Derecho Penal de garantizar la protección de bienes jurídicos, como del fin del proceso penal de asegurar la paz jurídica y realizar el Derecho Penal⁽¹⁰⁾. Tal principio, sin embargo, no obliga a investigar y formular inculpaciones jurídico-penales en todos los casos; desde su contenido, exige la existencia de concretos indicios fácticos de la comisión de un hecho punible. Es decir, el inicio de una investigación penal requiere de la presencia de una sospecha inicial simple y, progresivamente, al concluir la investigación, para formular una acusación –que dé lugar al enjuiciamiento del sospechoso o imputado–, es necesaria la presencia de elementos de convicción que revelen probabilidad delictiva o sospecha vehementemente o fundada de su comisión y de la intervención del imputado. Operados estos presupuestos, el fiscal está obligado a actuar, pues de no hacerlo incurre en la comisión de un delito.

Pero a su vez, la superación de la teoría absoluta o concepción retributiva del Derecho Penal –solo aceptable, en palabras de Bacigalupo, en su sentido limitador de la gravedad de la pena aplicable⁽¹¹⁾–, y la aceptación generalizada de las teorías relativas o concepción preventiva del Derecho Penal, en sus diversas opciones, ha dado lugar a la configuración de limitaciones específicas a la obligación de promover la acción penal, en la medida en que se trate de delitos de bagatela o de criminalidad leve –incluso, en determinados supuestos de criminalidad media–, de supuestos de ausencia o mínima necesidad o merecimiento de pena, o de la posibilidad de incorporar mecanismos despenalizadoras sustentados en la idea de reparación –base material– y del consenso –base procesal–⁽¹²⁾.

(10) TIEDEMANN, Klaus y otros. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*. Ariel Derecho, Barcelona, 1989, p. 170.

(11) BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*. ARA Editores, Lima, 2004, p. 32.

(12) La naturaleza jurídica de la reparación, como parece evidente, es incierta y está sometida a intenso debate doctrinal. No obstante ello, podría decirse con Polaino Navarrete, que la reparación es una institución de origen privado, pero que puede ser aplicada al Derecho Penal cuando los fines preventivos de la pena se muestran, en supuestos concretos, difícilmente alcanzables; esto es, cuando la imposición de la pena o de la medida de seguridad resulta contraproducente en relación con los fines preventivos que el sistema penal persigue; véase POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho Penal. Modernas bases dogmáticas*. Grijley, Lima, 2004, p. 201.

Desde esa perspectiva, en los Códigos Procesales de la región se asume el denominado **principio de oportunidad reglado**. Se trata de un principio procesal, como apunta Gimeno Sendra, que al igual que la obligatoriedad, determina el régimen del objeto del proceso penal e indican en qué condiciones debe incoarse y finalizarse el proceso penal⁽¹³⁾. Cabe aclarar que el par inquisitivo/acusatorio también determina el régimen del objeto del proceso penal, aunque centrados en la distribución de roles de los sujetos procesales y en las condiciones en que se realizará su enjuiciamiento.

En puridad, el principio de oportunidad se define, siguiendo a Roxín, como la potestad entregada al Ministerio Público a decidir entre la formulación de la acusación –antes que inculpar cargos o exigir el procesamiento penal de una persona y, luego, culminada la investigación, formular acusación y exigir el enjuiciamiento penal del instruido– y el sobreseimiento del procedimiento, aun cuando las investigaciones conducen, con probabilidad rayana en la certeza, al resultado de que el imputado ha cometido una acción punible⁽¹⁴⁾. Desde luego, las excepciones al deber de persecución, justificadas desde el principio de proporcionalidad –si los motivos de prevención lo exigen–, deben estar contempladas taxativamente en la propia ley. Aquí se aceptan supuestos de falta de necesidad de pena y de merecimiento de pena (v. gr.: arts. 2 del CPP Perú; 170 del CPP Chile; 21 del CPP Bolivia), así como de interés disminuido en la persecución penal, al punto de incluir en este último supuesto los mecanismos procesales de colaboración eficaz, que incluso dan lugar a procedimientos especiales, y que apuntan no solo a excluir o atenuar sensiblemente la sanción penal a los colaboradores, sino a obtener información calificada para sancionar a terceros (v. gr.: arts. 472 y ss. del CPP Perú).

Otra figura, propia de este ámbito excepcional, de carácter propiamente consensual, que hoy por hoy incluye la mediación penal, es el denominado “acuerdo reparatorio”, bajo un determinado control judicial. Es particularmente interesante al respecto

(13) GIMENO SENDRA, Vicente. *Introducción al Derecho Procesal*. 2ª edición, Colex, Madrid, 1997, p. 62.

(14) ROXÍN, CLAUDIUS. *Derecho Procesal Penal*. Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 89.

lo que es moneda corriente en el Derecho Penal juvenil, y que por cierto no tiene por qué no extenderse al Derecho Penal de adultos, la inclusión de la institución de la “mediación penal”. Esta puede definirse, siguiendo a Cruz Márquez, como una forma de intervención en un conflicto, un método que consiste básicamente en facilitar la comunicación entre las partes enfrentadas que posibilite la adopción de un acuerdo entre las mismas⁽¹⁵⁾.

La legislación que más avanzó en esta perspectiva es la colombiana; el Libro VI, bajo el título “Justicia Restaurativa”, asume la construcción de un programa de esta modalidad de justicia, en cuya virtud “(...) la víctima y el imputado, acusado o sentenciado, participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador (art. 518 del CPP colombiano), que a su vez asume tres mecanismos: conciliación preprocesal, conciliación en el incidente de reparación integral y mediación (art. 521 del CPP colombiano).

Pero no solo se trata de evitar el recurso a la sanción penal acudiendo incluso a procedimientos especiales. El principio del consenso importa, por un lado, la celebración de acuerdos en diversos ámbitos del proceso, y por otro, la culminación del proceso mediante mecanismos acelerados, que incluso pueden estar asociados a fórmulas premiales: resolución consensuada del proceso. En el Código chileno, por ejemplo, se permiten las denominadas “convenciones probatorias” –en virtud de las cuales se dan por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en el juicio oral– (art. 275 del CPP Chile), que en el Código peruano se extienden a los medios probatorios que deben actuarse en el juicio oral (art. 350.2 del CPP Perú); mientras que, por otro lado, en el Código peruano se acepta la “conformidad” del imputado respecto de la acusación fiscal, a semejanza de la Ley Española (art. 372 del CPP), y en el Código colombiano se permite la celebración de preacuerdos y negociaciones que se pueden extender a los hechos imputados y sus consecuencias, así como abarcar la eliminación de alguna causal de agravación punitiva

(15) CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz. “La mediación en la Ley Penal de Menores: conciliación y reparación del daño”. En: <<http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-14.pdf>>, p.3.

o algún cargo específico, y la propia tipificación de la conducta (arts. 350-351 del CPP Colombia).

Desde otra perspectiva, se reconoce el procedimiento abreviado en los códigos de Costa Rica, Bolivia y Paraguay (arts. 373, para los dos primeros países, y 420 para el último), el procedimiento monitorio para las faltas en el Código de Chile (art. 392 –Código que también acepta el procedimiento abreviado, art. 406–), y el procedimiento de terminación anticipada en el Código de Perú, bajo la influencia del *patteggiamento* italiano (art. 468).

4. **El principio de aportación de parte.** Este principio, en el proceso penal mixto, siempre se ha mostrado con su par dialéctico, el principio de investigación, ambos referidos a la formación del material fáctico. Si bien es cierto que ambos principios están informados por los intereses públicos, del Derecho Penal, que también persigue el proceso penal, contemporáneamente esa defensa del interés público, desde una perspectiva acusatoria, está encargada a la Fiscalía, no al órgano jurisdiccional, por lo que no hace falta que el juez se involucre en la recolección de las pruebas. En tal virtud, si bien en el proceso penal se reconocen dos etapas, en la investigación preparatoria los actos de aportación de hechos –en puridad, actos de investigación o instructorios– corresponden tanto al fiscal, que tiene el señorío de la misma, cuanto a las demás partes. El juez, desde esa perspectiva, no tiene injerencia en la formación del material fáctico, puesto que la investigación, propiamente, no integra la potestad jurisdiccional; el juez no interviene en la investigación preparatoria ni define el objeto del proceso. Las partes inician y delimitan el objeto del proceso, solo ellas introducen los hechos, corren la carga –en sentido objetivo o material– de probarlos y pueden/deben solicitar la práctica de los medios probatorios pertinentes⁽¹⁶⁾.

Este repliegue del órgano jurisdiccional, desde una perspectiva de un proceso adversarial, de ninguna manera ‘privatiza’ el proceso, puesto

(16) Como anotan Horvitz y López, si se entiende el principio desde la perspectiva del Tribunal, como principio dirigido hacia la actividad del Tribunal (como nosotros lo hacemos) rige el principio de aportación de parte, que veda al juez intervenir en la realización de actos de investigación y de intervención en la producción de la prueba. Véase con mayor amplitud en HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno*. Tomo I, reimpresión, Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 42.

que –como se apuntó la Fiscalía –órgano público por excelencia– interviene con plenitud de iniciativa. Tal concepción del proceso penal, como reconoce Díaz Cabiale, se percibe en dos frentes: (i) de una parte, en la atribución de la instrucción al Ministerio Público, en tanto que los actos de investigación no necesitan ejercicio de potestad jurisdiccional alguna y, por ende, se aleja al juez del ejercicio de facultades inquisitivas; y, de otra, (ii) en la disminución de la iniciativa probatoria del órgano jurisdiccional, en cuya virtud la actividad probatoria es practicada por las partes exclusivamente (modelos chileno y colombiano)⁽¹⁷⁾ o, en todo caso, la actividad del órgano jurisdiccional es de carácter complementaria (modelo peruano, que ha sido tomado del Código italiano)⁽¹⁸⁾.

Acorde con lo establecido en la Carta de la Organización de los Estados Americanos⁽¹⁹⁾, que reconoce como propósito esencial de los países americanos la vigencia de la democracia representativa como régimen político común y a la justicia como principio esencial para el logro de una paz duradera⁽²⁰⁾, y en la medida en que el Estado constitucional de Derecho “(...) permite la consolidación de las instituciones democráticas, la afirmación de un régimen de libertad personal y de justicia social fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre” (cfr.: Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos), el proceso no puede menos que concebirse como garantía de la correcta aplicación del Derecho Penal y del respeto de los derechos y garantías del individuo.

La opción asumida por la reforma procesal penal latinoamericana ha sido, como se tiene expuesto, instaurar un modelo o sistema procesal acusatorio, desechando el modelo mixto del Código de Instrucción Criminal Francés de 1808, no superado por el Código de Procedimiento Penal de 1958 ni por la Ley de reforma de 4 de enero de 1993. Los principios esenciales del sistema acusatorio, al decir de Armenta Deu, son los de igualdad procesal, de contradicción, acusatorio y de defensa procesal⁽²¹⁾.

1. El principio de igualdad de armas (referente a la estructura del proceso). Es consustancial a la idea de proceso. Como apunta

(17) El artículo 361 del Código colombiano es terminante. Dice al respecto: “En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio”.

(18) DÍAZ CABIALE, José Antonio. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez*. Comares, Granada, 1996, pp. 218-220.

(19) Suscrita en Bogotá en 1948, y reformada por los Protocolos de Buenos Aires de 1967, de Cartagena de Indias de 1985, de Washington de 1992 y de Managua de 1993.

(20) Véase arts. 2.b) y 3.j) de la Carta de la OEA de 1948.

(21) ARMENTA DEU, Teresa. Ob. cit., p. 43.

Cordón, garantiza que ambas partes procesales gocen de los mismos medios de ataque, defensa de la igualdad de armas para hacer valer sus alegaciones y medios de prueba⁽²²⁾. Es lo que TEDH denominó “ausencia de ventajas” (vid.: STEDH 13/10/1996, Asunto Ankerl v. Suiza).

Desde luego este principio no puede entenderse a rajatabla, sin modulaciones –igualdad o paralelismo mimético–. Hoy en día se reconoce que existen determinados supuestos de desigualdad o tratamiento diferenciado objetivamente justificados o razonables. Un caso especial es la preeminencia del fiscal en la etapa de investigación preparatoria, a quien incluso se le entrega el *dominus* de la misma y, en especial, la realización de determinados actos de investigación sin conocimiento del imputado. Empero, a medida que –como se hace en los nuevos códigos latinoamericanos– inicialmente se restaura la ventaja de partida de quien cometió el delito autorizándose actos de investigación necesarios y de carácter urgente –bajo el límite de una investigación objetiva, que obliga a la incorporación de elementos de cargo y de descargo–, luego se permite el concurso del imputado en la configuración de la propia investigación, y se impone como obligatoria la participación de las demás partes para determinados actos la intervención –que requieran inmediatez judicial y contradicción–, así como se relativiza el carácter de prueba de los actos de investigación, tales diferencias no perturban o vician radicalmente la idea de igualdad procesal.

2. El principio de audiencia o contradicción (referente a la estructura del proceso). Consiste, enseña Ortells Ramos, en la efectiva posibilidad de que toda persona que se halle expuesta a ser afectada en su posición jurídica por una resolución judicial –sea cual sea la posición que ocupen en el proceso–, pueda influir en el contenido de la misma, mediante la adquisición de conocimiento de los materiales en que ha de fundarse, la toma de postura respecto a los mismos y la participación en la introducción en el proceso de esos materiales⁽²³⁾. Es lo que TEDH pre-

(22) CORDÓN MORENO, Faustino. *Introducción al Derecho Procesal*. 2ª edición, Eunsa, Pamplona, 1995, p. 130.

(23) ORTELLS RAMOS, Manuel, y otros. *Derecho Procesal*. Introducción. Punto y coma, Valencia, 2003, p. 249.

cisó como “conocer los actuados y observaciones presentadas al juez, así como tener la posibilidad de influir en la decisión y discutirla” (vid.: STEDH 20/02/1996, Asunto Lobo Machado v. Portugal).

En consecuencia, este principio –*audiatur et altera pars*–, aco-
tan Rifá y Valls, impide juzgar y condenar sin que previamente
se haya manifestado el hecho enjuiciado y el delito perseguido,
a fin de que la parte acusada pueda contradecir las pruebas de
la acusación y efectuar su pertinente defensa; y, asimismo, fuer-
za a suspender el juicio cuando el acusado no esté presente, en
tanto que la audiencia solo puede tener lugar en presencia del
imputado⁽²⁴⁾.

Hoy en día, se insiste mucho en la profundización del princi-
pio de contradicción efectiva, al punto que la convergencia de
los diversos modelos procesales –propios del *Common Law* y
del *Civil Law*– genera la necesidad de configurar un modelo de
proceso penal contradictorio. Este modelo reconoce la necesi-
dad de una investigación oficial con la intervención de las par-
tes, exige la concreción de la igualdad procesal y permite una
efectiva participación y contradicción de los intervinientes en el
proceso, a las acusaciones y a las defensas, a las víctimas y a los
imputados.

Este esquema de procedimiento, proyectado a la investigación,
según De Urbano, supone: i) que no pueden construirse acusa-
ciones sorpresivas (el afectado, antes, ha de haber sido imputa-
do y tener conocimiento de la imputación), juicios o condenas
en ausencia (solo puede incoarse un juicio con un acusado pre-
sente, pues sin él no hay efectiva contradicción), impedimentos
o dificultades a la preparación de pruebas pertinentes, lícitas y
necesarias, así como tampoco obtenerse conformidades (acepta-
ción de cargos, negociaciones o transacciones penales) forzadas o
impuestas; ii) el derecho a ser informado de todas las diligencias
de interés en el proceso (debe conocer el curso del procedimien-
to, en especial del de investigación), ser citado a los actos pro-
cesales de los que pueda seguirse algún gravamen al interesado,

(24) RIFÁ SOLER, José María y VALLS GOMBÁU, José Francisco. *Derecho Procesal Penal*. Iurgium Editores, Madrid, 2000, p. 34.

y notificar las resoluciones que cierren o abran el juicio, incluso aunque sea solo víctima no personada en la causa⁽²⁵⁾.

3. El derecho de defensa y sus garantías. Maier explica al respecto que la defensa procesal “(...) comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él [el imputado] 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”⁽²⁶⁾.

Desde esta perspectiva es posible identificar los derechos que a su vez integran la garantía de defensa en juicio. Como enseña Gimeno Sendra, 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⁽²⁷⁾. En definitiva, como postula Asencio Mellado, el proceso penal moderno no tiene como objetivo ni puede basarse en la idea de colaboración o coacción del imputado para obtener la condena, sino que el mismo ha de ser tenido

(25) DE URBANO CASTILLO, Eduardo. “Investigación e instrucción: diferencias y garantías a la luz del modelo vigente. Alternativas de futuro”. En: *Estudios de Derecho Judicial*, N° 42. El juez de instrucción y juez de garantías. Posibles Alternativas. Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pp. 73-74.

(26) MAIER, Julio B.J. Ob. cit., p. 547.

(27) GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Colex, Madrid, 2004, p. 205.

en consideración como sujeto procesal y titular del derecho de defensa⁽²⁸⁾.

4. El principio acusatorio (referente al objeto penal del proceso), define, como ya se anotó, la distribución de roles y condiciones bajo las que se efectuará el enjuiciamiento de la pretensión penal. Este principio se concibe, al decir de De la Oliva, 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⁽²⁹⁾.

Tres son las notas características del principio acusatorio:

1. Desdoblamiento del proceso en dos etapas: investigación preparatoria y enjuiciamiento, que se encargan a órganos públicos distintos. El señorío de la primera corresponde al Ministerio Público⁽³⁰⁾, mientras que la titularidad de la segunda, incluida la etapa intermedia, compete al órgano jurisdiccional⁽³¹⁾. La finalidad de

(28) ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 25.

(29) DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara y otros. *Derecho Procesal Penal*. 5ª edición, Ceura, Madrid, 2002, pp. 62-63.

(30) Cabe aclarar que, en sí misma, toda investigación es inquisitiva –lo que no puede confundirse con “sistema inquisitivo”, en tanto se dirige a la búsqueda de elementos de convicción, a averiguar el hecho delictivo y sus responsables–; y, conforme aclara Martín, la invocación al principio acusatorio para justificar la atribución de la dirección del procedimiento preliminar al Ministerio Público, solo significa configurar la instrucción con una estructura más acusatoria, de forma que se suprimiera su incoación por el juez y que fueran las partes las que le solicitaran la adopción de las resoluciones propias de la instrucción reservadas al mismo –medidas cautelares, diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales, la apertura del juicio o el sobreseimiento–, y acreditaran sus presupuestos sobre la base de la investigación realizada por un sujeto no jurisdiccional –el Ministerio Público–. Con ello, apartando al juez de la iniciación del proceso y de las líneas y estrategia de investigación, se garantizaría su imparcialidad a la hora de resolver sobre dichas solicitudes. En definitiva, insiste el autor, se reforzaría la caracterización de la instrucción como fase de acusación y dentro de ella el papel del fiscal como órgano relevante para la misma. Véase con mayor amplitud en MARTÍN PASTOR, José. *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*. Colegio Real de España, Bolonia, 2005, pp. 361-364.

(31) Enseña Maier que este desdoblamiento de funciones judiciales: la de perseguir penalmente, en manos de la Policía y el Ministerio Público, y la de juzgar a los tribunales, se vincula a la necesidad de respetar ciertos principios básicos en la aplicación del Derecho Penal, en la tarea de decidir sobre la aplicación de una pena, principios que en todo caso derivan del reconocimiento al ser humano de un potencial mínimo de dignidad individual, derechos humanos, uno de los cuales el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial mediante un juicio justo (*fair trial*), que precisamente para su realización requiere de esa división de funciones en órganos distintos y de la posibilidad cierta de resistir la imputación en condiciones de eficiencia y, con ello, la realización de la garantía de defensa. Véase en MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal. Parte general*. Tomo II, 1ª edición, Del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 444.

esa medida, apunta Fuentes Soriano, reside en garantizar la imparcialidad del órgano judicial encargado de dictar la sentencia y resolver así sobre el fondo del asunto⁽³²⁾.

2. Separación de las funciones de acusación y decisión: *nemo iudex sine accusatore* o necesidad de la existencia de una acusación. La acusación corresponde al Ministerio Público, en régimen de monopolio; y, a estos efectos la Fiscalía tiene el deber de la carga de la prueba, dirige la investigación desde su inicio, actúa con objetividad, y controla y conduce a la Policía, aunque las diligencias instructoras que practique tanto ella como la Policía no tendrán carácter judicial.

Se discute, en tanto se asume la idea fuerza de que el juez –a fin de salvaguardar su imparcialidad– no puede adoptar una posición acusadora, si es posible la introducción al proceso de prueba de oficio. Los códigos chileno y colombiano no aceptan esa posibilidad, sí en cambio el Código peruano (vid.: arts. 155.3 y 385.1 y 2) y en el Código de Costa Rica (vid.: arts. 320.1 y 355)⁽³³⁾, pero en este caso su aceptación es limitada; se trata de la denominada “prueba complementaria”, destinada a contrastar o verificar otras pruebas ya aportadas por las partes, de suerte que para esto se distingue entre la prueba de la existencia de los hechos y la comprobación de si la prueba sobre ellos es o no fiable. Señala al respecto Bujosa Vadell que la búsqueda de la ver-

(32) FUENTES SORIANO, Olga. “El modelo acusatorio y el Ministerio Público”. En: *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*. (Cubas Villanueva, Víctor; Doig Díaz, Yolanda; Quispe Farfán, Fany Soledad (coordinadora). Palestra, Lima, 2005, p. 132.

Acota Gonzáles Durán que el nuevo proceso penal gráficamente presenta al juez en un estrado completamente imparcial y en actitud vigilante permanente del cumplimiento de la legalidad, puesto que el ejercer el control jurisdiccional sobre el ejercicio de la investigación, asumen también la posesión de garante respecto de la constitucionalidad de los actos ejercitados por funcionarios de la Policía y por la Fiscalía y, durante la celebración del juicio, a más de ajustar sus actos al marco estricto de la ley y ejercer sus funciones conforme a las competencias reservadas por el Código, deben actuar con independencia y solo sometidos a la Constitución y la ley. Véase en GONZÁLES DURÁN, Mario. “Participación ciudadana en los juicios orales”. En: *El nuevo sistema procesal penal*. Grupo Editorial Quipus, Cochabamba, 2003, p. 220.

(33) Tal vez la norma más interesante del CPP peruano es el apartado 2do del artículo 385, que a la letra dice: “El juez penal, excepcionalmente, podrá disponer, de oficio (...) la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El juez penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes”. En igual sentido, aunque menos explícita es la legislación procesal penal de Costa Rica, a partir de la concordancia de los arts. 230.1 y 355, de suerte que la prueba de oficio solo puede ordenarse cuando sea manifiesta la negligencia de alguna de las partes y su fuente resida en las actuaciones ya realizadas.

dad justifica, en todo caso, la iniciativa probatoria de oficio, lo que se expresa, por ejemplo, en los artículos 244.2 OPP alemana, 81 CPP francés y 340.1 CPP portugués⁽³⁴⁾, y ha sido aprobado por el TEDH en la STEDH del 06/12/1988, recaída en el Asunto Barberá, Messegue y Gabardo vs. España. En esa misma línea sostiene Llobet que, en esos casos, el principio fundamental estriba en que no debe producir indefensión a las partes, por lo que debe tener un carácter complementario de las pruebas que se ofrecieron⁽³⁵⁾.

Por lo demás, el necesario reconocimiento de que las partes inician y delimitan el objeto del proceso en el juicio e introducen los medios probatorios –que está en la propia lógica acusatoria–, puede matizarse razonablemente con el poder de prueba complementaria y, también, con el poder oficial de ordenación del material probatorio y de revisión libre de la prueba instrumental.

3. Congruencia: relativa vinculación o correlación entre acusación y sentencia. Es indispensable, de cara al respeto de los principios de contradicción y acusatorio, que exista una necesaria congruencia entre pretensión y sentencia, que debe ser absoluta en lo fáctico –a su núcleo esencial– y relativa en lo jurídico. En tal virtud, sin vulnerar el principio de correlación es posible que el Tribunal se desvincule de la calificación jurídica de los hechos, previo conocimiento de las partes (arts. 341 del CPP Chile y 374 del CPP Perú; la posibilidad de desvinculación, aunque sin la exigencia expresa de conocimiento por el imputado, la tiene igualmente el art. 365 del CPP Costa Rica).

Integra, asimismo, este principio la prohibición de la *reformatio in peius*. La vinculación temática no solo es necesaria en primer instancia, también es indispensable en la segunda y sucesivas instancias. En tal virtud,

(34) BUJOSA VADELL, Lorenzo M. “Principio acusatorio y juicio oral en el proceso penal español”. En: *Revista Internacional Derecho Penal contemporáneo*, N° 9, Octubre - Diciembre 2004, Bogotá, p. 74. Como insiste el mencionado autor, no puede confundirse el proceso penal como proceso de partes ante un órgano imparcial, con una concepción privada del proceso penal en la que se confunda el principio acusatorio con el principio dispositivo, característico de la mayoría de procesos civiles. En el proceso penal debe tenerse en cuenta también el carácter público de la potestad jurisdiccional y, sobre todo, la consideración de la naturaleza del interés en juego. *Ibíd.*, pp. 71-72.

(35) LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Proceso penal comentado*. 1ª edición, reimpresión, Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2001, p. 711.

apunta Gimeno Sendra, en estas no se puede gravar más a un apelante de lo que ya lo estaba por la sentencia recurrida, salvo que el apelado impugne también independientemente la sentencia o se adhiera a la apelación ya iniciada, de tal suerte que el órgano *ad quem* ha de estar vinculado por los límites, subjetivos y objetivos, trazados por la acusación y la defensa en la segunda instancia⁽³⁶⁾.

II. POTESTAD JURISDICCIONAL Y NUEVO PROCESO PENAL

La discusión que, inicialmente, tuvo lugar en los albores de la reforma del proceso penal latinoamericano versó, fundamentalmente, en el rol del juez en la etapa de investigación y en el papel que le correspondía al Ministerio Público. ¿Quién debía ser el titular de la etapa de investigación preparatoria: el juez o el fiscal? ¿Cuál era la naturaleza jurídica de dicha etapa? ¿El órgano público encargado de la acusación, asimismo, debe tener la responsabilidad de la investigación? ¿Instruir un caso importe la asunción de potestades jurisdiccionales? Sin duda, el cambio de paradigma del modelo napoleónico del Código de Instrucción Criminal francés, a la reforma alemana de la StPO y al Código de Procedimiento Penal italiano, tiene mucho que ver con estas interrogantes⁽³⁷⁾. A su respuesta está enfocada la presente sección.

Una garantía esencial de la potestad jurisdiccional es la denominada “exclusividad jurisdiccional”. Desde una perspectiva positiva –denominada principio de “reserva de Poder Judicial”⁽³⁸⁾, el ejercicio estatal de la jurisdicción –solo el Estado imparte justicia– se lleva a cabo mediante los órganos jurisdiccionales⁽³⁹⁾, a quienes corresponde la potestad de reso-

(36) ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal*. 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 86

(37) Es justo advertir que, en términos de celeridad y eficacia, no solo se trata de redefinir quién se encarga de conducir la investigación previa al juicio, sino de incorporar nuevas técnicas de investigación, de regular nuevos perfiles, lógicas y sentido a la propia investigación, de modificar la estructura normativa de esta fase del proceso. Además, limitar algunos ámbitos inquisitoriales de la instrucción y entregar al fiscal la conducción de la misma, debería repercutir a su vez en la configuración del juicio, en la prontitud de la ejecución de la pena y, muy especialmente, en la configuración del sistema de recursos. BACIGALUPO, Enrique. “La posición del fiscal en la investigación penal”. Ob. cit., pp. 24-25.

(38) El término “reserva” denota una habilitación normativa para dictar cierto tipo de actos, si no siempre de interés pública, sí al menor de interés supraindividual. DíEZ-PICAZO, Luis María. “La Potestad jurisdiccional: características constitucionales”. En: *Revista Parlamento y Constitución*, N° 2, 1998, Cortes de Castilla-La Mancha - Universidad de Castilla La Mancha, p. 71.

(39) ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Introducción al Derecho Procesal*. Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 56.

lución de conflictos intersubjetivos y sociales, sin que esta en ningún caso pueda ser atribuida o ejercitada por otros poderes del Estado⁽⁴⁰⁾. Desde un sentido negativo, la exclusividad jurisdiccional importa que los órganos jurisdiccionales no pueden ejercer otras funciones distintas de las de ejercicio de la potestad jurisdiccional; con ello se pretende, según Asencio Mellado, el mantenimiento de la independencia que podría verse afectado si los jueces asumieran funciones que por su naturaleza no les correspondieran, entrometiéndose en ámbitos característicos de otros poderes o poniendo en peligro su imparcialidad⁽⁴¹⁾.

Esta garantía, así configurada –de rígida separación del Poder Judicial respecto de los demás poderes públicos–, exige determinar con precisión lo que es propio de lo jurisdiccional, puesto que está vedado al órgano judicial asumir funciones que no están incardinadas en la potestad jurisdiccional, así como igualmente está prohibido que otro órgano del Estado pueda asumir funciones propias de la potestad jurisdiccional. Siendo así, cabe precisar, de un lado, el concepto de jurisdicción, y, de otro lado, las funciones de la jurisdicción.

Ahora bien, si se asume un criterio funcional o teleológico para definir la jurisdicción, que básicamente indaga por su contenido, esta puede definirse –a partir de lo expuesto por Carnelutti– como la justa composición de los litigios o, en todo caso, como postula Fairén, de pretensiones (y resistencias, en palabras de Montero). De por medio existe un conflicto de intereses –pretensión resistida– traídos al proceso y regidos por el derecho, que son resueltos de acuerdo con el Derecho objetivo.

Desde otra perspectiva, si se opta por un criterio formal para identificar los elementos fundamentales que integran la jurisdicción, conforme apuntan Quintero y Prieto, estos serían: i) la terceridad –según denominación de Cappelletti–, de quien decide, del juez, cuya calidad esencial es la imparcialidad, que se coloca por encima de las partes –el juez, como tal, dice Valencia, está investido de autoridad y es ajeno al conflicto jurídico

(40) La actividad jurídica del juez, expresa Ramos Méndez, es fundamentalmente enjuiciamiento y se manifiesta tanto como decisión cuanto como ejecución. RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El sistema procesal español*. José María Bosch Editor, Barcelona, 2000, p. 119.

(41) ASENCIO MELLADO, José María. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 72. En ese mismo sentido se pronuncia Ramos Méndez. La exclusividad tiene una contrapartida negativa: el juez solo puede ejercer la función jurisdiccional y no otras, con lo que se preserva la asepsia del Poder Judicial para no cuestionar la imparcialidad en el ejercicio de la función y no disiparlo con actuaciones que impliquen desgaste político a los ojos de la comunidad. RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El sistema procesal español*. Ob. cit., p. 123.

entre los sujetos ⁽⁴²⁾; ii) la presencia de las partes, además del tercero imparcial –el proceso como *actus trius personarum*–; iii) el desarrollo de un procedimiento contradictorio ⁽⁴³⁾; y, iv) una resolución con fuerza de cosa juzgada –las decisiones finales del juez vinculan *erga omnes* y son irrevocables ⁽⁴⁴⁾.

Corresponde a la jurisdicción, como función genérica, la resolución de los conflictos, intersubjetivos y sociales, mediante la aplicación del Derecho objetivo. Y, como enseña Gimeno, esta función se realiza y se concreta, bien en la protección de los derechos subjetivos, bien en el control normativo de los actos y disposiciones emanadas de la Administración y demás poderes del Estado; y, junto a ellas, y con ocasión del cumplimiento de todas estas funciones, también los tribunales crean Derecho o complementan el ordenamiento jurídico ⁽⁴⁵⁾. En el ámbito penal, insiste Gimeno, la función específica de la jurisdicción comprende el control normativo o de vigencia de la legalidad con respecto a los particulares, que se expresa en la actuación del *ius puniendi* y en la protección del derecho a la libertad del inocente ⁽⁴⁶⁾.

Por otro lado, la potestad jurisdiccional o de administrar justicia (expresión utilizada, por ejemplo, en el artículo 138 de la Constitución de Perú), entendida –según Ortells– como aptitud jurídica del órgano jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado a través de la aplicación de las consecuencias previstas por las normas jurídicas con eficacia de cosa juzgada ⁽⁴⁷⁾, se concreta en todo un haz de facultades que se proyectan desde el juez hacia las partes e incluso a terceros. De este modo, conforme resalta Gimeno, el juez ostenta, antes de la potestad propiamente decisoria, i) la potestad ordenatoria, que tiene por objeto llamar a las partes y terceros al proceso, obtener la efectiva sujeción de aquellas a los fines del proceso –mediante una serie de actos limitativos de derechos e

(42) VALENCIA MIRÓN, Antonio José. *Introducción al Derecho Procesal*. Comares, Granada, 2000, p. 185.

(43) En una democracia constitucional, explica Díez-Picazo, parece claro que el proceso como institución se compone de tres elementos: 1) que exista una controversia entre las partes, en la que resulta crucial la aplicación de normas jurídicas; 2) que haya una secuencia ordenada de actuaciones, con invocación de argumentos fácticos y jurídicos por ambas partes; y, 3) que todo ello sea presidido por un tercero en posición de imparcialidad y superioridad, a quien corresponde, además, adoptar la decisión final. DÍEZ-PICAZO, Luis María. Ob. cit., p. 74.

(44) QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Teoría General del Proceso*. Temis, Bogotá, 1995, pp. 169-170.

(45) GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Colex, Madrid, 2004, p. 37.

(46) Ibídem, p. 39.

(47) ORTELLS RAMOS, Manuel, y otros. Ob. cit., 2003, pp. 149-155.

incluso coercitivos–, e impulsar el curso del procedimiento; y, ii) la potestad de instrumentación o documentación, cuya finalidad estriba en otorgar a determinados actos de conocimiento –v. gr.: una inspección ocular– el carácter de prueba, siempre y cuando se garantice la contradicción. Y, iii) luego de la potestad decisoria, que se plasma en una resolución con autoridad de cosa juzgada –sentencias o autos equivalentes–, iv) la potestad de ejecución, que se ejercita a través de los diversos procedimientos, cuya finalidad consiste en realizar en sus propios términos lo dispuesto en la parte dispositiva de la sentencia⁽⁴⁸⁾.

En función de los cuatro lineamientos teóricos expuestos en los dos párrafos anteriores: criterios teológico y formal para identificar la noción de jurisdicción, y función genérica y específica de la jurisdicción, cabe insistir en las siguientes preguntas: i) ¿Qué órgano público debe dirigir o conducir la investigación del delito? Reconocida la necesidad de la etapa de investigación preparatoria⁽⁴⁹⁾, la averiguación de los hechos, a fin de determinar la acusación –en la que se introduce la pretensión penal– y el enjuiciamiento o el sobreseimiento de la causa; ii) ¿corresponde al fiscal o es una actividad comprendida dentro de la función jurisdiccional?

Es cierto que en la etapa de investigación preparatoria no solo se realizan i) actuaciones propiamente de averiguación –practicadas para esclarecer la perpetración de los delitos y a quien lo cometió a título de autor o de partícipe– tendentes a proporcionar por sí mismo las fuentes de la investigación o que vayan dirigidos a la búsqueda de tales fuentes de investigación (estas últimas implican la restricción de derechos fundamentales)⁽⁵⁰⁾; sino también, de un lado, ii) actuaciones de constancia, que importan la obtención de medios o materiales con que poder demostrar posteriormen-

(48) GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. cit., pp. 31-32.

(49) A partir de la sospecha de la comisión de un hecho delictuoso, resulta indispensable comprobar sin tardanza si estos efectivamente han ocurrido e individualizar a los presuntos culpables. Una investigación preparatoria del juicio, enfatiza Abregú, sin duda, evita el peligro de que desaparezcan las pruebas del delito o que el imputado consiga eludir la acción de la justicia, vale decir, que se torne imposible la actuación de la ley, al mismo tiempo que sirve para poner de manifiesto la falsedad o sinrazón de las imputaciones iniciales, evitando que el imputado sea llevado a juicio público en virtud de una acusación carente de fundamento. ABREGÚ, Martín: “La instrucción como pre-juicio”. Disponible en: <<http://www.derechopenal.com.ar/ar/archivos.php?op=13&id=174>>, p. 1.

(50) Prieto Vera nos dice que la etapa de investigación tiene por objeto establecer la existencia de la conducta de la cual se predica su prohibición, identificar los presuntos autores y partícipes de la misma, las circunstancias de su realización; ubicar, identificar y preparar los medios de prueba, todo con miras a fundamentar la acusación (también la defensa, como es evidente) o cualquiera otra decisión conclusiva. PRIETO VERA, Alberto José. “Esquema del proceso penal en el sistema acusatorio colombiano”. En: AA.VV. *El proceso penal acusatorio colombiano*. Tomo II, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 1ª Reimpresión, Bogotá, 2005, p. 4.

te lo que se ha averiguado en aras de confirmar la *notitia criminis*: hecho delictivo y su autor o partícipe, lo que importa –entre otros– elaboración de actas, unión de piezas de convicción, incorporación de documentos, y que cuando impliquen una restricción de derechos fundamentales requiere la preceptiva autorización judicial o la confirmación judicial en los supuestos de urgencia o peligro de por la demora –medidas instrumentales restrictivas de derechos–; y, por otro, iii) actuaciones de aseguramiento, que apuntan a asegurar a las personas vinculadas al delito y las responsabilidades económicas derivadas del mismo, cuya ejecución requiere la previa expedición de una resolución judicial –son las denominadas medidas cautelares o, más ampliamente, medidas provisionales–⁽⁵¹⁾.

Si los actos de instrucción o averiguación están destinados a la preparación del juicio oral, y son determinantes para decidir el enjuiciamiento o el sobreseimiento de la causa, de suerte que sirven al Ministerio Público y a la defensa para introducir y sostener la pretensión acusadora o la resistencia, como no constituyen actos de prueba –que requieren del concurso de un juez bajo el principio de inmediación y su actuación contradictoria–, y, por ende, son ajenos a la potestad de instrumentación, y están en función a las partes, quienes delimitan el objeto del proceso y el ámbito temático de la decisión jurisdiccional, no tienen por qué ser realizados por el juez⁽⁵²⁾. El juez debe ser ajeno a la incorporación o introducción al proceso de los actos de aportación de hechos –tanto los instructorios como los de prueba–, pues su actividad es juzgar; a él, como consecuencia de las exigencias del sistema acusatorio, no le incumbe apor-

(51) MARTÍN Y MARTÍN, José Antonio. *La instrucción penal*. 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 135-169.

(52) Como acota De Llera, en este punto debe distinguirse dos cuestiones distintas. Una es la estructura jurisdiccional o no jurisdiccional de la actividad instructoria, es decir, que presente o no la estructura propia del proceso, y otra distinta que los actos que integran la instrucción merezcan o no la calificación de actos procesales. La actividad investigadora propiamente dicha es una actividad ajena a la jurisdiccional en cuanto tiene de captación de información sobre el hecho cometido y, por tanto, investigado; es administración no justicia, actuación primaria no actividad sustitutiva –que es lo que según Chiovenda caracteriza a la jurisdicción–; distinto es el caso de los actos de anticipación de prueba, las medidas cautelares y las medidas instrumentales restrictivas, que requieren necesariamente el concurso de un juez y los procedimientos propios de la jurisdicción. En la fase instructoria, citando a Florián, la relación jurídica procesal solo surge ‘allí donde las partes se colocan en oposición entre ellas (directa o indirectamente) bajo garantía jurisdiccional. DE LLERA SUÁREZ, Emilio. *El modelo constitucional de investigación penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 50-51. Una interesante defensa de la investigación a cargo del fiscal es la realizada por Moreno Catena. Cfr. MORENO CATENA, Víctor. “La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. En: *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. AA.VV. Thomson & Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 59-63.

tarlos, sino a las partes⁽⁵³⁾. Investigar, por lo tanto, no es una función inherente a la potestad jurisdiccional⁽⁵⁴⁾.

Siguiendo a Moreno Catena⁽⁵⁵⁾, es posible sostener que el nuevo modelo procesal latinoamericano importó una reacción contra la desmesura de la instrucción judicial, que eclipsó la etapa del juicio oral, signada por la exhaustividad de su contenido, la duración excesiva de sus actuaciones, la filtración de la publicidad indiscriminada en su desarrollo y el sobredimensionamiento y preponderancia de los actos que la integran que superaron su proclamado carácter meramente instrumental y preparatorio⁽⁵⁶⁾. Pero a su vez optó por una definida reasignación de los cometidos procesales en esa etapa, atribuyendo el Ministerio Público la dirección o conducción de la misma⁽⁵⁷⁾ y asignando al juez un rol de control de la le-

(53) Recuérdese que existe una parte pública, cuya función más relevante es la promoción de la acción de la justicia en defensa de la legalidad y del interés público tutelado por la ley, que es el Ministerio Público, de modo que al interés público derivado de la tutela que brinda el Derecho Penal está suficientemente garantizado.

(54) La reforma del proceso penal se orienta, esencialmente, por los objetivos de celeridad, eficacia y protección de los derechos fundamentales. Pero la jurisdiccionalización integral de las etapas anteriores al juicio, en rigor, la investigación preparatoria, no se cohonestan, necesariamente, de forma efectiva, con la protección de los derechos fundamentales del imputado. Cuando esto sucede, refieren Miranda y Calaza, se corre el peligro de que el “juez del enjuiciamiento” pueda estar predeterminado por las decisiones adoptadas en la fase anterior al ser íntegramente de jurisdiccional; pero, advierten, a ese objetivo de incremento de protección de los derechos fundamentales no basta que el fiscal asuma la investigación, pues es preciso que el Ministerio Público esté rodeada de los requisitos de autonomía funcional y objetividad en la investigación. MIRANDA RODRÍGUES, A. y CALAZA LÓPEZ, S. “El Ministerio Fiscal - Director de la investigación en Portugal”. En AA.VV. *El Ministerio Fiscal - director de la instrucción*. Madrid, 2005, pp. 5-6.

(55) MORENO CATENA, Víctor (director). *El proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 181-185.

(56) Evitar que los actos de investigación se “transformen” en actos de prueba, de modo que el juez no pueda fundar en ellos su decisión, como fue el objetivo de la reforma procesal italiana, en palabras de Rodríguez-Arias, se salvaguarda a través del llamado “sistema de doble expediente” (fascicolo), por una parte el del Ministerio Público y, por otra, el de los juicios orales, de suerte que, para evitar que el juez que celebra el juicio esté influenciado por los actos de investigación preliminar, estos no se transfieren al del juicio oral ni se ponen en conocimiento del juez, sino que se adjuntan al expediente del Ministerio Público solo pueden ser conocidos por las partes, por lo que, a la hora de adoptar una decisión, el juez solo cuenta con los actos del juicio oral. RODRÍGUEZ - ARIAS, Mateo. “El Ministerio Público en el nuevo Código de Procedimiento Penal italiano: su función investigadora y sus relaciones con la Policía Judicial”. En: *Poder Judicial*. 34. España, 1994, pp. 254-255.

(57) La Exposición de Motivos del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica es particularmente contundente al respecto. Precisa, de un lado, que confiar la investigación al Ministerio Público acentúa la forma acusatoria del procedimiento penal –en combinación con otras reglas específicas posteriores–, y simplifica y dinamiza la tarea de investigación que la instrucción judicial no permite porque está encerrada en formalidades que no cumplen ninguna función, ni siquiera protectora de la seguridad individual, y que restan eficacia tanto a la averiguación de la verdad, cuanto a una decisión rápida acerca de la promoción del juicio o del sobreseimiento, incluso en beneficio del imputado. Por otro lado, apunta que la compatibilización de la eficacia con el respeto de a

gualidad de sus actuaciones y de salvaguarda de los derechos fundamentales⁽⁵⁸⁾. Los códigos recientes cambiaron la estructura del proceso penal, al punto que desplazaron del centro de gravedad de esta etapa al juez instructor para hacer responsable único de la misma al Ministerio Público, a quien se le encomienda toda la instrucción⁽⁵⁹⁾, incluyendo la dirección –jerárquica en unos casos, y solo funcional en otros– de la Policía en funciones de Policía Judicial en su cometido de descubrir los hechos delictivos que hubieran acaecido⁽⁶⁰⁾.

las garantías básicas y a los derechos fundamentales no es compatible con entregar las funciones de persecución y de decisión durante la investigación preparatoria a un solo órgano (el buen inquisidor mata al buen juez o, por el contrario, el buen juez destierra al inquisidor), por lo que la investigación y el poder requirente debe corresponder al Ministerio Público, y el control de ese ejercicio de poder, el poder de decisión, debe encargarse al juez. *Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica*. 1990, pp. 227-228.

- (58) La existencia de la investigación preparatoria a cargo del Ministerio Público, sostiene Cubas Villanueva, solo es posible en los marcos del sistema acusatorio, y resulta acorde con los principios constitucionales de juicio previo e inviolabilidad de la defensa en juicio, al asegurar que el juez que debe decidir el litigio se mantenga ajeno al conflicto que le ha sido planteado. Resulta artificial, dice el autor, que el fiscal deba acusar sobre la base de elementos probatorios que él no ha recogido, pues carece de toda posibilidad de selección. Igualmente, insiste, es inadmisibles la inversión de funciones que modelo inquisitivo, pues el fiscal que debe investigar solo controla lo que el juez investiga, y este, que solo debería controlar la investigación, la realiza personalmente. Véase CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El nuevo Código Procesal: ¿Revolución Penal?* Justicia Viva, Lima, 2004, p. 97.
- (59) En Alemania, fundamentalmente, precisa Gómez Colomer, el cambio de modelo procesal se fundamenta básicamente en dos aspectos: 1) la instrucción por un juez es una institución netamente inquisitiva, por lo que es incompatible con el proceso penal propio de un Estado de Derecho, el cual, se dice, exige la más amplia vigencia del principio acusatorio, contribuyéndose con ello decisivamente a limitar de manera evidente los amplísimos poderes investigadores del juez de instrucción en la fase de averiguación o sumarial del proceso penal clásico, bien inquisitivo, bien inquisitivo formal o mixto, acercando la figura del juez instructor más al papel de árbitro, conforme al modelo ideal anglosajón; y, 2) la necesidad, por ir contra el principio de economía procesal, y, por tanto, como respuesta adecuada del Estado frente a los ciudadanos a los que exige deberes fiscales, de evitar reiteración de actuaciones procesales, pues las mismas que practicaba el fiscal las ejecutaba también el juez instructor, o a la inversa, consiguiendo con ello, por un lado, un notable aceleramiento del proceso penal, y por otro, centrar en la vista oral la auténtica importancia de las pruebas, dejando los actos de investigación para fundar exclusivamente la apertura del juicio oral o el sobreseimiento. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. "Sobre el Ministerio Público alemán". En: *Homenaje al Doctor Marino Barbero Santos in memoriam*. Volumen II, Ediciones Universidad de Castilla La Mancha - Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 794-795.
- (60) Parcialmente coincidente es la experiencia suiza –cuya normativa penal ha tenido una decisiva influencia en Perú, que tuvo en cuenta incluso la tendencia internacional que concluyó en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional del 17 de julio de 1998. El Anteproyecto de CPP elaborado por el Profesor Niklaus Schmid, a instancia del Departamento Federal de Justicia y Policía –marzo de 1999–, precedido de un Informe elaborado por una Comisión Federal, entrega al Ministerio Público la decisión sobre el inicio de la instrucción, la dirección de las investigaciones y la confiere la calidad de parte en los debates. A su vez, su fuerte posición institucional, combinada a su función de acusador, determinó la organización de garantías jurisdiccionales, de suerte que previó la intervención de un juez de libertades para dictar mandatos de detención y autorizar otras medidas coercitivas; además, instituyó el control judicial de la acusación, y afirmó

El hecho, como ya se apuntó, es que en la etapa de instrucción se realizan diversos tipos de actuaciones, y alguna de ellas requiere una decisión jurisdiccional, que importa la intervención del juez en garantía de los derechos fundamentales, entre ellas la decisión sobre medidas provisionales y medidas instrumentales restrictivas de derechos, o para afirmar la protección de derechos procesales constitucionalizados (v. gr.: el derecho al plazo razonable de la instrucción, el derecho de defensa y el derecho a la tutela jurisdiccional), en nada obsta que el diseño y ejecución de la estrategia de la investigación, la realización concreta de los actos de averiguación y la decisión sobre el tipo y la oportunidad de medidas jurisdiccionales que se requieren para cumplir ese cometido le sea atribuido al Ministerio Público, mientras i) se reconozca legalmente la objetividad la investigación y la imparcialidad del fiscal; ii) se incorporen principios de actuación de carácter orgánico que garanticen la autonomía⁽⁶¹⁾ del fiscal investigador⁽⁶²⁾; iii) se admita, en cuanto corresponda, la intervención contradictoria de los demás sujetos procesales en los actos de investigación; y, iv) se controle su legalidad por el juez.

Es claro, entonces, como enfatiza Calderón Cuadrado, que, de un lado la lógica procesal –y constitucional– lleva a otorgar aquellas actuaciones que, por su naturaleza, exijan que las realice el juez –tales como la autorización de una medida restrictiva de derechos– al órgano judicial y aquellas otras que tengan como finalidad la decisión acerca del planteamiento, en su caso, de la acusación, al fiscal, puesto que a este último es a quien se le encomienda dicha función; y, por otro lado, si la etapa

la exigencia de un respeto estricto del principio de inmediatez de los debates (DUPUIT, Joseph. *Algunos aspectos de la unificación del procedimiento penal en Suiza. La reforma del proceso penal peruano*. Anuario de Derecho Penal, Lima, 2004, pp. 413-414).

(61) Conforme explica Izaguirre, los principios que rigen el Ministerio Público no van en desmedro de la subordinación de sus integrantes al “criterio institucional” –aunque modulado con los debidos contrapesos–, para garantizar la unidad de actuación de la institución; actuación que además está informada tanto por el principio de legalidad, esto es, al sometiendo de los fiscales al ordenamiento jurídico, cuanto por el principio de imparcialidad, entendido como desinterés subjetivo, como actuación de los fiscales fuera de los sentimientos personales e intereses particulares. IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, Jesús María. *La investigación preliminar del Ministerio Fiscal. La intervención de las partes en la misma*. Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 29, 38, 41 y 42.

(62) Independientemente de la polémica acerca de la posición jurídica o ubicación institucional del Ministerio Público habrá que convenir, en primer lugar, que no está orientado, como las demás funciones públicas ejecutivas, a la idea directriz del utilitarismo, esto es, la garantía de la seguridad y el orden, la eficacia, la jerarquía y la coordinada celeridad de los actos de la Administración Pública; en segundo lugar, que le corresponde contribuir, en la persecución penal, a la afirmación de la voluntad estatal, que orienta todos los poderes del Estado hacia la idea de la justicia material, por lo que en su actuación no persigue ningún interés unilateral. GÖSSEL, Karl-Heinz. *El proceso penal ante el Estado de Derecho*. Grijley, Lima, 2004, p. 38.

de investigación no solo prepara el juicio sino también la acusación, y si el órgano de la acusación es el fiscal, es igualmente lógico que se conceda la facultad de determinar la suficiencia de elementos tendentes a formular y fundamentar la pretensión acusatoria a aquel que la va a sostener⁽⁶³⁾.

III. JUEZ, INVESTIGACIÓN Y ETAPA INTERMEDIA

La necesaria incoación de un proceso penal pasa necesariamente por una etapa preparatoria⁽⁶⁴⁾, destinada a determinar si, a la vista de los actos de investigación y demás actividades realizadas por el órgano público correspondiente –el fiscal en el caso de la reforma latinoamericana–, resulta indispensable el enjuiciamiento de una persona⁽⁶⁵⁾. Roxín explica que para llegar al procedimiento principal, o al juicio oral, se deben tomar dos decisiones: la primera, indagar sobre la fundabilidad de una sospecha sobre el hecho, y antes si existen motivos para iniciar un procedimiento de investigación –en tanto se presenta una ‘sospecha inicial simple’, cuya respuesta positiva da lugar a la realización de averiguaciones sobre el hecho–; y, la segunda, aclarada la causa a instancia de la Fiscalía, adoptar la decisión sobre la apertura del procedimiento principal, a fin de determinar si

(63) CALDERON CUADRADO, María Pía. *Segunda Instancia Penal*. Aranzadi, 2005, p. 121. Al respecto Gössel señala con rotundidad dos datos macizos: 1) Que la facultad de decisión relativa a la acusación o al sobreseimiento, que se confiere al Ministerio Público, constituye una prerrogativa lógico-jurídica que lo obliga a la averiguación del hecho; y, 2) Que, en tal virtud, [debe] estar conferido al Ministerio Público todo el procedimiento de investigación, desde que surge la primera sospecha hasta que se resuelve sobre la interposición de acusación o la propuesta de sobreseimiento, a quien se le ha calificado como ‘señor del procedimiento preliminar de la investigación. Ibidem, p. 48.

(64) Esta etapa recibe diferentes denominaciones en los nuevos Códigos Latinoamericanos. Así, los Códigos Boliviano y Paraguayo, la rotulan bajo el nombre de “etapa preparatoria” (arts. 277 y 279, respectivamente); el Código de Costarricense, “procedimiento preparatorio” (art. 274); los Códigos Chileno y Colombiano, “investigación” (arts. 172 y 200, respectivamente); y, el Código Peruano, “investigación preparatoria” (art. 321), al igual que el Código Bonaerense, “investigación penal preparatoria” (art. 266).

(65) La finalidad de esta etapa, según expresa Yáñez Cortés, es la preparación del juicio oral y público, mediante la recolección de todos los elementos que permitan fundar la decisión que se debe adoptar a su término (acusación, sobreseimiento o salidas alternativas), lo que también implica la preparación de la defensa; véase con mayor amplitud en YÁNEZ CORTEZ, Arturo. *La vigencia plena del nuevo Código de Procedimiento Penal y la Jurisprudencia Constitucional*. Talleres Gráficos “Gaviota del Sur”, Sucre, Bolivia, 2003, p. 335. La instrucción, desde esa concepción –que incorpora el reconocimiento de los intereses de la defensa, no importa en consecuencia un dominio incontrolado del acusador; y, por tanto, la protección del derecho de defensa del imputado, que se proyecta en los actos de aportación de hechos en general y en el respeto a todos los demás derechos constitucionalmente relevantes, fuerza la intervención jurisdiccional, desde una perspectiva garantista del derecho a la tutela judicial efectiva.

se está ante un supuesto de ‘sospecha suficiente respecto de la comisión del hecho punible –probabilidad delictiva–⁽⁶⁶⁾.

Esas decisiones, que en primera instancia, están sujetas al criterio de la Fiscalía, por lo menos aquella que, luego de haberse solicitado la intervención del órgano jurisdiccional, adopte el Ministerio Público en orden al sobreseimiento o al enjuiciamiento, requieren la intervención judicial: aprobar o dictar el procesamiento y, en su caso, proferir el auto de sobreseimiento o el de enjuiciamiento.

Asimismo, el respeto a los derechos fundamentales del imputado y demás participantes en la investigación preliminar hace imprescindible la intervención del órgano jurisdiccional. Dos líneas de intervención judicial se presentan: por un lado, la decisión sobre medidas provisionales o instrumentales restrictivas de derechos, para garantizar el procedimiento de ejecución y el procedimiento de conocimiento, respectivamente; y, por otro, la garantía de otros derechos vinculados al derecho a un proceso con todas las garantías y al derecho a la tutela jurisdiccional, tales como el debido acceso a la investigación por los interesados (imputados, ofendidos, terceros intervinientes), al control del plazo de la investigación –vinculado al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas–, y a la legalidad de las actuaciones de la instrucción y al derecho de petición de los intervinientes, en especial de intervención en los actos de investigación.

Por último, la exigencia de eficacia de la investigación obliga a que en casos de urgencia debidamente reglados resulte indispensable preconstituir prueba. La prueba anticipada, por ser tal, debe ser realizada por el órgano jurisdiccional, bajo el imperio de los principios de contradicción, igualdad, oralidad e intermediación judicial.

(66) ROXÍN, Claus. Ob. cit., pp. 326 y 349. Llegado a este punto, cabe formular una precisión a la luz de las reformas procesales actuales. Señala Bacigalupo que deben abandonarse dos mitos: 1) La necesidad esencial de la distinción del proceso penal en dos fases: instrucción y juicio, fundada en la naturaleza de las cosas (Francia) o de los principios del Estado de Derecho (Alemania); y, 2) la necesidad práctica de la instrucción y del juicio. Probablemente la instrucción, luego de la fase preliminar policial/fiscal, solo es necesaria en un determinado número de casos [complicados y de cierta entidad]; tampoco en todos los casos se necesita el juicio oral, pues en los delitos leves y en las faltas, muy bien se puede utilizar el modelo del “mandamiento penal” utilizado en Alemania, Austria y Suecia. BACIGALUPO, Enrique. “La posición del fiscal en la investigación penal”. Ob. cit., p. 17.

La función general del juez en esta etapa es, fundamentalmente, de control judicial y de garantía⁽⁶⁷⁾. No solo dicta o resuelve sobre medidas limitativas de derechos –así, se erige, como señala Narváez Rodríguez, en un factor ‘moderador y se afirma como custodio de las garantías constituciones que operan en el proceso’⁽⁶⁸⁾–, sino esencialmente realiza una actividad valorativa; pondera las grandes decisiones que son necesarias en la investigación, en especial las vinculadas al ejercicio de la acción penal (imputación y criterios de oportunidad) y a la introducción de las respectivas pretensiones penal y civil –en aquellos países en que existe una acumulación, obligatoria o facultativa, de la acción civil⁽⁶⁹⁾– (sobreseimiento y enjuiciamiento), valorándolas mediante la toma de sus propias resoluciones. Los juicios que realiza el juez en la investigación y en la fase intermedia están exentos de un análisis de oportunidad y eficacia de la medida o decisión requerida, solo atiende al cuadro legal y a la proporcionalidad de la resolución que se le solicita; es, pues, en palabras de Luaces Gutiérrez, un juez de los actos más que un juez del procedimiento⁽⁷⁰⁾.

La reforma procesal penal latinoamericana para el ejercicio de esos cometidos –control de la investigación preparatoria y dirección de la etapa intermedia o de preparación del juicio– ha configurado un órgano judicial sui géneris. Los nombres que recibe son diversos. Así tenemos que el Código de la Provincia de Buenos Aires lo denomina “juez de garantías” (art. 23), al igual que el CPP de Chile (art. 70); la Ley Orgánica del Poder Judicial de Costa Rica lo denomina “juez penal” (art. 107), al igual que el CPP del Paraguay (art. 42); el CPP de Colombia encarga la “función de control de garantía” al “juez penal municipal”, mientras el CPP

(67) Nos dice Bertolino que la actuación del juez de garantías es “intermitente”; está ausente de toda tarea investigativa, pero la necesidad de afirmar el derecho a la tutela judicial continua y efectiva, impide su exclusión de esa etapa; su quehacer, aunque por momentos es pasivo, debe ser de celosa y permanente vigilancia. DÍAZ CANTÓN, Fernando. “El juez de garantías en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires”. Disponible en: <<http://www.eldial.com/suplementos/penal/edito/edito8.asp>. Díaz Cantón>, p. 8.

(68) NARVAEZ RODRÍGUEZ, Antonio. “La investigación penal por el Ministerio Fiscal: una apuesta para el futuro”. En: *Tribunales de Justicia*, octubre, 2000, p. 1092.

(69) El Perú es el único país cuyo CPP se afilia a la acumulación obligatoria de las acciones penal y civil en el proceso penal (art. 11). Los demás códigos contemplan el ejercicio facultativo de la acción civil en el proceso penal; así, por ejemplo, arts. 29 (Paraguay), 41 (Bolivia, salvo cuando se trata de delitos en los que el Estado es el agraviado), 59 (Chile), 102 (Colombia), y 65 (Buenos Aires). El caso boliviano es singular, pues la acumulación es obligatoria, a cargo del Ministerio Público, solo cuando se trata de un delito contra el Estado, art. 41.

(70) LUACES GUTIÉRREZ, Ana Isabel. La conformidad en el procedimiento abreviado y en los juicios rápidos. En: *Revista General de Derecho Procesal*, 2005, p. 2.

de Perú, siguiendo el modelo italiano, lo denomina “juez de la investigación preparatoria” (art. 29), no así en Bolivia, que no se alteró la denominación anterior a la reforma, “juez de instrucción” (art. 54).

Más allá de la variedad de denominaciones, desde la perspectiva de sus funciones, podemos identificar las siguientes notas características:

1. Es un órgano jurisdiccional unipersonal o monocrático, integrante del orden jurisdiccional penal ordinario⁽⁷¹⁾. Es la primera autoridad jurisdiccional a la cual acuden los participantes en la investigación –en especial, el fiscal y el imputado y su defensor– y, luego, en la etapa intermedia –preparatoria de la fase del juicio oral– tanto, en el primer caso, para la definición de ciertas cuestiones incidentales cuya solución se les requiere, cuanto, en el segundo caso, para decidir la procedencia del juicio oral o el sobreseimiento de la causa⁽⁷²⁾. Es un juez de derecho que resuelve unipersonalmente los asuntos de su conocimiento; por lo general, el enjuiciamiento se encarga a un Tribunal, generalmente colegiado e integrado por tres miembros, para delitos de

(71) Una primera definición de este juez, de carácter objetivo o descriptivo, la proporcionan Horvitz y López. Ellos dicen que es el órgano jurisdiccional, unipersonal y letrado, con competencia para ejercer las atribuciones que la ley le reconoce desde el inicio de la etapa de investigación preparatoria hasta la dictación del auto de apertura de juicio oral que da término al procedimiento intermedio HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno*. Ob. cit., pp. 200-201. Es esa misma línea Ortiz y Medina identifican cuatro características básicas del juez de garantías: es un tribunal ordinario, es un tribunal que resuelve unipersonalmente, es un tribunal de primera instancia y es un tribunal de derecho (ORTIZ SCHINDLER, Enrique y MEDINA RAMÍREZ, Marco Antonio. *Manual del nuevo proceso penal*. Libro Tercia, Santiago, 2005, p. 108).

(72) Se discute si la intervención del juez en las cuestiones incidentales planteadas en sede de investigación lo inhabilita para hacerlo en sede de preparación del juicio, para decidir el sobreseimiento o el enjuiciamiento del imputado. Empero, si se sigue la doctrina de la Stedh del 24/05/1989, recaída en el Asunto Hauschildt v. Dinamarca [en igual sentido falló en la Stedh del 24/02/1993, recaída en el Asunto Fey v. Austria], no habría motivo de imparcialidad objetiva alguna determinante del apartamiento de ese juez y, por ende, la necesidad institucional de que intervenga otro tipo de juez en la etapa intermedia, de preparación del juicio. Siguiendo esa doctrina si la investigación e instrucción de la causa corresponde a la Policía y a la Fiscalía, y la actuación del juez no va dirigida ni a preparar la causa ni a resolver si debe juzgarse al acusado, y las decisiones de la etapa de investigación no son tomadas de oficio por el juez, y que en muchos casos se adoptan en audiencias con respeto al contradictorio, entonces no existe fundamento objetivo concreto para cuestionar esa competencia al juez de garantías o de la investigación preparatoria. Asimismo, como anota López Barja de Quiroga, las decisiones en la etapa previa al juicio solo aprecian si las sospechas que justifican una medida concreta tienen algún fundamento, mientras que la sentencia tras el juicio averigua si las pruebas prácticas son suficientes para justificar la condena, por lo que no se puede equiparar las sospechas con una declaración formal de culpabilidad (LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, p. 362).

mediana o grave entidad, y unipersonal cuando se trata de infracciones penales menores. Es un órgano de primera instancia, cuyas decisiones pueden ser recurridas ante un órgano jurisdiccional de alzada, que ocupa un nivel superior en la organización judicial.

2. Las funciones, o ámbito común de competencia material, son diversas⁽⁷³⁾. Aun así, con Gallardo Frías, es posible sostener que la función primordial de este tipo de juez consiste en resguardar el legítimo espacio que una persecución penal eficaz y razonable requiere, subordinándola a su turno al mandato impuesto por nuestro sistema político en orden a que el ejercicio de la soberanía estatal no traspase los límites derivados de la dignidad de la persona humana⁽⁷⁴⁾.

Las funciones, concretamente individualizadas, son las siguientes:

- a. Función de coerción: concretada, en primer lugar, en la decisión sobre medidas provisionales: con finalidad cautelar, de aseguramiento de las fuentes de prueba y de adquisición de la prueba, y tuitiva coercitiva⁽⁷⁵⁾; y, en segundo lugar, en la decisión sobre medidas instrumentales restrictivas de de-

(73) Las tareas de este nuevo tipo de juez son varias. No debe investigar, por el riesgo que ello entraña a las garantías jurídicas y a la eficacia. Pero sí debe valorar –como sería el caso de valorar si en cada caso se dan los presupuestos legales y constitucionales para la adopción de medidas limitativas en general, a través de los juicios de verosimilitud y de proporcionalidad–, así como asegurar la igualdad de armas entre acusador y acusado, la vigencia del contradictorio en los escasos momentos en que resulta indispensable en la etapa de investigación, y la abreviación de esa etapa para asegurar el derecho de toda imputado a la pronta definición del caso. DÍAZ CANTÓN, Fernando. “El juez de garantías en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires”. Ob. cit., p. 3.

(74) GALLARDO FRÍAS, Eduardo. “El juez de garantía en el nuevo proceso penal: entre la eficacia penal y la protección de las garantías”. <<http://www.lasemanajuridica.cl/LaSemanaJuridica/1036/primer-10267.html>> p. 4.

(75) Las medidas provisionales pueden definirse como los actos procesales de coerción directa que, recayendo sobre los derechos de relevancia constitucional, de carácter personal o patrimonial, de las personas, se ordenan a fin de evitar determinadas actuaciones perjudiciales que el imputado podría realizar durante el transcurso del procedimiento de declaración. estas adoptan funciones cautelares, cuando persiguen garantizar la eficacia de la eventual sentencia condenatoria: fuga, insolvencia y desaparición de bienes delictivos; funciones aseguratorias de la prueba, cuando persiguen impedir actuaciones o confabulaciones del imputado que perturben la práctica de los medios de prueba –actuaciones de aseguramiento de evidencia–; y, funciones tuitiva-coercitivas, cuando persiguen impedir que el imputado incurra en ulteriores hechos punibles, que previsiblemente serían idénticos o análogos a aquel que ha provocado la incoación del procedimiento, o bien que consume o amplíe los efectos del delito objeto de enjuiciamiento. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Grijley, Lima, 2003, pp. 1073-1074; MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco. “El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal”. En: *Justicia*, N° 1-2, Barcelona, 2002, pp. 124-147.

rechos, esto es, de aquellas actuaciones que requieren mandato judicial, orientadas predominantemente a la obtención de elementos o datos relacionados con el delito que pueden servir como prueba en el proceso y que, por lo general, implican una limitación de ciertos derechos fundamentales de la persona⁽⁷⁶⁾.

El principio de jurisdiccionalidad –que informa a las medidas coercitivas– exige que, cuando se trata de una profunda intromisión en los derechos fundamentales de una persona, el juez tiene la competencia exclusiva para autorizar esas restricciones⁽⁷⁷⁾; y, solo excepcionalmente, en casos de urgencia (peligro por la demora), el Ministerio Público y la Policía, si así lo permite la Constitución y lo autoriza la ley, puede llevarlas a cabo, con la posterior e inmediata intervención judicial para decidir sobre su legalidad⁽⁷⁸⁾.

- b. Función de garantía: se presenta en el estricto ámbito de la investigación preparatoria, y se expresa en cuatro tipos de actuaciones: i) tutela de los derechos de los sujetos procesales, a propósito de la actuación del Ministerio Público⁽⁷⁹⁾;

(76) DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; *Aragoneses Martínez*, Sara y otros. Ob. cit., p. 361.

(77) Ortells Ramos insiste en que la limitación de derechos fundamentales, a propósito de la aplicación del Derecho Penal, sin perjuicio de las excepciones taxativamente contempladas en el propio texto constitucional, corresponde al ámbito de la potestad jurisdiccional, que importa la actuación del Derecho respecto a situaciones jurídicas de terceros, de otros; y, si bien los supuestos de afectación de los derechos fundamentales no representan actuación del Derecho como resultado final de un proceso, se trata de elementos instrumentales necesarios para la actuación del Derecho –penal, en este caso–, de suerte que la Ley Fundamental [el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la CADH] impone que las potestades de dirección del proceso se realice bajo la presidencia y dirección judicial, y se ejerza con arreglo a las normas de procedimiento que las leyes establezcan ORTELLS RAMOS, Manuel. “Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia constitucional”. En: Medidas restrictivas de derechos fundamentales. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 51-52.

(78) SCHLÜCHTER, Ellen. *Derecho Procesal Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 66.

(79) El artículo 71.4 del CPP de Perú establece que si se vulnera la legalidad procesal durante la investigación, si los derechos del imputado –identificados en el artículo 71.2 que exigen un derecho de notificarlos o ponerlos en su conocimiento– no son respetados, si se le imponen medidas limitativas indebidas o apremios ilegales, o si sus requerimientos son desestimados irrazonablemente (vid.: art. 337.5 CPP) puede acudir en vía de tutela al juez de la investigación preparatoria. ¿Es razonable este ámbito de intervención? Creo que sí; primero, porque integra la potestad jurisdiccional la protección de los derechos; y, segundo, porque la corrección de la investigación y de las medidas que durante su desarrollo se dictan, en tanto se discuten derechos y el cumplimiento de la ley, sin juicio de oportunidad alguno o desarrollo estratégico de la investigación, merece la intervención judicial. Esta, por lo demás, se expresa a pedido de parte –principio de rogación–, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes.

ii) incorporación de sujetos procesales en la investigación, consolidando su acceso al procedimiento y su intervención en las actuaciones; iii) decisión acerca de medidas de protección⁽⁸⁰⁾; y, iv) pronunciamiento sobre la culminación de la investigación. Tal intervención, en buena cuenta, constituye el desarrollo legislativo de la función de garantía de la jurisdicción penal.

- c. Función de instrumentación o documentación, radicada en la actuación de la denominada prueba anticipada⁽⁸¹⁾. La prueba anticipada, como excepción a la prueba plenaria, sin embargo, como aclara Gómez de Liaño, ha de observar una serie de requisitos, que a efectos metodológicos pueden sistematizarse en cuatro, a saber: material, subjetivo, objetivo y formal; en primer lugar, esta prueba ha de versar sobre hechos que, por su fugacidad –irrepetibilidad en el futuro–, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio; en segundo lugar, requiere de la inmediatez de un juez, esto es, de un órgano dotado de imparcialidad e independencia; en tercer lugar, ha de garantizarse el principio de contradicción, para lo cual a la defensa ha de brindársele la posibilidad de comparecer en su ejecución; y, en cuarto lugar, el régimen de ejecución de la prueba ha de ser el mismo del juicio público y el acta que se levante debe leerse en dicho acto⁽⁸²⁾.

(80) Las medidas de protección constituyen, apunta Moreno Catena, prestaciones que el Estado realiza a sujetos vulnerables en sede procesal, o en función del peligro que se cierne contra la integridad de un órgano de prueba –testigo, perito o coimputado–; su objeto es evitar atentados en su contra, y garantizarles seguridad y tranquilidad, a fin de que puedan cumplir con sus deberes procesales o con los compromisos a los que voluntariamente se sometió MORENO CATENA, Víctor. “La protección de testigos y peritos en el proceso penal español”. En: Delincuencia Organizada. Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Borralló (editores), Universidad de Huelva, Huelva, 1999, p. 140.

(81) La incorporación de esa figura, enfatiza Sánchez Lugo, es lógica y razonable, en la medida en que exista la necesidad de preservar elementos de juicio relacionados con los hechos materia de la investigación y que puedan ser valiosos para una decisión judicial. La llegada excepcional de esta prueba al proceso penal, insiste el autor, debe estar mediada por motivos fundados en la extrema necesidad de evitar la pérdida o la alteración del medio probatorio. SÁNCHEZ LUGO, Carlos Felipe. “La prueba anticipada en el procedimiento penal”. En: Juan Carlos Arias Duque. *El proceso penal acusatorio colombiano*. Tomo I, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2005, p. 94.

(82) GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta. “La prueba anticipada”. En: El nuevo proceso penal. estudios fundamentales. Víctor Cubas Villanueva; Yolanda Doig Díaz y Fany Soledad Quispe Farfán (coordinadores), Palestra Editores, Lima, 2005, p. 457-459.

- d. Función ordenatoria, que tiene lugar en la etapa intermedia, en cuya virtud la dirige y dicta las decisiones relativas al sobreseimiento y enjuiciamiento del imputado⁽⁸³⁾.
 - e. Función de ejecutoriedad, de hacer ejecutar lo juzgado en aquellos ordenamientos en los que no existe un juez de vigilancia penitenciaria o de ejecución penal⁽⁸⁴⁾.
 - f. Función de decisión, que se limita, en algunos casos, a los procedimientos simplificados, tales como los abreviados y las faltas⁽⁸⁵⁾.
3. Emisión de decisiones a partir, principalmente, de audiencias judiciales. Se trata de una labor que ocupa la participación más intensa del juez en sede de investigación preparatoria y de la etapa intermedia⁽⁸⁶⁾. En las audiencias, como apuntan Duce y Riego, comparecen los distintos sujetos procesales presentando sus peticiones, antecedentes y argumentos, al fin de las cuales el

(83) Es prácticamente unánime que los códigos latinoamericanos encargan esa función al mismo juez que conoció de las cuestiones incidentales de la etapa de investigación preparatoria. El Código colombiano, que incorpora supuestos particularmente distintos en el procedimiento respecto a los demás Códigos de nuestra región, sin embargo, estipula que la audiencia de preclusión –tendente al sobreseimiento de la causa– es de competencia del juez de conocimiento (art. 331), al igual que la audiencia de formulación de la acusación –el juez competente para adelantar el juicio– (art. 336); esta última audiencia, denominada “audiencia preparatoria”, está vinculada a la dilucidación del ámbito probatorio del futuro juicio (arts. 356 y 362); el juez de control de garantías realiza las audiencias preliminares referidas a la formulación de la imputación (art. 286), a la aplicación del principio de oportunidad (art. 327), y a la actuación de la prueba anticipada, de medidas de protección, y de medidas limitativas en general (art. 154).

(84) El Código de Buenos Aires y el de Paraguay contempla el juez de ejecución (arts. 25 y 43, respectivamente). El Código de Bolivia, asimismo, instituye el juez de ejecución penal (art. 55); y, el Código de Colombia el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad (art. 38), mientras que el Código de Costa Rica crea los jueces de ejecución de la pena y el Tribunal de Ejecución de la Pena (arts. 458, 462 y 463). Los Códigos de Chile y Perú encargan los funciones de ejecutoriedad a los Jueces de Garantías o de la Investigación Preparatoria (arts. 466 y 29.4, respectivamente).

(85) El CPP peruano, por ejemplo, le entrega el conocimiento del procedimiento de terminación anticipada (art. 468).

(86) Un problema que puede complicar la celeridad y la propia idea fuerza de eficacia de la investigación a cargo del Ministerio Público es el número de audiencias pueden realizarse durante esa etapa. En el CPP de Perú, por ejemplo, como destaca Oré Guardia, pueden realizarse hasta 42 audiencias por diversos motivos y pretensiones. ORÉ GUARDIA, Arsenio. *El Ministerio Fiscal: Director de la investigación en el nuevo Código Procesal Penal del Perú*. Ministerio de Justicia - UNED. Madrid, 2005, p. 22. Es claro que estas no tienen porqué impedir el desarrollo de los actos de investigación y de aseguramiento propiamente dichos –salvo que impliquen limitación de derechos fundamentales–, puesto que son realizadas directamente por el Ministerio Público o comisionados a la Policía, sin que las audiencias pueden impedir o retardar su ejecución; sin embargo, visto el procedimiento preliminar en su conjunto, el problema detectado es latente y será del caso observar el funcionamiento del modelo procesal para advertir si el riesgo es real y si es del caso alguna medida de reforma.

juez debe resolver el asunto discutido; el carácter oral del nuevo proceso importa no solo el establecimiento de un juicio oral como etapa central del mismo, sino también que las decisiones más importantes, durante todo su desarrollo, deben ser adoptadas como producto de la realización de audiencias en las cuales los intervinientes presentan oralmente sus peticiones y argumentos y tienen la posibilidad de controvertir la opinión de su oponente, mientras el juez debe resolver exclusivamente de conformidad a la información ingresada en esas audiencias⁽⁸⁷⁾.

La oralidad, por tanto, no es el único principio asumido. También es evidente la vigencia del principio de contradicción, así como del principio de rogación. Las diferentes cuestiones incidentales que se presentan en la investigación preparatoria tienen lugar a pedido de un sujeto procesal, y se resuelven oralmente con pleno respeto del principio contradictorio. Las audiencias, según la práctica chilena, son públicas⁽⁸⁸⁾; pero, en Costa Rica, conforme a su CPP, son privadas, incluso la que se lleva para decidir el sobreseimiento o el enjuiciamiento (art. 316). El Código colombiano consagra el carácter reservado de las audiencias preliminares únicamente cuando están referidas a medidas limitativas de derechos: cautelares e instrumentales restrictivas de derechos (art. 155 *in fine*)⁽⁸⁹⁾.

■ BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Marcial Pons, Madrid, 2003.
- ASENSIO MELLADO, José María. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

(87) DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián. Ob. cit., p. 235.

(88) Duce y Riego sostienen que según el artículo 182 del CPP de Chile la reserva durante la investigación solo está referida a las actuaciones de la Policía y del Ministerio Público, y que en la práctica en sede judicial las audiencias preliminares son públicas. *Ibidem*, p. 237.

(89) El Código paraguayo, al igual que el Código boliviano, solo contemplan audiencias para definir el sobreseimiento o el enjuiciamiento, las cuales siempre son públicas (art. 352). El Código bonaerense solo prevé una audiencia preliminar, con finalidad saneadora y hace operantes los principios de economía, celeridad, concentración, bilateralidad y contradicción, según expresión de Bertolino, luego de la elevación a juicio y para definir el ámbito del debate, la prueba a utilizar, la necesidad de instrucción suplementaria o de juicio abreviado (art. 338). El Código peruano solo hace mención a la publicidad de la audiencia de prueba anticipada (art. 245.1). Véase con mayor amplitud en BERTOLINO, Pedro J. *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado y concordado*. 6ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1999, pp. 383-384.

- ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal*. 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*. ARA Editores, Lima, 2004.
- BACIGALUPO, Enrique. “La posición del fiscal en la investigación penal”. En: *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. AA.VV. Thomson & Aranzadi, Navarra, 2005.
- BAUMANN, Jürgen. *Derecho Procesal Penal*. Depalma, Buenos Aires, 1986.
- BERTOLINO, Pedro J. *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado y concordado*. 6ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1999.
- BUJOSA VADELL, Lorenzo M. “Principio acusatorio y juicio oral en el proceso penal español”. En: *Revista Internacional Derecho Penal contemporáneo*, N° 9, octubre - diciembre 2004, Bogotá.
- CALDERÓN CERESO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Derecho Procesal Penal*. Dykinson, Madrid, 2002.
- CALDERON CUADRADO, María Pía. *Segunda instancia penal*. Aranzadi, Pamplona, 2005.
- CORDÓN MORENO, Faustino. *Introducción al Derecho Procesal*. 2ª edición, Eunsa, Pamplona, 1995.
- CRUZ MÁRQUEZ, Beatriz. “La mediación en la Ley Penal de Menores: conciliación y reparación del daño”. Disponible en: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-14.pdf>>.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El nuevo Código Procesal: ¿Revolución Penal?* Justicia Viva, Lima, 2004.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara y otros. *Derecho Procesal Penal*. 5ª edición, Ceura, Madrid, 2002.
- DE LLERA SUÁREZ, Emilio. *El modelo constitucional de investigación penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- DE URBANO CASTILLO, Eduardo. “Investigación e instrucción: diferencias y garantías a la luz del modelo vigente. Alternativas de Futuro”. En: *Estudios de Derecho Judicial*, N° 42. “El juez de instrucción y juez de garantías. Posibles Alternativas”. Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002.
- DÍAZ CABIALE, José Antonio. *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del Juez*. Comares, Granada, 1996.
- DÍAZ CANTÓN, Fernando. “El juez de garantías en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires”. Disponible en : <<http://www.eldial.com/suplementos/penal/edito/edito8.asp>>.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María. “La potestad jurisdiccional: características constitucionales”. En: *Revista Parlamento y Constitución*, N° 2, Cortes de Castilla-La Mancha - Universidad de Castilla La Mancha, 1998, .
- DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián. *Introducción al nuevo sistema procesal penal*. Universidad Diego Portales, Chile, 2002.

- DUPUIT, Joseph. *Algunos aspectos de la unificación del procedimiento penal en Suiza. La reforma del proceso penal peruano*. Anuario de Derecho Penal, Lima, 2004.
- FUENTES SORIANO, Olga. “El modelo acusatorio y el Ministerio Público”. En: *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*. Víctor cubas villanueva, yolanda doig díaz y fany soledad quispe Farfán (coordinadores), Palestra Editores, Lima, 2005.
- GALLARDO FRÍAS, Eduardo. “El juez de garantía en el nuevo proceso penal: entre la eficacia penal y la protección de las garantías”. Disponible en: <<http://www.lasemanajuridica.cl/LaSemanaJurídica/1036/primer-10267.html>>.
- GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta. “La prueba anticipada”. En: *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*. Víctor Cubas Villanueva, Yolanda Doig Díaz y Fany Soledad Quispe Farfán (coordinadores), Palestra Editores, Lima, 2005.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *Introducción al Derecho Procesal*. 2ª edición, Colex, Madrid, 1997.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Colex, Madrid, 2004.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. “Sobre el Ministerio Público alemán”. En: *Homenaje al Doctor Marino Barbero Santos in memoriam*, Volumen II, Ediciones Universidad de Castilla La Mancha – Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.
- GONZÁLES DURÁN, Mario. “Participación ciudadana en los juicios orales”. En: *El nuevo sistema procesal penal*. Grupo Editorial Quipus, Cochabamba, 2003.
- GÖSSEL, Karl-Heinz. *El proceso penal ante el Estado de Derecho*. Grijley, Lima, 2004.
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno*. Tomo I, Reimpresión, Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
- IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, Jesús María. *La investigación preliminar del Ministerio Fiscal. La intervención de las partes en la misma*. Aranzadi, Navarra, 2001.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Proceso Penal Comentado*. 1ª edición, Reimpresión, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2001.
- LUACES GUTIÉRREZ, Ana Isabel. “La conformidad en el procedimiento abreviado y en los juicios rápidos”. En: *Revista General de Derecho Procesal*, 2005.
- MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*. Tomo I, 2ª edición, Del Puerto, Buenos Aires, 1996.
- MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal. Parte general*. Tomo II, 1ª edición, Del Puerto, Buenos Aires, 2003.

- MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco. “El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal”. En: *Justicia*, Nº 1-2, Barcelona, 2002.
- MARTÍN Y MARTÍN. José Antonio. *La instrucción penal*. 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- MARTÍN PASTOR, José. *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*. Colegio Real de España, Bolonia, 2005.
- MONTERO AROCA, Juan y otros. *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, 12ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- MORENO CATENA, Víctor. “La protección de testigos y peritos en el proceso penal español”. En: *Delincuencia organizada*. Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Borralló (Editores), Universidad de Huelva, Huelva, 1999.
- MORENO CATENA, Víctor (Director). *El proceso penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- MORENO CATENA, Víctor. “La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. En: AA.VV.: *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Thomson & Aranzadi, Navarra, 2005.
- ORÉ GUARDIA, Arsenio. *El Ministerio Fiscal: Director de la investigación en el nuevo Código Procesal Penal del Perú*. Ministeriode Justicia - UNED. Madrid, 2005.
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. *Introducción al Derecho Procesal*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- ORTELLS RAMOS, Manuel. “Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia constitucional”. En: *Medidas Restrictivas de Derechos Fundamentales*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- ORTELLS RAMOS, Manuel, y otros. *Derecho Procesal. Introducción*. Punto y coma, Valencia, 2003.
- ORTIZ SCHINDLER, Enrique y MEDINA RAMÍREZ, Marco Antonio. *Manual del nuevo proceso penal*. Libro Tecnia, Santiago, 2005.
- PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Colex, Madrid, 2000.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho Penal. Modernas bases dogmáticas*. Grijley, Lima, 2004.
- PRIETO VERA, Alberto José. “Esquema del proceso penal en el sistema acusatorio colombiano”. En: AA.VV., *El proceso penal acusatorio colombiano*, Tomo II, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 1ª Reimpresión, Bogotá, 2005.
- QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Teoría general del proceso*. Temis, Bogotá, 1995.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El sistema procesal español*. José María Bosch Editor, Barcelona, 2000.

- RIFÁ SOLER, José María y VALLS GOMBÁU, José Francisco. *Derecho Procesal Penal*. Iurgium Editores, Madrid, 2000.
- ROXÍN, CLAU. *Derecho Procesal Penal*. Del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Grigley, Lima, 2003.
- SÁNCHEZ LUGO, Carlos Felipe. “La prueba anticipada en el procedimiento penal”. En: Juan Carlos Arias Duque. *El proceso penal acusatorio colombiano*. Tomo I, Ediciones Jurídicas Andres Morales, Bogotá, 2005.
- SCHLÜCHTER, Ellen. *Derecho Procesal Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- SPATARO, Armando: “Italia”. En: *Sistemas de proceso penal en Europa* (MACÍÁ GÓMEZ, Ramón: Director). Cedecs, Barcelona, 1998.
- TIEDEMANN, Klaus y otros. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*. Ariel Derecho, Barcelona, 1989.
- VALENCIA MIRÓN, Antonio José. *Introducción al Derecho Procesal*. Comares, Granada, 2000.
- YÁNEZ CORTEZ, Arturo. *La vigencia plena del nuevo Código de Procedimiento Penal y la jurisprudencia constitucional*. Talleres Gráficos “Gaviota del Sur”, Sucre, Bolivia, 2003.

La acusación fiscal

I. REFERENCIAS NORMATIVAS

Introducción. Seis son los artículos básicos que debe tenerse presente en relación a las exigencias para la corrección jurídico - procesal de la acusación fiscal y, en su consecuencia, para la emisión del auto de enjuiciamiento. Su adecuado reconocimiento y entendimiento permitirá una dogmática esclarecedora sobre el alcance de la imputación fiscal y del auto de enjuiciamiento, esto es, su delimitación jurídica en orden a la función que cumplen en nuestro vigente proceso penal.

Preceptos legales. Los enunciados normativos son los siguientes:

1. Artículo 336.2 del Código Procesal Penal (en adelante, CPP). La Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria contendrá: **b) Los hechos y su tipificación específica correspondiente.**
2. Artículo 344.1 del CPP. El Fiscal decidirá (...) si formula acusación, siempre que exista base suficiente para ello.

Artículo 344.2 del CPP. El sobreseimiento procede: **d) No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado. A contrario sensu.**

3. Artículo 349.1 del CPP. La acusación escrita (...) contendrá: **b) La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la**

separación y el detalle de cada uno de ellos; d) La participación que se atribuya al imputado; e) La relación de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurran.

Artículo 349.2 del CPP. Límites de la acusación. “La acusación solo puede referirse a hechos y personas incluidas en la disposición de formalización de la investigación preparatoria, aunque se efectúe una distinta calificación jurídica”.

4. Artículo 352.2 del CPP. Saneamiento de la acusación. El juez devolverá la acusación en caso presente defectos u omisiones. El fiscal, en este caso, realizará el análisis de contenido correctivo a que hubiera lugar. En los demás casos, en la misma audiencia, el fiscal realizará modificaciones, aclaraciones o subsanaciones.

Artículo 352.4 del CPP. Acusación escrita y sobreseimiento. El sobreseimiento podrá dictarse de oficio o a pedido del acusado o su defensa, cuando concurran los requisitos del artículo 344.2 del CPP, “(...) siempre que resulten evidentes y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba”.

5. Artículo 374. 2 del CPP. Acusación Complementaria. “Durante el juicio el Fiscal [antes de la culminación de la actividad probatoria], el fiscal introduciendo un escrito de acusación complementaria, podrá ampliar la misma, mediante la inclusión de un hecho nuevo o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en su oportunidad, que modifica la calificación legal o integra un delito continuado. En tal caso, el fiscal advertirá la variación de la calificación jurídica”.
6. Artículo 387.1 del CPP. Acusación oral ratificada. “El fiscal, cuando considere que en el juicio se han probado los cargos materia de la acusación escrita, la sustentará oralmente, expresando los hechos probados y las pruebas en que se fundan, la calificación jurídica de los mismos, la responsabilidad penal y civil del acusado, y de ser el caso, la responsabilidad del tercero civil, y concluirá precisando la pena y la reparación civil que solicita”.

Artículo 387.2 del CPP. Acusación oral modificada. “Si el Fiscal considera que del juicio han surgido nuevas razones para pedir aumento o disminución de la pena o la reparación civil solicitadas en la acusación escrita, destacará dichas razones y pedirá la

adecuación de la pena o reparación civil. De igual manera, en mérito a la prueba actuada en el juicio, puede solicitar la imposición de una medida de seguridad, siempre que sobre ese extremo se hubiera producido el debate contradictorio correspondiente”.

II. PRESUPUESTOS PROCESALES

Presupuestos procesales. Se definen, en sentido amplio, como las circunstancias de las que depende la admisibilidad de todo el procedimiento o una parte considerable de él (Roxin); condicionan la admisibilidad de la pretensión, pues son de obligada observancia en el momento del ejercicio de poder jurídico de acción (Gimeno). Están orientados a la finalidad del proceso, que consiste a su vez en el aseguramiento de la paz jurídica (Volk).

Si se toma en cuenta la perspectiva subjetiva de clasificación de los once presupuestos procesales, se tiene que los presupuestos del objeto procesal o perseguibilidad del hecho concreto, –también existen los presupuestos del órgano jurisdiccional (1. Jurisdicción y 2. Competencia), y de las partes (3. Capacidad para ser parte, 4. Capacidad de actuación procesal, 5. Representación y postulación procesal, y 6. Derecho de conducción procesal)–, son un total de cinco (5):

1. El hecho debe estar todavía intacto, esto es, no puede haber sido ya juzgado (*ne bis in idem*). Si está siendo objeto de otro proceso –pleito pendiente–, debe seguirse los mecanismos de unificación procesal (acumulación).
2. El delito de cuya persecución se trata no puede estar prescripto. La teoría mixta consideró la prescripción, en parte, como causa material de extinción de la pena y, en parte, como causas de extinción e impedimento procesal. Pero, el BGH y el BVBerfGE, asumieron la concepción procesal. El autor, como lo muestra también la posibilidad de interrupción del § 78c, StGB (art. 83 del CP Perú), no tiene interés alguno, digno de protección, en poder ponderar la duración de su perseguibilidad ya antes de la comisión del hecho.
3. La persecución penal no tiene que haber sido clausurada con motivo de una amnistía constitucionalmente lícita.
4. Tiene que haber una acusación y un auto de enjuiciamiento adecuados al ordenamiento jurídico.

5. En algunos casos, debe existir indispensablemente una instancia de persecución penal, una autorización parlamentaria y autorización administrativa –delitos privados, delitos semipúblicos y delitos sujetos a autorización del Congreso, del Fiscal de la Nación o de una instancia administrativa: Informe de Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Industrial (Indecopi), Superintendencia de Banca y Seguros (SBS), etcétera–.

Los medios de impugnación tienen presupuestos procesales específicos, los cuales pueden ser sistematizados en: a) comunes: gravamen (perjuicio que ha de sufrir el recurrente por la resolución impugnada) y conducción procesal (o exigencia de haber sido parte en el proceso de primera instancia), y b) especiales: los propios de los medios de impugnación extraordinarios (Gimeno).

Iniciación del procedimiento. Se trata de dos procedimientos que integran el proceso penal: i) procedimiento de investigación preparatoria formal y ii) procedimiento principal, de enjuiciamiento. Rigen, pues, dos pautas claramente definidas. En todo caso, la iniciación, en ambos casos, se erige siempre a partir de un acto de imputación fiscal. En el primero se ejerce el derecho de acción penal, y en el segundo se deduce o formaliza la pretensión penal (Gimeno).

Así:

1. En los dos casos deben existir todos los presupuestos procesales consolidados.
2. Ambos actos de imputación deben tener como presupuesto material ineludible la existencia de determinados indicios procedimentales o sospechas para justificar su postulación. Empero, varían en su intensidad.

Disposición Fiscal de Formalización de la Investigación Preparatoria (art. 336.1 y 2 del CPP). Para su emisión se requiere “(...) indicios reveladores de la existencia de un delito (...)”. Debe haber una sospecha racional que impulse el procedimiento, indicando que el imputado ha podido cometer el delito. Es un apoyo, justificado por hechos concretos y fundados en la experiencia criminalística, de que existe un hecho punible perseguible. Se descarta las vagas indicaciones o livianas sospechas.

La Disposición Fiscal es un requisito previo de la acusación, de carácter interlocutorio, de índole provisional –no prejuzga el fallo–, y genera

un deber de correlación con la acusación meramente subjetiva, no objetiva –no genera vinculación alguna en cuanto al título de condena, con respecto al escrito de acusación, pues es una calificación apriorística del hecho–. No fija definitivamente el *thema decidendi*, el cual se concreta con la acusación. Es un simple presupuesto de acceso al proceso o mera imputación formal de carácter provisional –constituye presupuesto de la acusación, de suerte que nadie puede ser acusado si antes no ha sido condenado (Martínez Jiménez)–. Tiene una función de garantía para el imputado y ordena, prefigura, la secuencia del procedimiento de investigación preparatoria formal, así como traza el derrotero de la acusación.

Por el concepto de “**indicios reveladores**”, cabe entender la sospecha relativamente fundada de participación, en cualquiera de sus formas legalmente reconocidas –autoría y participación: artículos 23/25 del CP–, de una persona en un hecho punible no obstaculizada por la ausencia de alguno de los presupuestos procesales que impiden el procesamiento o por la evidencia de la concurrencia de alguna de las causas de extinción de la acción penal y, en menor medida, de exención de la responsabilidad penal (arts. 78 y 20 del CP). No se requiere un inequívoco testimonio de certidumbre, solo presencia de hechos o datos básicos que sirvan racionalmente de indicios o, mejor dicho, de indicadores, de una determinada conducta que resulta calificada como delictiva. Estos últimos (art. 20 del CP) se erigen en hechos impositivos de la pretensión penal y, en dicha calidad, requieren una actividad probatoria en el juicio oral, salvo que ostensiblemente aparezca configurada como consecuencia de la actividad preliminar.

El vocablo “**indicio**” debe entenderse, no como el primer elemento de la prueba indiciaria o indirecta –que requiere acreditación rigurosa de su existencia–, sino como indicador meramente procedimental, basado en actos de investigación, de la posible realidad demostrativa de hechos referidos a la comisión del delito o a la intervención delictiva del imputado. En buena cuenta, es lo que se denomina: probabilidad delictiva.

Acusación fiscal. Otro acto de imputación fiscal, el más trascendente, es la acusación. Esta es escrita y oral, o provisional y definitiva (arts. 344.1 y 2.d, y 387.1 del CPP). A través de este acto de imputación, a diferencia de la Disposición Fiscal de Formalización, se introduce la pretensión punitiva; además, debe ser reconocido en el proceso por el juez no solo en cuanto a su admisibilidad sino también en cuanto a su fundamentación. Para tener derecho a acusar y a que se abra el juicio oral se

requiere que la pena parezca no solo posible sino, lo que implica grado adicional de conocimiento, probable (Gómez Orbaneja).

La acusación escrita requiere: “bases suficientes o elementos de convicción suficientes”. Como tal, concreta el principio acusatorio –máximas romanas *ne procedat iudex ex officio* y *nemo iudex sine accusatore*– y el juicio de probabilidad delictiva, sin perjuicio de que la condena solo sea factible tras un juicio de certeza a la vista de las pruebas. Los motivos para acusar son, desde luego, de mayor entidad que la justificación indiciaria –indicios reveladores– exigida para acordar la inculpación formal.

La suficiencia significa que el imputado es adecuadamente sospechoso de haber cometido una acción punible, es decir, cuando es de esperar su condena, con una fuerte probabilidad. Esta solo alcanza a la cuestión referida a la comisión del hecho: convencimiento acerca de la existencia de los presupuestos procesales y de la punibilidad de la acción imputada, por parte del encausado. Ha de existir la probabilidad de condena que justifica el pase al procedimiento principal: juicio oral. Parte, por tanto, de un pronóstico sobre el desenlace probatorio en el eventual juicio oral. El fiscal ha de llegar a la conclusión de que los medios de investigación o de instrucción reunidos en la etapa de investigación preparatoria son idóneos y previsiblemente suficientes para fundar una condena. El pronóstico probatorio ha de recaer tanto sobre la valorabilidad o licitud de las pruebas –que no se incurra en prohibiciones probatorias que la hacen inhábil para fundar en ella un pronunciamiento de condena–, cuanto sobre la virtualidad probatoria intrínseca de las pruebas, en su grado de convicción (Rieb).

El pronóstico del fiscal es decisivo. Por tanto, habrá motivos suficientes para acusar, cuando según el pronóstico del fiscal si, al final del juicio oral, llegará a requerir la condena. Empero, es el órgano jurisdiccional de la etapa intermedia quien valorará ese pronóstico para dictar el auto de enjuiciamiento o el de sobreseimiento (arts. 352.4 y 353.1 del CPP).

Por otro lado, es de precisar que como la acusación está sujeta a un plazo impropio, el incumplimiento de los plazos legalmente previstos para la emisión de la acusación, por su carácter de acto necesario para el proceso, solo acarrea responsabilidad disciplinaria. Para la declaración de caducidad será indispensable crear un supuesto adicional de sobreseimiento de la causa, al margen de lo dispuesto en el artículo 344.2 del CPP, por lo que, ante la falta de norma expresa, cesar la acción penal fuera de los

casos establecidos en la Ley, importaría una clara vulneración de los principios de oficialidad y de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal (Cas. N° 54-2009-La Libertad, de 04/03/2009). Ello, en términos técnicos, significa que el plazo para acusar es impropio y no propio; no genera caducidad.

Prisión preventiva. Respecto al principio de intervención indiciaria, el artículo 268.1 “a” del CPP, utiliza la expresión: “(...) fundados y graves elementos de convicción (...)”. Expresa la necesidad de que concurran elementos que sean suficientes para convencer a un tercero imparcial de que el individuo afectado por la medida puede ser el autor del hecho (SSTEDH Fox de agosto de 1990 y Labita de 26/04/2000). Existe cuando los elementos afirmativos sobre la comisión del hecho delictivo por parte del imputado son francamente superiores a los negativos. Se entiende que el grado de probabilidad se refiere a la comisión del hecho cometido por el imputado, pero no está relacionado con problemas de carácter jurídico en cuanto a la interpretación de la ley.

Es un preventivo cálculo de probabilidades sobre el resultado de la futura resolución judicial principal; no basta la mera sospecha razonada, sino que la sospecha esté muy fundada (Calamandrei). Es decir, sospecha vehemente.

III. CONTENIDO DE LA ACUSACIÓN

Exigencias legales. El artículo 349.1 del CPP plantea varias exigencias a la acusación que se erigen en impedimentos procesales en caso de incumplimiento. Tres son las principales:

1. Relación clara y precisa del hecho atribuido al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos.
2. La participación que se atribuya al imputado. Si son varios imputados, la conducta que cada uno desarrolló y su enlace con la de los demás copartícipes.
3. La relación de circunstancias modificatorias de la responsabilidad que concurran.

Adicionalmente, el apartado 2) del citado artículo 349 del CPP precisa que la acusación solo puede referirse a hechos y personas incluidos

en la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica.

El acontecimiento histórico se entiende como el conjunto de hechos que determina el objeto del proceso. Es el núcleo de la **hipótesis** acusatoria. Si esta no concreta de modo suficiente el reproche por el hecho, se entiende que no cumple con su función delimitadora –la valoración probatoria o resultado esencial de las investigaciones, parte de ella–. Por tanto, tal defecto fundamenta un impedimento procesal.

El artículo 349.1.b) del CPP obliga al fiscal a formular una “relación clara, precisa y circunstanciada del hecho acusado”. Debe relatar el hecho tal y como lo vería un observador imparcial, sin que sea suficiente para cumplir esa exigencia procesal que se haga una enumeración de los indicios o de las pruebas existentes –esto último es materia de un apartado posterior: primero el fiscal ha de indicar los hechos que imputa y, luego, debe justificar los cargos–. Lo circunstanciado del hecho significa que se narre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que la conducta se realizó. Es incorrecto empezar la acusación con la frase: “Denunció el agraviado (...)” (Llobet). Sobre ese *factum* se pronunciará el Tribunal en la relación de hechos probados.

En los delitos sexuales reiterados, el Tribunal Supremo Alemán (BGH) considera suficiente que se señale la víctima del hecho, las características principales del modo de comisión, un determinado espacio de tiempo en el que se cometió y el número máximo de hechos punibles reprochados (Roxin).

La falta de precisión de fechas exactas no es ilegítimo, solo debe fijarse un espacio de tiempo. Se prohíben, en cambio, las acusaciones vagas e insuficientes, pues producirían indefensión (STCE del 10/03/1982).

Sobre esa base, si la acusación no cita el lugar, la fecha, la víctima y los daños, es insuficiente; se erige en un impedimento procesal. El fiscal en su relato acusatorio debe evitar el uso de términos o conceptos jurídicos. Los hechos no solo se refieren a los constitutivos de infracción penal, sino también a todos aquellos que sirven de fundamento a la apreciación de circunstancias modificativas o extintivas de la responsabilidad, y a los que sirven de base a la responsabilidad civil (Pérez-Cruz Martín).

Por otro lado, la calificación jurídica es básica y necesaria, aunque puede ser somera. La ausencia o la falta de precisión del tipo penal y sus variantes objeto de subsunción, se erige en un impedimento procesal. Se perjudica

una defensa efectiva. Se vulnera, por consiguiente, el derecho de defensa cuando no se notifica al imputado las razones y los delitos por los cuales se le pretender atribuir responsabilidad (SCIDH, caso Tibi, de 07/09/2004). La acusación será ineficaz, aunque en la etapa intermedia podrá y deberá ser corregida (art. 352.2 del CPP).

Contenido fáctico. Los hechos que se reflejarán en la acusación son los que fluyen de la investigación preparatoria, pero concretados en la Disposición fiscal en sus lineamientos sustanciales –el curso de ejecución material del hecho debe mantenerse y sus características vitales o determinantes deben sostenerse–. Debe, primero, existir identidad, total o parcial, en los actos de ejecución que recoge el tipo legal –teoría normativista–; y, segundo, cuando, aun sin darse la anterior identidad, el objeto material del delito, es decir, el bien jurídico protegido, sea el mismo (Gómez Colomer).

Dice la STSE de 06/04/1995, que el apartado fáctico, para ser respetuoso con el derecho a ser informado de la acusación y con el derecho de defensa, debe ser completo –debe incluir todos los elementos fácticos que integran el tipo delictivo objeto de acusación y las circunstancias que influyen sobre la responsabilidad del acusado– y específico –debe permitir conocer con precisión cuáles son las acciones o expresiones que se consideran delictivas–, pero no exhaustivo. Si los hechos objeto de imputación son escuetos y carecen de datos que permitan concretarlo, no es posible realizar un juicio con pleno respeto de las garantías individuales de los imputados (R.N. N° 1023-2014-Cajamarca, de 19/10/2015). Así, no se requiere un relato exhaustivamente minucioso, detallado o pormenorizado, ni la incorporación ineludible al texto de la acusación de elementos fácticos que obren en las diligencias de la investigación preparatoria, y a los que la calificación acusatoria se refiera con suficiente claridad. Empero, ello no significa descuidar por completo los hechos que atribuye, si la acusación no relata con cierta precisión los hechos atribuidos, si estos no son específicos y no se sepa con certeza lo que se atribuye al acusado, no se puede garantizar un debate efectivo; sus deficiencias afectan el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos de defensa y de tutela jurisdiccional de los imputados (R.N. N° 1023-2014-Cajamarca, de 19/10/2015).

Contenido jurídico. Finalmente, la acusación comprende, entre otros extremos, la calificación legal de los hechos, determinando el delito que constituyen (art. 349 del CPP). En especial, la tipificación legal

que subsuma el hecho, la identificación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, y la participación que se atribuya al imputado. Por lo demás, determinados ámbitos de estos extremos jurídico penales, como los otros puntos de la acusación, pueden ser modificados después de practicadas las diligencias probatorias en el juicio oral (art. 387.2 del CPP). Por ello se afirma que se trata de una acusación provisional, bajo el entendido de que el procedimiento o etapa principal es el enjuiciamiento o acto oral.

IV. ACUSACIÓN Y JUICIO ORAL

Nota característica. La acusación escrita no es inmodificable. Durante el desenlace de la etapa del juicio oral la acusación puede variar, e incluso en el alegato oral puede ser objeto de algunos cambios, sin que ello altere el derecho de defensa –en su ámbito de conocimiento de los cargos– y el principio de contradicción. Así:

1. Antes de concluirse la fase probatoria, conforme al artículo 374 del CPP, primero, a instancia del Tribunal, el Fiscal puede cambiar el tipo legal objeto de acusación; y, segundo, *motu proprio*, puede introducir una acusación complementaria.
2. En el alegato oral final, el fiscal, en relación a la acusación escrita, está autorizado no solo retirar la acusación –si los cargos han sido enervados– y ratificarla –cuando los cargos se han probado–, sino también a solicitar aumento o disminución de la pena o de la reparación civil o, en su caso, la imposición de una medida de seguridad –si medió debate contrario al respecto–. De igual manera, puede efectuar la corrección de simples errores materiales o incluir alguna circunstancia –de atenuación o de agravación–, siempre que no modifique esencialmente la imputación ni provoque indefensión. En estos términos se pronuncia el artículo 387 del CPP.

Cabe aclarar que las “**circunstancias**” son hechos periféricos al hecho principal –lo circundan–. Se trata de indicadores, objetivos o subjetivos, de cuya utilización se permite valorar tanto el nivel de gravedad del hecho punible cometido como la mayor o menos intensidad del reproche personal que se realiza contra quien lo cometió (Hurtado Pozo / Prado Saldarriaga).

Requisitos de la modificación fiscal. Es evidente que se puede modificar la calificación jurídica siempre y cuando se trate de los mismos hechos –ello se fundamenta en el hecho de que el objeto procesal lo integra, esencialmente, la persona del imputado, el hecho punible y la homogeneidad del bien jurídico (Gimeno). Para hacerlo, se tiene que suspender la audiencia y realizar un nuevo interrogatorio al encausado (SCIDH caso Fermín Ramírez, del 20/06/2005). Basta que el imputado conozca esos nuevos hechos y circunstancias y que se correspondan con los hechos investigados, así como que no sean sorpresivas, para que este derecho instrumental de la garantía de defensa procesal esté resguardado. En efecto, el título condenatorio tiene ser congruente con el título acusatorio (Cas. Nº 62-2006/Tacna, del 05/03/2010). Ello supone que el debate contradictorio recae no solo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica. De ahí que toda pretendida fijación definitiva de la acusación en el escrito de acusación escrita privaría de sentido al artículo 387.2 del CPP y haría inútil la actividad probatoria practicada en el juicio oral (STSE del 28/01/2001).

Variación del precepto penal. La modificación del tipo penal en el curso del juicio puede realizarse a instancia del órgano jurisdiccional. En este supuesto el Tribunal plantea la tesis de desvinculación, con pleno respeto de los hechos objeto del debate (acusación y defensa). El nuevo tipo penal puede ser uno distinto del señalado en la acusación escrita, pero siempre respetando la homogeneidad del bien jurídico entre delito acusado y delito sugerido por el Tribunal –con ello se respeta el principio acusatorio– o un tipo legal agravado o atenuado, según conste en autos la presencia de circunstancias de atenuación o agravantes específicas. El límite al planteamiento de la tesis es, por cierto, la variación de la concreta figura delictiva, no la inclusión de otras circunstancias que no alteren la tipificación del hecho acusado.

El fiscal, y las otras partes, están obligadas a pronunciarse sobre el planteamiento judicial de la tesis alternativa; y, en su caso, propondrán la prueba adicional que corresponda. Es claro que más allá de que el Fiscal acepte o no esta tesis alternativa, el Tribunal no está circunscripto a que lo haga, de suerte que en la sentencia, si mantiene su posición, puede muy bien pronunciarse sobre esa modificación propuesta. Las partes ya conocieron sobre esa posibilidad, se pronunciaron sobre ella –pueden incluso hacerlo en sus alegatos finales– e, incluso, actuaron pruebas, por lo que si el Tribunal insiste en su calificación alternativa no se tratará de un fallo sorpresivo que genere indefensión material.

El artículo 374.1 del CPP prevé la potestad judicial y garantiza un trámite contradictorio. No condiciona la concreción de esa potestad a la aceptación de las partes, en especial del fiscal. Ello significa, primero, el carácter relativo del título de condena en función al título acusatorio; y, segundo, que el principio acusatorio que asume no es uno expansivo que alzaprima la posición del fiscal y niega potestades de configuración de la tipicidad del hecho al órgano jurisdiccional. Es de recordar que el principio se construye a partir de la ley y no viceversa. Por lo demás, se afianza la vigencia del principio de legalidad penal, respecto de la subsunción del hecho juzgado y de la pena que corresponda.

Acusación complementaria. Es la segunda posibilidad de alteración parcial de la acusación escrita en el curso del debate oral, antes de la culminación de la fase probatoria. Esta procede cuando se trata de un hecho nuevo, no incluido en la acusación escrita, o de una nueva circunstancia, que importa, de un lado, la modificación de la calificación legal o, de otro lado, la integración del mismo en un delito continuado. En ambos casos se varía la calificación jurídica.

El “hecho nuevo” debe desprenderse de las actuaciones de la investigación preparatoria y que, eventualmente, no fue incluido en la Disposición Fiscal de Formalización, o habiéndolo sido no se incorporó en la acusación fiscal. Este hecho debe tener como consecuencia un cambio de la calificación jurídica, pero siempre dentro del concepto de homogeneidad del bien jurídico —si es un hecho diametralmente distinto, solo cabe que, en su oportunidad, se inste el procesamiento penal autónomo—. La incorporación de nuevas circunstancias se refiere a las específicas que dan lugar a un tipo penal más grave o privilegiado, pues solo estas dan lugar a un tipo penal distinto.

Respecto del delito continuado se trata, siempre, de nuevos hechos que comparten características comunes con los hechos precedentes e integran, desde las exigencias del artículo 49 del CP, un solo delito continuado: pluralidad de acciones, pluralidad de violaciones de la misma ley u otra de similar naturaleza, realización de las acciones en momentos diversos e identidad de resolución criminal (Hurtado Pozo/Prado Saldarriaga).

Acusación oral modificada. Está prevista en el artículo 387.2 del CPP. Se circunscribe a la solicitud de sanción penal y de reparación civil. No se alteran los hechos básicos objeto de imputación, solo se incorporan nuevas razones en función a hechos que tengan incidencia en la sanción penal

y civil, referidos al *quantum* de la pena y de la reparación civil, y que surgieron como consecuencia del debate oral. Estos han de importar, sin alteración normativa alguna, una solicitud de pena o de reparación civil de mayor o menor entidad. El límite es que esos nuevos datos hayan sido objeto del debate –respeto del principio de contradicción–. Formalmente se requiere que el Fiscal destaque oralmente las razones de dicho cambio.

La modificación también puede incluir la solicitud de una medida de seguridad en reemplazo de la pena inicialmente pedida. Para ello se requiere que la peligrosidad criminal y la anomalía psíquica grave han sido objeto de alegación, prueba y debate.

Acusación oral corregida. Esta prevista en el apartado 3) del citado artículo 387 del CPP. Incluye dos variantes:

1. Corregir errores materiales: de fechas, nombres, lugares, de copia, de cuenta, etcétera. El sentido de la acusación no cambia en modo alguno ni la calificación jurídica de los hechos.
2. Incluir alguna circunstancia, siempre que no modifique esencialmente la imputación ni provoque indefensión y, sin que sea considerada una acusación complementaria. Una tal circunstancia será una genérica y no podrá modificar la tipificación del hecho; la pena puede variar desde luego, a tono con lo prescrito en el artículo 387.2 del CPP. En ambos supuestos se requiere que esos puntos hayan sido objeto del debate contradictorio. Está prohibida en este momento procesal la acusación sorpresiva.

■ BIBLIOGRAFÍA

- GIMENO SENDRA, Vidente. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Civitas, Navarra, 2015.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y otros: *Derecho Jurisdiccional III*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- ROXIN, Claus: *Derecho Procesal Penal*. Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- HURTADO POZO, José - PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Penal Parte General*, Idemsa, Lima, 2011.
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Proceso penal comentado*, Editorial Jurídica Continental, San José - Costa Rica, 2009.
- VOLK, KLAUS. *Curso Fundamental de Derecho Procesal Penal*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2016.

- MARTÍNEZ JIMÉNEZ, José. *Derecho Procesal Penal*, Editorial Tecnos, Madrid, 2015.
- PÉREZ-CRUZ Martín, AGUSTÍN, Jesús y otros. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Civitas, Pamplona, 2009.
- GÓMEZ ORBANEJA y otro: *Derecho Procesal Penal*, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987.

El proceso inmediato.

NCPP originario y D. Leg. N° 1194

I. PRESUPUESTOS DEL PROCESO INMEDIATO

1. Planteamiento

La noción de evidencia delictiva, conforme al artículo 446.1, apartado a), del CPP de 2004, preside la conversión de un procedimiento común en inmediato, que a su vez autoriza la simplificación de sus trámites y el aceleramiento procesal –se concentra en los primeros momentos de la investigación probatoria, en especial en la subfase de diligencias preliminares, y se elimina la etapa intermedia–; por tanto, la característica definitoria de este proceso es su celeridad, consecuencia del recorte de la actividad probatoria por falta de necesidad de la misma⁽¹⁾. Su configuración legal no está en función de la entidad del delito ni de la idea del consenso, sino de la presencia desde un primer momento de una circunstancia objetiva referida a la notoriedad y evidencia de elementos de cargo, que permiten advertir con visos de verosimilitud la realidad del delito objeto de persecución procesal y la intervención del imputado.

Para su incoación no se requiere la aceptación del imputado, solo que el fiscal –y solo él– inste este procedimiento al juez de la investigación preparatoria. Con esta finalidad es necesario que se cumplan dos presupuestos: A. Alternativamente: i) flagrancia delictiva, ii) confesión o iii) evidencia delictiva propiamente dicha. B. Declaración del imputado –de su posición procesal frente al interrogatorio depende en gran medida, en

(1) REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Manual de Proceso Penal*. Instituto Pacífico, Lima, 2015.

relación con las circunstancias objetivas de la causa, la incoación de este procedimiento acelerado—.

2. Flagrancia delictiva

La palabra “flagrante”, del latín *flagrans*, *flagrantis*, participio del verbo *flagrare*, que significa arder o quemar, refiere a aquello que está ardiendo o resplandeciendo como fuego o llama y que, por lo tanto, se está realizando actualmente⁽²⁾ (STSE 391/2000, del 13 de marzo). Es una situación fáctica en la que el delincuente es sorprendido en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la comisión del delito (STSE 716/2005, del 6 de junio). Habrá flagrancia cuando el autor del hecho punible es sorprendido en el momento, inmediatamente después de cometerlo o mientras sea perseguido o cuando tenga objetos, presente algún vestigio que haga presumir que acaba de cometer o participar en algún ilícito⁽³⁾.

A partir del concepto de flagrancia podemos desarrollar cuatro notas esenciales: i) Inmediatez, implica que la acción delictiva se esté desarrollando o se acabe de realizar. ii) Relación directa del imputado con la cosa: instrumento, objeto o efectos del delito. iii) Percepción directa, de la situación delictiva. iv) Necesidad de urgencia de la intervención para evitar la consumación o agotamiento del delito o desaparición de los efectos del mismo⁽⁴⁾. El delito flagrante encierra en sí la prueba de su realización por existir una percepción sensorial directa del hecho delictivo, de suerte que la flagrancia se ve, no se demuestra, apareciendo vinculada a la prueba directa y no a la indirecta, circunstancial o indiciaria (STSE 980/2014, del 22 de julio).

Dos principios tiene la flagrancia: el *fumus commissi delicti* y el *periculum libertatis*. El primero es conocido como atribución del delito, requiere la existencia de percepción directa e inmediata del tercero de la comisión del delito o bien en parte de la fase de la ejecución del mismo, hasta lograrse su aprehensión. En caso de consumación del delito es indispensable una conexión material: huellas, instrumentos, entre otros, entre

(2) RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo. *Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal*. Comares, Granada, 1999.

(3) LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Proceso penal comentado*. 4ª edición, Jurídica Continental, San José, 2009, p.

(4) URIARTE VALIENTE, Luis M. y FARTO PIAY, Tomás. *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*. La Ley, Madrid, 2007.

la comisión del ilícito y el sujeto vinculado al hecho delictivo. El segundo parte de la necesidad de la intervención. Se refiere a que, ante el descubrimiento, urge la aprehensión del sujeto, para hacer cesar el delito, frustrar la huida, evitar el ocultamiento o impunidad y el descubrimiento del hecho⁽⁵⁾, esto es, la obtención de pruebas que desaparecerían si se acudiera a solicitar la autorización judicial (STSE 758/2010, del 30 de junio).

La flagrancia delictiva está sujeta a una definición legal, establecida por el artículo 259.2 del CPP de 2004 –de clara influencia italiana–. La flagrancia delictiva exige las notas de inmediatez personal, inmediatez temporal y necesidad urgente de la intervención policial: el sujeto es sorprendido realizando actos de ejecución del delito. La flagrancia es lo opuesto a la clandestinidad de la comisión de un delito. El delincuente debe estar en el teatro de los hechos, o muy cerca de él, y en una relación inmediata con los bienes delictivos o con la ejecución del delito, de modo que, siendo observado por la autoridad policial, o por una persona que advierta a la policía que el delito se está realizando, se torne imprescindible su intervención para poner fin a la situación delictiva que ha creado por su propia conducta.

Esa misma lógica opera para la cuasiflagrancia, que abarca al individuo que logra huir de la escena del delito, pero es perseguido e inmediatamente detenido después de cometerlo o intentarlo –no se exige la percepción directa de la comisión delictiva–. En todo caso, la evidencia del delito solo puede afirmarse cuando el juicio permite relacionar las percepciones de los agentes policiales con la comisión del delito o la participación de un sujeto determinado prácticamente de forma instantánea, por lo que si fuese preciso elaborar un proceso deductivo más o menos complejo, para establecer la realidad del delito y la participación en él del delincuente, no puede considerarse un supuesto de flagrancia (STSE 749/2014, del 12 de noviembre).

La norma citada fue modificada por el Decreto Legislativo N° 983, del 22 de julio de 2007, que amplía notoriamente tanto el supuesto de cuasiflagrancia, al punto de justificar la detención sin orden judicial cuando el imputado huyó del teatro de los hechos y tras ser identificado es encontrado dentro de las veinticuatro horas de producido el delito; cuanto el supuesto de flagrancia presunta –también conocido como flagrancia

(5) ARAYA VEGA, Alfredo G. *Nuevo proceso inmediato para delitos de flagrancia*. Jurista Editores, Lima, 2016.

evidencial, diferida, virtual o *ex post ipso*—⁽⁶⁾, en cuya virtud el sujeto es detenido, sin que su presencia en el teatro de los hechos conste de modo directo, al ser encontrado identro de las veinticuatro horas! de la comisión del delito con bienes delictivos en su poder que denoten su probable autoría o participación criminal —de la evidencia se pasa, cualitativamente, a la probabilidad, ciertamente lejana y de dudosa base convictiva—. Esa norma, lamentablemente, en su esencia, ha sido ratificada por la segunda reforma de dicho artículo, mediante Ley N° 29372, del 9 de junio de 2009. La crítica a este supuesto de flagrancia se debe a que el sujeto no es sorprendido ni en la ejecución ni en la consumación del hecho, tampoco es perseguido luego de la comisión del ilícito. Solamente existen indicios razonables que es autor del hecho delictivo⁽⁷⁾.

Cabe precisar que actualmente, debido a una reciente modificación en la actual Constitución de 1993 por la Ley N° 30558 del 09/05/2017, específicamente en el artículo 2.24.f), mediante la cual se amplía la duración del plazo de la detención en casos de flagrancia a cuarenta y ocho (48) horas y en ese mismo plazo debe realizarse las investigaciones, en caso contrario se deberá poner a disposición del juzgado.

3. Confesión

Está definida legalmente por el artículo 160.1 del CPP de 2004. Desde el punto de vista de la política criminal, es provocar que el encausado realice una pronta confesión del hecho, que permita la identificación del autor del delito desde un primer momento y de esta manera facilitar el esclarecimiento de las circunstancias más relevantes del hecho delictivo (STSE 118/2002, del 4 de febrero). Desde una perspectiva funcional, debe entenderse como el reconocimiento del imputado de la participación en el hecho objeto de imputación. El procesado debe admitir los cargos o imputación formulada en su contra, es decir, reconocer la comisión de los hechos incriminados. Es la declaración en la que el imputado reconoce su participación en el ilícito que se le incrimina (STSE 43/2000, del 25 de enero).

Por lo demás, ese testimonio debe ser intrínsecamente válido, es decir, prestado libremente (STSE 1408/1997, del 24 de noviembre) y en estado normal de las facultades psíquicas del declarante ante el fiscal en

(6) Ídem.

(7) ARAYA VEGA, Alfredo G. *Nuevo proceso inmediato para delitos de flagrancia*. Jurista Editores, Lima, 2016.

presencia de su abogado. En efecto, la confesión es el acto procesal que consiste en la declaración personal, libre, consciente, sincera, verosímil y circunstanciada que hace el procesado durante la investigación o durante el juicio oral, aceptando los cargos que se le atribuye⁽⁸⁾. Es la intención del imputado de auxiliar a la justicia, facilitar la investigación de los hechos que se le inculpa y colaborar con la reparación del daño (SSTSE 1408/97, 590/2004, del 24 de noviembre y 6 de mayo). Por las características del enjuiciamiento no hace falta la presencia de una prueba corroborante categórica –aunque sí de mínimos elementos que le concedan cierta verosimilitud o solvencia probatoria–, pues para ello está el debate oral, que no se elimina con este procedimiento; por tanto, es plenamente factible la posibilidad de una absolución. En efecto, el juez, pese a la confesión, debe practicar todas las diligencias que crea conveniente para convencerse de la veracidad de la confesión y la existencia de delito, de acuerdo a la naturaleza del delito (STSE 394/2002, del 8 de marzo).

Constituye doctrina procesalista mayoritaria concebir una limitación respecto de los alcances de la confesión. No se acepta como tal la llamada “confesión calificada”, en cuya virtud el imputado agrega circunstancias justificantes o exculpatorias. Se entiende que en ese caso no se trataría propiamente de la admisión del hecho atribuido⁽⁹⁾, y apartaría el caso de la lógica de simplicidad y facilidad probatoria que aconseja este procedimiento.

El beneficio de la confesión es la disminución de la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal. La disminución de la pena obedece a las facilidades procesales que produce la declaración de la persona que realiza la confesión, por tanto, contribuye a una pronta resolución del caso y a una sentencia justa (STSE 145/2005, del 7 de febrero). Es la valoración de la conducta del imputado –que realiza la confesión sincera– como un acto de colaboración y ayuda con la administración de justicia. Evidencia un temprano reconocimiento de su culpabilidad y evita los sucesivos trámites de investigación (STSE 394/2002, del 8 de marzo). Cabe precisar que este beneficio no es aplicable en el supuesto de flagrancia –obviamente aceptable en función del fundamento político-criminal de la institución– ni de reincidencia y habitualidad –de dudosa legitimidad en cuanto a la objetividad de las reglas de distinción en relación con el motivo

(8) NEYRA FLORES, José Antonio. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Idemsa, Lima, 2015, p. 260.

(9) LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. Ob. cit.

de justificación del beneficio instituido—, conforme lo estipula el artículo 161 del NCPP, modificado por Ley N° 30076, del 19 de agosto de 2013.

No opera la confesión sincera cuando el imputado: i) está plenamente identificado y localizado, ii) tiene en su contra indicios sobre su responsabilidad criminal, iii) se enteró que la policía lo buscaba, iv) muestra voluntariamente su vivienda, pero ya se había acordado la diligencia de registro y v) confiesa luego de la detención (SSTSE N°s 724/99, 883/99, 1474/1999 y 1986/2002, 1572/2003, del 12 de mayo, 31 de mayo, 18 de octubre, 29 de noviembre y 17 de noviembre).

4. Evidencia delictiva

Fuera de los supuestos de flagrancia y confesión, deben presentarse actos de investigación o actos de prueba preconstituida que permitan establecer, de modo cierto, claro, patente y manifiesto, la realidad del delito y la vinculación del imputado con su comisión. Debe existir en la causa, con independencia de la posición procesal del imputado y como consecuencia de las diligencias preliminares, datos sólidos que produzcan convicción razonable de la realidad del delito y de la vinculación del imputado con su comisión. Desde luego, se trata de un estado de conocimiento del hecho y de su autor especialmente claro en esta fase del procedimiento de averiguación, que no se preste a polémicas fundadas o que adolezca de ciertas lagunas que determinen la necesidad de actos de investigación adicionales o de corroboración.

El juez de la investigación preparatoria ha de poder revisar el mérito de las actuaciones de investigación y llegar a un estándar de suficiencia razonable, que permita comprobar, a través de la presencia de determinados antecedentes, los elementos esenciales de la imputación, tanto en lo que se refiere al delito imputado, la participación y las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal atribuidas al hecho o al autor⁽¹⁰⁾.

5. Declaración del imputado

El segundo presupuesto, concurrente, con una de las alternativas anteriores, es la declaración del imputado —concebida, básicamente, como un acto de defensa material, si bien puede igualmente proporcionar datos

(10) HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.

probatorios⁽¹¹⁾. Este presupuesto se enfatiza específicamente en el supuesto de evidencia delictiva –artículo 446.1.c del CPP de 2004–, aunque es obvio que debe estar presente –siempre lo está– en los casos de confesión y puede estarlo en los casos de flagrancia delictiva, que presuponen la presencia del imputado y su posible declaración.

Como quiera que el CPP de 2004 reconoce como derecho fundamental la libertad de declaración y, por ende, que el imputado tiene derecho al silencio, es posible que este no se someta al interrogatorio, por lo que cabe preguntarse si dicho obstáculo procesal impide la incoación del procedimiento inmediato. Tal obstáculo puede ocurrir tanto en los casos de flagrancia delictiva como en los de evidencia delictiva. Así las cosas, no es viable rechazar la incoación del procedimiento inmediato, pues basta que el imputado esté presente y que se le haya dado la posibilidad de que ejerza su defensa material, que se le emplace para que responda a los cargos y que aporte lo que corresponda a su defensa material. La esencia de esta posibilidad procesal no está en la actitud del imputado frente a los cargos –de ser así solo sería viable en el supuesto de la confesión–, sino en la entidad de los elementos de convicción que rodean al caso y que hacen viable estimar que existen datos patentes del hecho delictivo y de su autor.

6. Proceso inmediato y causas con pluralidad de imputados

Lo anteriormente expuesto rige claramente para los procesos simples. Empero, tratándose de un procedimiento con pluralidad de imputados se requiere, conforme al artículo 446.3 del CPP de 2004, que todos ellos se encuentren en una de las situaciones previstas anteriormente: flagrancia común, confesión o evidencia delictiva; todos los encausados pueden estar incurso en uno de los tres supuestos o, indistintamente, en alguno de ellos. Además, se exige que los encausados estén implicados en el mismo delito o, con mayor amplitud, hecho punible: unidad procesal del hecho. Esta permisión tiene la misma justificación del propio proceso inmediato: está reservado para ser aplicado a hechos delictivos de índole sencilla y de fácil solución, por lo que no sería funcional aplicarlo a causas con pluralidad de imputados en diversa situación jurídica y de cierta complejidad⁽¹²⁾.

(11) BERTOLINO, Pedro. Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Comentado y concordado. 6ª edición. Depalma, Buenos Aires, 1999.

(12) NEYRA FLORES, José Antonio. Ob. cit.

El extremo final del apartado segundo del artículo 446.3 del CPP de 2004 contiene, en puridad, una regla de acumulación para delitos conexos (art. 31 del CPP de 2004) o, mejor dicho, una regla de prohibición de acumulación por conexión procesal de cara a la incoación de este procedimiento. Esa es la regla general, pero que puede excepcionarse en dos supuestos, cuando: i) no hacerlo perjudique el debido esclarecimiento de los hechos; y ii) la acumulación resulte indispensable.

El citado apartado 2 del artículo 446.3 del CPP de 2004, sin duda, pudo incorporarse en el artículo 50 del CPP de 2004 porque introduce un supuesto adicional de improcedencia de la acumulación. En todo caso, rige el artículo 51 del CPP de 2004 que prescribe, para estos casos, la separación de imputaciones conexas. Un criterio de corrección, incluido para evitar perjuicios efectivos al entorno procesal del imputado, a la meta del esclarecimiento –que es el norte de esta institución–, sería que la separación pueda entrañar un peligro para el esclarecimiento del hecho delictivo objeto del proceso penal.

II. INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO INMEDIATO

1. El requerimiento fiscal

El proceso inmediato no se instaura de oficio –por lo demás, ello es de imposible configuración porque la investigación preparatoria está a cargo del Ministerio Público–. Se requiere que el fiscal, y solo él, formule por escrito el requerimiento correspondiente al juez de la investigación preparatoria. Como este procedimiento no incorpora mecanismos premiales, no existe incentivo alguno para que sea propuesto por el imputado. El fiscal ha de formular un requerimiento de proceso inmediato, sin perjuicio de solicitar las medidas de coerción que correspondan, acumulativamente o por cuerda separada. Este debe cumplir las exigencias formales estipuladas, de modo general, en el artículo 122.5 del CPP de 2004; sustancialmente debe ser autosuficiente.

El requerimiento fiscal se presenta, como mínimo, luego de culminar las diligencias preliminares, antes de la formalización de la investigación preparatoria, o, en su defecto, como plazo máximo, hasta antes de los treinta días de formalizada esta. Es un plazo de caducidad, una vez vencido ya no corresponde instarlo.

El fiscal debe acompañar a su requerimiento de proceso inmediato el expediente fiscal, formado en cumplimiento del artículo 134 del CPP

de 2004. Las actuaciones sumariales son esenciales porque el juez de la investigación preparatoria no solo carece de capacidad de investigación autónoma, sino porque su decisión no está sujeta a una posibilidad de actuación de actos de investigación o de instrucción en su presencia. El juez se limita a examinar la fundabilidad del requerimiento y la correspondencia de los presupuestos legales que informan el procedimiento de proceso inmediato con los recaudos investigativos correspondientes.

2. Trámite inicial

El requerimiento fiscal es objeto de un trámite de traslado por el juez de la investigación preparatoria a las demás partes procesales debidamente personadas. El plazo para absolverlo es de tres días. El juez, vencido este plazo, con la contestación o no del traslado efectivamente corrido, resolverá inmediatamente. La solicitud de proceso inmediato no se decide en audiencia ni, por lo anterior, se requiere trámite de vista de la causa o informe oral.

Es evidente, en atención a los poderes regulares del juez, que el trámite de traslado puede obviarse en los supuestos de manifiesta inadmisibilidad o improcedencia del requerimiento en cuestión. Es obvio que si ya venció el plazo para incoar el procedimiento inmediato o si ostensiblemente no se cumplen con los requisitos para su instauración, el juez puede rechazar liminarmente –de plano– la solicitud fiscal.

3. Decisión judicial

El auto, siempre motivado, que emite el juez de la investigación preparatoria es apelable. Obviamente, por la naturaleza jerárquica del recurso de apelación, el efecto es devolutivo. La pregunta es si el recurso de apelación se concede con efecto suspensivo o no. La respuesta se encuentra en la regla del artículo 418.1 del CPP de 2004; en consecuencia, como la resolución judicial no pone fin a la instancia, la apelación no es suspensiva. Rige también el artículo 412.1 del CPP de 2004, que dispone la ejecución provisional de toda resolución impugnada, en tanto no existe al respecto una disposición legal en contrario.

III. CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO INMEDIATO

Expedido el auto que dispone la incoación del proceso inmediato, el fiscal formulará acusación, que será remitida por el juez de la investigación preparatoria al juez penal, quien a su vez dictará acumulativamente

el auto de enjuiciamiento y el de citación a juicio, una vez –como no podía ser de otro modo– que se asegure del cumplimiento de las exigencias previstas en el artículo 349 del CPP de 2004.

Ello significa que se está ante un procedimiento especial que, ante el requerimiento fiscal y el cumplimiento de los presupuestos vinculados a la evidencia delictiva, obvia tanto la investigación preparatoria –o lo que resta de ella si el trámite se instó antes de los treinta días luego de su instauración–, cuanto la etapa intermedia, con sus trámites de control de la acusación y todos los actos procesales que ella entraña. Es muy claro que el auto de enjuiciamiento, en esas condiciones, es inimpugnable, porque deriva directamente del auto de incoación del proceso inmediato. No hay cómo recurrirlo, pues ningún motivo de procedencia es aplicable.

La simplificación del procedimiento solo se expresa en la eliminación de parte de la investigación preparatoria y de la totalidad de etapa intermedia. Es decir, el trámite “salta” del artículo 336 al 355 del CPP de 2004. Constituye una celebración anticipada del juicio oral⁽¹³⁾. Se produce una alteración de la competencia funcional, pues el juez de la investigación preparatoria ya no dicta el auto de enjuiciamiento, sino que lo hace el juez penal, unipersonal o colegiado, según el caso; y el auto de enjuiciamiento, regulado en el artículo 353 del CPP de 2004, se adapta a las exigencias del proceso inmediato.

Por otro lado, es de aplicación el artículo 136 del CPP de 2004, pues dictado el auto de enjuiciamiento, el juez penal debe ordenar la formación del expediente judicial. Rige lo dispuesto en dicho artículo y los subsiguientes artículos 137 y 138 del CPP de 2004.

Es importante aclarar que, según el artículo 373 del CPP de 2004, en el acto oral las partes ofrecerán la prueba que corresponda, pero la interpretación de los alcances de esta norma debe adaptarse a las exigencias del juicio que saltó la etapa intermedia. Siendo así, no rige la limitación que prevé el extremo final del apartado 1 de dicho artículo: “solo se admiten aquellas pruebas que las partes han tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia de control de la acusación”, dado que esta última no ha tenido lugar. Prima, en consecuencia, el derecho instrumental de formular solicitudes probatorias y de que estas se acepten en tanto se trate de proposiciones pertinentes y necesarias. Este derecho, como es

(13) NEYRA FLORES, José Antonio. Ob. cit.

sabido, integra la garantía constitucional de defensa procesal, cuya plena operatividad debe ser afirmada por el órgano jurisdiccional.

Por último, es por entero factible, en atención a la independencia funcional del proceso de protección o de coerción, que el fiscal inste, paralelamente o sucesivamente, el dictado de medidas de coerción personales o reales⁽¹⁴⁾.

IV. DESESTIMACIÓN DEL REQUERIMIENTO DE PROCESO INMEDIATO

El requerimiento fiscal puede ser desestimado por el juez de la investigación preparatoria o, mediante recurso de apelación defensivo –en caso lo promueva el imputado–, por la sala penal superior. Dictada la resolución de desestimación, reza el artículo 448.4 del CPP de 2004, el fiscal deberá dictar la disposición que corresponda, esto es, la de formalización de la investigación preparatoria o, en su caso, la de continuación de la investigación preparatoria.

Como es obvio, el requerimiento del fiscal no vincula al órgano jurisdiccional. Su aceptación está condicionada a un juicio estricto de legalidad, vinculado a la presencia de los presupuestos que condicionan su incoación: evidencia delictiva, como criterio material, y que se presente dentro del plazo de ley anexando el expediente fiscal, como criterio formal.

V. DECRETO LEGISLATIVO N° 1194

1. Aspectos generales

El Congreso delegó en el Poder Ejecutivo, mediante la Ley N° 30336, del 1 de julio de 2015, la facultad de legislar, entre otras materias, en seguridad ciudadana. Bajo la finalidad de consolidar el valor eficacia de la persecución penal, promulgó el Decreto Legislativo N° 1194, publicado el 30 de agosto de 2015, que optó por modificar íntegramente la Sección Primera del Libro Quinto: “Procesos especiales”, dedicada al denominado, bajo inspiración italiana, “proceso inmediato”.

El delito flagrante, a efectos meramente procesales, determina el ámbito de aplicación del proceso inmediato que es más rápido y menos

(14) ROSAS YATACO, Jorge. *Los sujetos procesales en el nuevo Código Procesal Penal*. Lex & Iuris, Lima, 2014.

formalista que el proceso ordinario⁽¹⁵⁾. Este supuesto se trata de un género de circunstancia en el que queda excusada la autorización judicial y precisamente porque la comisión del delito es evidente y exige de manera inexcusable una intervención (STCE 341/1993, del 18 de noviembre).

Tal vez, el propósito más evidente del cambio normativo se orienta en tres perspectivas. Primera, disponer la obligatoriedad de este proceso especial, antes meramente facultativo para el fiscal, a fin de garantizar su aplicabilidad –la normativa anterior, como se recordará, disponía que el requerimiento del procedimiento inmediato era simplemente facultativo, aunque sujeto a requisitos legales muy precisos, de modo que, frente al juicio de admisibilidad, procedencia y fundabilidad del juez para aprobarlo, el fiscal optó por evitar su incoación–. Segunda, completar la configuración especial del proceso inmediato, regulando incluso el modelo de enjuiciamiento y, antes, profundizar la oralidad del procedimiento penal afirmando la necesidad de las audiencias. Tercera, facilitar, en suma, la aplicación de sus normas, haciéndolas más claras y con un definido acento en su utilidad práctica, de suerte que se consiga la incoación de estos procesos y, con ello, que las fiscalías y los juzgados puedan dedicarse con más ahínco a las causas más complejas.

Es precisamente la facilitación de la prueba en los casos de flagrancia lo que permitirá tramitar un procedimiento más rápido y urgente, incluso con menores gastos procesales⁽¹⁶⁾. Con este firme propósito, de perseguir con la mayor celeridad y rapidez los delitos asociados a la denominada “evidencia delictiva”, que se reputan, por lo anterior, de simple y fácil acreditación, la primera disposición complementaria final del Decreto Legislativo N° 1194 instituyó que sus normas se apliquen inmediatamente a nivel nacional, con lo que expresamente se incluyó a los distritos judiciales en los que aún no rige el CPP de 2004.

En estos casos ha de entenderse que la decisión sobre la incoación del proceso corresponde al juez penal –antiguo juez instructor– y el enjuiciamiento propiamente dicho es de competencia de la sala penal superior, sin que sea posible diferenciar, según el antiguo ordenamiento procesal, entre procesos sumarios y ordinarios, pues esa clasificación, con motivo del CPP de 2004, perdió vigencia. No obstante ello, será del caso, por

(15) RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo. *Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal*. Comares, Granada, 1999.

(16) Ídem.

razones orgánico-procesales, estimar que contra la decisión de dicha sala procede recurso de nulidad, en los términos del artículo 292 del ACPP. No es posible estructurar un esquema propio del CPP de 2004, pues la organización judicial acorde con el ACPP no lo permite.

2. De la definición del nuevo proceso inmediato

El nuevo artículo 446 del CPP de 2004 establece, parcialmente, los mismos presupuestos de la norma originaria para que el fiscal inste el proceso inmediato: flagrancia delictiva, confesión y evidencia delictiva. Empero, elimina el otro presupuesto alternativo y obligatorio: necesaria declaración del imputado o, en todo caso, oportunidad proporcionada al imputado para que pueda declarar sobre los hechos atribuidos preliminarmente. Tal eliminación se explica por el hecho de privilegiar el presupuesto de flagrancia delictiva, que presupone, como actuación inevitable y urgente, la declaración del imputado. En los casos de confesión y evidencia delictiva se estima que el plazo para incoar el procedimiento será “(...) luego de culminar las diligencias preliminares o, en su defecto, antes de los treinta días de formalizada la investigación preparatoria” (art. 447, último párrafo, del CPP de 2004), por lo que es obvio que en estos casos ya medió declaración del imputado, que en el modelo de investigación preparatoria tal actuación es inmediata e indispensable, como expresión del derecho a ser oído.

El apartado 2 del artículo 446 del CPP de 2004 dispone que los casos complejos, según las reglas estatuidas por el artículo 342.3 del CPP de 2004, están excluidos del proceso inmediato. Sin embargo, la expresión final, en cuanto prescribe: “(...) sean necesarios ulteriores actos de investigación”, sugiere, pese a que en tan corto tiempo de actuación de los órganos públicos de investigación es muy difícil tener completo el cuadro fáctico de intervención punitiva de los imputados, que muy excepcionalmente será posible incoar tal procedimiento. Desde luego es una posibilidad de “laboratorio”, de nula aplicación práctica y, además, inconveniente, pues en esos casos los procesos siempre demandan actos de esclarecimiento y de consolidación probatoria.

Desde la perspectiva contraria, de incoación obligatoria del proceso inmediato, se cuentan los delitos de omisión de asistencia familiar y de conducción en estado de ebriedad o drogadicción (arts. 149-150 y 274 del CP), en los que se excluyen los presupuestos de flagrancia, confesión y evidencia delictiva (art. 446.4 del CPP de 2004). En pureza, desde la propia configuración de tales delitos –salvo el caso del artículo 150 del CP–,

se tiene que se trata de ilícitos penales, el primero, de evidencia delictiva –por la resolución judicial proveniente del proceso civil de alimentos, que es un elemento del tipo objetivo–; y, el segundo, de flagrancia, pues la acreditación de la drogadicción o de la ebriedad consta en la pericia de alcoholemia (dosaje etílico) o toxicológica correspondiente, realizada inmediatamente luego de la intervención del imputado –cuya valorabilidad, incluso a los efectos de asumir la existencia de proceso inmediato, debe reconocer su absoluta legalidad–. Tal connotación acreditativa permite entender, como configuración implícita, que en su constancia fluyen las notas de evidencia delictiva o de flagrancia. Por consiguiente, en atención a las bases que lo informan, si no se presentan estas circunstancias en el requerimiento de proceso inmediato, el juez de la investigación preparatoria no puede aceptar la incoación de dicho proceso especial.

De existir pluralidad de imputados, será posible el proceso inmediato si todos los encausados se encuentran en la misma situación jurídica: flagrancia, confesión o evidencia delictiva (art. 446.3 del CPP de 2004), lo que presupone en principio prueba acabada –o evidente– del delito y, a su vez, simplicidad material de la causa.

La nueva norma introduce, a propósito de este proceso especial, una regla específica en relación con la acumulación procesal. Si concurren delitos conexos en los que intervienen otros imputados –si son los mismos imputados se está en el primera frase de la norma comentada– la acumulación no es viable –si se produjo tal cosa es obvio que procede la separación de imputaciones (art. 51 del CPP de 2004), pero ¿en tan corto tiempo?–. La acumulación, sin embargo, será necesaria cuando está de por medio el debido esclarecimiento de los hechos o aquella resulte indispensable, siempre en aras de apreciar integralmente y en una sola causa los hechos objeto de procesamiento y ulterior enjuiciamiento, en la medida en que su análisis aislado niegue viabilidad u oscurezca el descubrimiento de la verdad.

Planteado el requerimiento fiscal de incoación de proceso inmediato, cuya oportunidad, como quedó explicado, es al término del plazo de detención policial de oficio o de la preliminar –hasta 48 horas en delitos comunes y hasta 15 días en delitos exceptuados–, salvo los supuestos de confesión y de evidencia delictiva, en que la oportunidad procesal para presentar el requerimiento se extiende al término de las diligencias preliminares y hasta antes de los 30 días de iniciada la investigación preparatoria formalizada, el juez de la investigación preparatoria debe señalar la

denominada “audiencia única de incoación del proceso inmediato” dentro de las 48 horas siguientes al requerimiento fiscal. El plazo de la detención, de esta manera, se extiende automáticamente hasta la realización de la audiencia, prolongación que no puede reputarse inconstitucional porque el reo ya fue puesto a disposición judicial y desde esa perspectiva el juez debe tener, y tiene, un plazo razonable, por lo demás, muy breve, para decidir su situación jurídica.

El requerimiento de incoación del proceso inmediato hace las veces, en caso de flagrancia, de la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria –por tal razón está sujeto a los mismos presupuestos formales que fija el artículo 336.2 del CPP de 2004–. Por consiguiente, si se cumplen los presupuestos materiales del artículo 268 del CPP de 2004, el fiscal deberá solicitar la prisión preventiva y, acumulativamente, otra medida de coerción personal o real contra el imputado. Cabe preguntarse si el fiscal no pide la prisión preventiva, situación que importa asumir que no se dan los presupuestos materiales que la justifican, ¿la situación de detención seguirá estable? Una primera respuesta, en aras de la eficacia del procedimiento, será afirmativa, pues se requiere cumplir con los plazos reducidos que prevé. Otra respuesta, proclamando la superioridad del derecho a la libertad y del valor justicia material, así como del principio de proporcionalidad, será optar por la inmediata libertad del detenido. Es de inclinarse por esta segunda opción, que está en consonancia con los valores claves del Estado Constitucional.

La audiencia tiene, acumulativamente, tres finalidades: 1. definir la incoación del proceso inmediato; 2. dictar, si corresponde, las medidas de coerción solicitadas, previamente y por escrito, por el fiscal –no podrá plantearse en la audiencia no solo porque la ley no lo permite sino porque su planteamiento, dada la restricción que las medidas de coerción suponen, lesionarían la garantía de defensa procesal–; y, 3. pronunciarse ante un pedido realizado en la misma audiencia acerca de un criterio de oportunidad, acuerdo reparatorio o terminación anticipada. Resulta in cuestionable que si prospera un criterio de oportunidad o la terminación anticipada –para su dilucidación se aplicarán en lo pertinente tanto las reglas del artículo 2 del CPP de 2004, pero por decisión judicial y no por criterio del fiscal, de modo que lo más cercano resulta lo dispuesto en el apartado 7 de dicho precepto, cuanto las pautas del artículo 468 del CPP de 2004–, no será del caso, por substracción de materia, pronunciarse sobre la incoación del proceso inmediato.

En cumplimiento del principio de aceleramiento procesal, la audiencia única es inaplazable. De conformidad con el artículo 85 del CPP de 2004, si el defensor no concurre será reemplazado con uno que en ese acto designe el imputado o, en su defecto, por uno de oficio. Se entiende que si el imputado está privado de libertad, su concurrencia a la audiencia es inevitable. Igual será la opción si el imputado decide guardar silencio o, en todo caso, no concurre adoptando una posición rebelde ante el emplazamiento judicial. La audiencia irremediabilmente se lleva a cabo con la sola concurrencia del defensor. La pauta normativa implícita es lo inaplazable de la audiencia y el aseguramiento del derecho de defensa con el concurso obligatorio de un defensor, de confianza o público. Lo que sí será imposible si el imputado no concurre dolosamente, es la continuación del procedimiento, en el periodo de enjuiciamiento.

El apartado 5 de la norma establece, primero, que las resoluciones que se dicten son orales y se profieren en la misma audiencia, luego de la conclusión del debate. Se entiende que las resoluciones aludidas se refieren a los autos interlocutorios sobre el requerimiento de incoación del proceso inmediato y respecto de la solicitud de aplicación de un criterio de oportunidad, no así cuando se trata de emitir una sentencia anticipada, la cual por su propia naturaleza será escrita –el auto de desestimación de la solicitud de terminación anticipada también se dicta oralmente–. Segundo, la apelación contra lo decidido, en tanto se trata de un auto, se concede con efecto devolutivo, lo cual es evidente. Lo esencial, dada la intención de la norma, es el efecto no suspensivo de la apelación (art. 418 del CPP de 2004).

En caso se dicte el auto oral de aprobación de la incoación del proceso inmediato, el fiscal tiene un plazo de veinticuatro horas, bajo responsabilidad, para formular acusación. El apartado 6 del artículo 447 del CPP de 2004, al hacer mención a un efecto disciplinario en caso de incumplimiento del plazo, lo define como un plazo impropio, es decir, su vulneración no acarrea la caducidad para formular acusación y, por ende, no autoriza el archivo de la causa por la supuesta presencia sobrevenida de un impedimento procesal.

Recibida la acusación fiscal, el juez de la investigación preparatoria remitirá lo actuado al juez penal competente –según la entidad del delito, al juzgado penal unipersonal o colegiado (art. 28 apartados 1 y 2 del CPP de 2004)–. Se entiende que lo que el fiscal enviará será no solo el requerimiento acusatorio, sino también el expediente fiscal respectivo –este lo

acompaña incluso cuando pide la incoación del proceso inmediato (art. 447.2 del CPP de 2004)–.

En caso de rechazo del procedimiento inmediato, el fiscal deberá dar trámite a la investigación conforme al proceso común respectivo. A estos efectos dictará la disposición que corresponda o la de formalización de la investigación preparatoria.

3. Del juicio inmediato

La realización del enjuiciamiento inmediato tiene, en puridad, dos periodos definidos, pero sin solución de continuidad, que deben realizarse, inmediata y oralmente, de ahí el acento en la denominación de audiencia “única”. El primer periodo está destinado a que el juez penal pueda sanear el proceso y dictar sucesivamente, sin suspensión alguna, los autos de enjuiciamiento y de citación a juicio. El segundo periodo está circunscripto al juicio propiamente dicho, informado siempre por el principio de aceleramiento procesal, que es el límite de aplicación supletoria de las reglas del proceso común (frase final del apartado 4 del artículo 448 del CPP de 2004).

Recibido el expediente fiscal con la acusación fiscal, el juez penal señalará día y hora para la audiencia única, plazo que no debe exceder de las 72 horas –plazos tan cortos son peligrosos, pues su cumplimiento está sujeto al calendario de audiencias de los órganos jurisdiccionales, siendo de recordar que un presupuesto de la eficacia de la oralidad es que existan el número suficiente de jueces para acometer con prontitud las tareas de juzgamiento–.

Acto seguido, luego de afirmar, conforme al principio de aceleramiento procesal que rige este proceso especial, que la audiencia es siempre pública –lo que es evidente pues ya se formuló acusación– y, sobre todo, inaplazable, y en atención al principio de colaboración de las partes respecto a los órganos de prueba, que la responsabilidad de su concurrencia recae en ellas –no en el órgano jurisdiccional, que desde esta norma no tiene injerencia alguna en la citación y convocatoria de aquellos–, se instala la audiencia, destinada en este primer periodo, a examinar si la acusación presenta defectos formales –que se subsanarán en ese mismo acto– y, luego, a definir todas las peticiones que las partes puedan formular conforme a lo dispuesto en el artículo 350.1 del CPP de 2004, las cuales, previo debate oral, serán resueltas oralmente por el juez penal.

La norma, a su vez, encarga al juez plantear la posibilidad de que se realicen convenciones probatorias.

Una vez cumplido el trámite de contradicción, esto es, de planteamiento y debate de las mociones de las partes –planteamiento de pruebas, objeciones a la reparación civil, exclusiones probatorias, deducción de excepciones, cuestiones previas (art. 7.2 del CPP de 2004), cuestiones de competencia y otras–, el juez penal debe resolverlas mediante resolución oral y, en su consecuencia, siempre oralmente, emitir los autos de enjuiciamiento y de citación a juicio.

El segundo periodo, y final del proceso inmediato, es propiamente el juicio inmediato. El auto de citación a juicio señalará, obligatoriamente, en la misma fecha y hora, la realización del acto oral. Lo inmediato se entiende como la necesidad que el juicio oral se lleve a cabo en ese mismo acto, no en fecha posterior, así sea para el día siguiente, salvo claro está que por la hora sea imposible continuar con la “audiencia única”.

Se entiende que la tendencia de este proceso estriba en que la audiencia se realice en la misma sesión –la simplicidad del asunto así lo ameritaría–. El receso de la sesión, en todo caso, por razones de tiempo o prolongación del debate, determinará que esta se reanude indefectiblemente al día siguiente o, a más tardar, al subsiguiente (art. 360.1 del CPP de 2004)–¿su vulneración implica la nulidad de lo actuado? No será así, desde luego, si no se produce efectiva indefensión material o no se vulneren los derechos del garantizado–. Las sesiones, en este último caso, serán continuas e ininterrumpidas y, entre sesión y sesión, sin excepciones, no se podrá abrir otro juicio oral –en el proceso común se permiten excepciones aunque con una perspectiva restrictiva: artículo 360.5 del CPP de 2004–. En lo demás, se aplican supletoriamente las reglas del proceso común.

■ BIBLIOGRAFÍA

- ARAYA VEGA, Alfredo G. *Nuevo proceso inmediato para delitos de flagrancia*. Jurista Editores, Lima, 2016.
- BERTOLINO, Pedro. *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires*. Comentado y concordado. 6ª edición. Depalma, Buenos Aires, 1999.
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno*. Tomos I y II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.

- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Proceso penal comentado*. 4ª edición, Editorial Jurídica Continental, San José, 2009.
- NEYRA FLORES, José Antonio. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomos I y II, Idemsa, Lima, 2015.
- REYNA ALFARO, Luis. *Manual de Proceso Penal*. Instituto Pacífico, Lima, 2015.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo. *Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal*. Comares, Granada, 1999.
- ROSAS YATACO, Jorge. *Los sujetos procesales en el nuevo Código Procesal Penal*. Lex & Iuris, Lima, 2014.
- URIARTE VALIENTE, Luis M. y FARTO PLAY, Tomás. *El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*. La Ley, Madrid, 2007.

Recursos de apelación y de casación penal

I. RECURSO DE APELACIÓN PENAL

1. Concepto y notas esenciales

Es un medio de gravamen ordinario, devolutivo y suspensivo que procede frente a sentencias y autos equivalentes, así como otras resoluciones interlocutorias –incluso las que causan gravamen irreparable–, cuya finalidad consiste, de un lado, en obtener un segundo pronunciamiento judicial sobre la cuestión controvertida, y, de otro, provocar la retroacción de las actuaciones al momento de cometerse la infracción de normas o garantías procesales invocadas.

En cuanto medio de gravamen está destinado simplemente a obtener una resolución judicial que venga a sustituir la de primera instancia que perjudica los intereses del recurrente, pero no necesariamente debe ser ilegal o ilícita. Esto último permite hablar de doble grado de jurisdicción; su cometido es integralmente el examen y resolución de las pretensiones deducidas por los litigantes y no simplemente la revisión del procedimiento y de la sentencia de instancia. Pero, por otro lado, también funciona como medio impugnatorio en sentido estricto pues se limita a la anulación de la sentencia cuando se denuncie y advierta vicios de actividad o defectos de juicio.

Tres son las notas esenciales del recurso de apelación:

- a. Respecto al ámbito de aplicación y a las resoluciones recurribles, está regulado en la Sección IV de Libro Cuarto del CPP de 2004. Procede respecto de cuatro tipos de resoluciones, según el

artículo 416.1 del CPP de 2004: (1) sentencias; (2) autos de sobreseimiento y que resuelvan cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, excepciones, así como que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o a la instancia; (3) autos que se pronuncien sobre la constitución de las partes y medidas coercitivas; (4) autos que revoquen la condena condicional, la reserva del fallo o la conversión de la pena; y, (5) los que fija la ley y los que causan gravamen irreparable. Se trata de resoluciones expedidas por el JIP o por el JP, y el órgano competente para conocer de ellas es la Sala Penal Superior.

- b. En relación a su naturaleza jurídica, es un recurso ordinario, pues no precisa para su interposición una motivación determinada, que haya de fundarse precisamente en los motivos taxativamente establecidos, y otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal *ad quem* para resolver cuestiones de hecho y de derecho –artículo 419 del CPP de 2004–; la motivación del recurso puede transitar por cualesquier ámbito del ordenamiento penal y procesal penal, que incluye vicios procesales o defectos materiales: subsunción de los hechos en la norma, como la determinación de los hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el juez a quo. Es, a final de cuentas, la parte quien delimita la posible amplitud del recurso (Ortells Ramos). El examen del tribunal *ad quem* es repetido, es una revisión de lo que se hizo la primera vez, y para ello el objeto de la segunda instancia es la misma *litis* o el mismo negocio que fue objeto de la primera.

El recurso de apelación penal cumple dos funciones. Cuando el Tribunal *ad quem* examina resoluciones interlocutorias cumple una función depuradora, al permitir la denuncia de las infracciones legales, cuya subsanación contribuye a garantizar la tutela jurisdiccional. Cuando examina sentencia o autos equivalentes abre una segunda instancia, en la que el Tribunal *ad quem* conocerá del proceso sustanciado en la primera con plenitud de facultades. Las facultades del Tribunal Superior son de anulación como revocación y sustitución de la resolución apelada, al punto que puede condenar a un absuelto (art. 419 del CPP de 2004).

- c. En lo atinente a los efectos, estos son devolutivos, suspensivos y extensivos en lo favorable.

El efecto devolutivo significa que será competente para su conocimiento el órgano superior al que dictó la resolución en primera instancia. Siempre lo será la Sala Penal Superior (cfr.: arts. 416.2 y 27.1 del CPP de 2004). La interposición del recurso se realiza ante el Tribunal que dictó la resolución recurrida.

El efecto suspensivo –exclusivo de la apelación (confrontar: artículo 402 del CPP de 2004)– importa la imposibilidad de ejecutar la resolución judicial recurrida –incluso, el mero hecho de que una resolución sea recurrible impide que adquiera firmeza durante el plazo que la Ley establezca para recurrirla–. Determina, además, la falta de jurisdicción del órgano judicial para conocer de la cuestión principal o de cualquier incidencia que pueda plantearse en el proceso, a no ser que estas se tramiten en cuerda separada –es el caso de las resoluciones interlocutorias–.

El apartado 1) del artículo 418 del CPP de 2004 consagra este efecto. El apartado 2) aclara que si se trata de una sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad efectiva –se opta por el derecho del Estado de asegurar una posible condena–, la pena se ejecuta provisionalmente, la cual por decisión fundada del Tribunal de Apelación puede suspenderla. El problema aquí es, empero, el de las medidas provisionales personales más intensas (prisión preventiva), por lo que al haberse dictado sentencia de primer grado ya no es del caso la subsistencia de un aseguramiento que solo sirvió para su emisión tras el juicio oral; asimismo, la absolución refleja la ausencia de fundados y graves elementos de convicción –aplicación de la cláusula del *rebuc stic stantibus*–; y, si se trata de pena ya cumplida por el transcurso de la carcelería, es de aplicación el principio de estricta proporcionalidad.

El efecto extensivo tiene una formulación genérica en el artículo 408 del CPP de 2004. Está referido a la resolución que absuelve el grado –no a la impugnación, de citar y emplazar al recurso incluso a la parte no recurrente, que es expresión del derecho de defensa–. Los demás imputados, recurrentes o no, se aprovechan del resultado favorable –nunca adverso por impedirlo la prohibición de la *reformatio in peius*, que integra el principio acusatorio (situación que se origina cuando la condición

jurídica de un recurrente resulta empeorada por obra exclusiva de su propia recurso: Suay Morey)– del recurso, siempre y cuando estén en la misma situación jurídica. Es una excepción al principio dispositivo –el hecho de recurrir responde, con carácter general, a exigencias individualizadas de quien se estima agraciada por una resolución–, en aras de evitar las contradicciones lógicas entre decisiones jurisdiccionales y situaciones procesales que puedan contraponerse a otra.

2. Modelo de la apelación en el NCPP. Apreciación y notas esenciales

Desde el punto de vista de las garantías del imputado, el modelo asumido por el CPP de 2004 es el “medio” (Doig Díaz). La apelación es íntegra, en tanto se cumplan las formalidades previstas por la ley: el tribunal *ad quem* tiene plena jurisdicción sobre el caso, está en idéntica situación que el juez a quo no solo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba. Ahora bien, tendencialmente se optó por un modelo de apelación restringido: *revissio prioris instantiae*, que importa un control de lo ya resuelto en primera instancia (modelo austriaco), pero con modulaciones frente al modelo pleno, que en lo esencial postula la reproducción del juicio oral, una segunda primera instancia (modelo alemán, *novum iudicium*).

El recurso de apelación nacional apunta a una resolución de segunda instancia que sustituya la primera –el carácter sustitutivo de la apelación es lo que identifica el doble grado de jurisdicción–. Adicionalmente, frente al principio de inmediación, autoriza –aunque limitadamente– la actuación de prueba en segunda instancia –esto último constituye, anota Calderón Cuadrado–, una excepción a la regla preclusión y una matización del principio de doble instancia, pero aceptable en tanto en cuanto no se introducen nuevas “causas de pedir”, no alteran el proceso; no pueden deducirse nuevas excepciones y medios de ataque y defensa, ni hechos–. Ello importa la búsqueda a través de la apelación de un nuevo, completo y más exacto conocimiento de la realidad, juzgando lo actuado más el nuevo material fáctico aportado a la causa.

En consecuencia, a la vista de las nuevas diligencias probatorias el *iudex ad quem* podrá apreciar de nuevo lo apreciado en primera instancia, a la vez que tendrá la oportunidad de hacer un nuevo enjuiciamiento fáctico y jurídico sobre el material de conocimiento que se adquirió en primera instancia.

Así las cosas, cuatro son las notas esenciales de la apelación nacional contra sentencias:

1. La apelación es complementaria de la sentencia de primera instancia. No tiene el carácter de pleno. Cabe aquí apuntar la existencia de dos límites necesarios: i) respeto a la pretensión impugnatoria del recurrente, en consecuencia, la segunda instancia no se abre de oficio; y, ii) respeto a la interdicción de la reforma peyorativa.
2. Las partes no pueden deducir nuevas excepciones y medios de ataque y de defensa. Tampoco pueden ofrecer pruebas ni alegar hechos no propuestos en primera instancia, lo que encarna la esencia del segundo grado de jurisdicción.
3. El *iudex ad quem* resuelve sobre la base del material que tuvo a la vista el Juez Penal. Está en una situación homogénea del *iudex a quo*, con la limitación que le es imposible valorar en perjuicio del acusado los medios probatorios de naturaleza personal. Realiza, según motivos propuestos, un control negativo; esto es, si se denuncian vicios de actividad o defectos de juicio con la consiguiente pretensión anulatoria, aunque –aclara Cortes Domínguez– no es necesario que exista realmente una equivocación del *iudex a quo* para permitir una valoración probatoria distinta a la efectuada en primera instancia; por su parte, el recurrente debe expresar las razones concretas por las que es más lógica una valoración distinta a la efectuada por el juez de instancia.
4. Al permitirse la actuación, condicionada, de determinadas pruebas, y cuestionarse el juicio de culpabilidad, de valoración probatoria, el *iudex ad quem* realiza un control positivo y dictará un fallo sustitutivo del de primera instancia. La actividad de valoración de la prueba del Tribunal *ad quem* tiene límites derivados del principio de inmediación –iii) es el tercer límite para el tribunal *ad quem*–. El hecho de permitir la complementación del ámbito de conocimiento del juez *a quo* con nuevas pruebas surgidas con posterioridad –lo que no puede hacerse es alterar o ampliar el objeto procesal, no se admite los “nova capitula”– es un índice claro de su carácter ordinario y su acercamiento a la plenitud del recurso.

3. Tramitación

3.1. Interposición y formalización

Existen dos modalidades de trámite del recurso de apelación, según se apele autos o sentencias. En el primer caso el plazo para impugnar es de tres días, y en el segundo caso de cinco días (art. 414.1 b y c del CPP de 2004). Cuando se trata de una apelación en el curso de una audiencia judicial, específicamente de sentencia, el artículo 401.1 del CPP de 2004 prescribe que puede apelarse por escrito, pero la fundamentación o formalización puede hacerse en acto aparte y por escrito. El artículo 405.2 del CPP de 2004 señala que el plazo de formalización es de cinco días. La apelación, con indicación precisa de las alegaciones –artículo 405.1. del CPP de 2004– se presenta ante el juez Penal que emitió la sentencia, quien decide sobre la admisión del mismo.

Los requisitos para apelar, desde la motivación, son: 1) Precisión de las partes o puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación. 2) Fundamentos de hecho. 3) Fundamentos de Derecho. 4) Pretensión concreta (Doig Díaz).

El auto admisorio se notifica a todas las partes, luego de lo cual, inmediatamente, se eleva los actuados a la Sala Penal Superior (art. 405.3 del CPP de 2004). Cuando la sede del Tribunal Superior es distinta del órgano de primera instancia, el recurrente debe fijar domicilio procesal en la sede de Corte dentro del quinto día de notificado el concesorio de la apelación (art. 416.2 del CPP de 2004).

3.2. Admisión

Iudex a quo: El juez de Primera Instancia –JIP o JP– es quien decide, inmediatamente, sobre la admisibilidad del recurso; los presupuestos subjetivos, objetivos y formales del recurso son de orden público, por ello su control es obligatorio al órgano jurisdiccional. Notifica su decisión a todas las partes. Admitido el recurso el órgano recurrido eleva los actuados al Tribunal de Apelación (art. 405.3 del CPP de 2004).

Iudex ad quem: Recibidos los autos, la Sala Penal Superior conferirá traslado del recurso a las demás partes procesales –a todas, incluso a las no recurrentes–. El traslado es, simplemente, una posibilidad procesal para las partes, por lo que vencido el plazo de absolución de agravios, con su contestación o sin ella, se pronunciará sobre la corrección formal de la concesión del recurso por el tribunal a quo; declarará bien concedido el

recurso o, en su defecto, de estimarlo inadmisibile lo anulará (arts. 405.3 y 421.1 del CPP de 2004). Los presupuestos del recurso son objeto de control de oficio; en consecuencia, no puede negarse al Tribunal Superior competencia para conocer y resolver del recurso de apelación concedida por el *iudex a quo*.

Contra el auto que declara inadmisibile el recurso, procede recurso reposición. Este se tramita conforme al artículo 415.2 del CPP de 2004: lo resuelve de plano –si el vicio o error es evidente o el recurso es manifiestamente inadmisibile– o correrá traslado a las partes por días. La decisión sobre el recurso no es impugnabile.

El trámite de admisión del recurso posee una naturaleza marcadamente formal, alejada de cualquier tipo de análisis judicial de carácter material sobre el fondo de la controversia suscitada, o sobre el acierto o desacierto de los motivos de oposición esgrimidos por el recurrente. Solo se fiscaliza el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones procesales (presupuestos y requisitos legales) del recurso interpuesto (Garberí).

4. Proposición de pruebas

El auto que declara bien concedido el recurso, concurrentemente, emplazará a las partes –recurrentes y recurridas– que pueden ofrecer medios probatorios en el plazo de cinco días. ¿Las partes adheridas pueden proponer prueba? No, solo corresponde al apelante principal y a quienes afecta el recurso: partes recurridas –de no aceptarse se incurría en indefensión–. Ello es así por el carácter subordinado de la adhesión y porque el aquietamiento a los pronunciamientos de la sentencia se entiende como aquietamiento a la actividad probatoria y a la innecesariedad de la prueba (Moreno Catena).

La proposición de pruebas, desde luego, está regulado –a nivel genérico– por lo dispuesto en el artículo 155.2 del CPP de 2004: pertinente y no prohibida por la ley. Los literales a) y b) del apartado 5) del artículo 352 CPP de 2004 exige, además, indicación del probable aporte a obtener con el medio de prueba ofrecido, la conducencia y utilidad del mismo. El artículo 422.1 del CPP de 2004 destaca en lo especial el aporte que se espera de la prueba ofrecida, lo que no niega las demás exigencias, aunque expresamente sanciona con la inadmisibilidat su incumplimiento.

1. **Pruebas cuya existencia se desconocía.** Se trata de pruebas cuya existencia no conocía el recurrente y, por tanto, no pudo solicitar se practicasen, o bien aquellas otras que, conociendo su

existencia, no pudo proponerla, por carecer de disponibilidad sobre la misma. Se excluyen los medios probatorios que estaban disponibles en el momento del juicio. En rigor, dice Gimeno, se trata de supuestos de imposibilidad de proposición de prueba debiendo únicamente, bien a la aparición de hechos nuevos acaecidos con posterioridad al trámite procesal de prueba en el juicio (*nova producta*), bien a la existencia de hechos que, no obstante ser de fecha anterior a dicho trámite preclusivo, hubieren llegado a conocimiento del recurrente en un momento posterior (*nova reperta*).

2. **Pruebas indebidamente denegadas.** Se deben cumplir cuatro requisitos: a) que dichos medios de prueba hayan sido propuestos en tiempo y forma; b) que inmediatamente después de la denegación se formalice la oportuna protesta por esa decisión; c) que no haya existido durante la tramitación del procedimiento en primera instancia ningún otro momento para proponer el medio de prueba indebidamente rechazado; y, d) que el tribunal *ad quem* lo estime pertinente y relevante para la decisión del recurso la práctica de la prueba propuesta. Es claro, dice Yáñez Velasco, que tres son los posibles errores que pudieron cometerse por el *iudex a quo*: el mal entendimiento de la preclusión, el de la impertinencia y el de la inutilidad.
3. **Pruebas admitidas que no fueron practicadas.** Se trata de pruebas ofrecidas por cualquiera de las partes –no solo por el proponente en segunda instancia–, que resultaron expresamente admitidas pero que no pudieron ser practicadas por causa que no sea imputable al recurrente. No pueden ser acogidas aquellas pruebas cuya práctica es imposible –se aceptó el medio probatorio pero su ejecución no pudo realizarse a causa de la ausencia del órgano de prueba– pero es aceptable si en segunda instancia la imposibilidad cesó.

Una primera regla general de admisibilidad de pruebas en segunda instancia estriba en que los medios de prueba ofrecidos tiendan a demostrar de forma directa la inocencia o culpabilidad del encausado, o que vayan dirigidas a la demostración de la veracidad de unos hechos que de forma indirecta supongan, por aplicación de criterios lógicos, la inocencia o culpabilidad del acusado. No se admitirá, fuera de ese periodo, nueva prueba documental, pues los supuestos tasados que incorpora el artículo

422 del CPP de 2004 no lo aceptan; su admisión supondría negar la contradicción a que tienen derecho las demás partes.

Una segunda regla general estriba en que la proposición de prueba, solo tendrá lugar cuando se impugne el juicio de culpabilidad o de inocencia, o cuando se cuestiona algún extremo referido a la pena o reparación civil que, por su propia naturaleza, exija un debate sobre los hechos o circunstancias declarados probados o improbados (art. 422.3 del CPP de 2004).

Una excepción general a la limitación de actuación probatoria en segunda instancia se encuentra en el apartado 5) del artículo 427 del CPP de 2004. Importa la citación de testigos que han declarado en primera instancia, cuya presencia, por razones de inmediación y contradicción, resulta indispensable para sustentar el juicio de hecho. Tal convocatoria necesita una insistencia de las partes, ergo, no cabe una citación de oficio, en consecuencia, si no existe pedido de parte, el juicio de hecho necesariamente quedará acreditado por lo declarado en el acta del juicio. La concreción de esa posibilidad, prevista por el citado artículo 422.5 del CPP de 2004, podrá producirse en los casos en que se pide la revisión de la credibilidad de la prueba testifical o de la declaración de los propios acusados, pero no cuando se discute la valoración jurídica de un hecho documentado en autos cuya existencia es recogido en la sentencia de primera instancia (cfr.: SSTCE Exp. N°s 167-2002 del 16/09/2002; y, 68-2003 del 09/04/2003).

Por otro lado, se discute si cabría la práctica de prueba de oficio por parte del tribunal *ad quem*. El CPP de 2004 solo se refiere a las partes, aunque puede sostener que nada impide que el *iudex ad quem* pueda hacer uso de las facultades atribuidas en el CPP de 2004 al tribunal en el juicio oral.

5. Audiencia de apelación

5.1. Citación (art. 423 del CPP de 2004)

Decidida la admisión de las pruebas, se convoca a las partes a una audiencia de apelación. Se emplaza también a los no recurrentes.

Es obligatoria la asistencia de la parte recurrente. Si recurre el fiscal también deben concurrir todas las partes recurridas. Si el acusado recurrente no concurre a la audiencia se declarará inadmisibile el recurso que interpuso; de igual forma se procederá si no concurre el fiscal recurrente. La inasistencia de acusados recurridos no impide la realización de

la audiencia, sin perjuicio de disponer su conducción coactiva y declaración de reos contumaces. Lo último significaría que habrá una segunda oportunidad ante la incomparecencia de los acusados recurridos, y en esa segunda oportunidad la audiencia siempre se realizará.

Respecto de las partes privadas, la obligatoriedad solo se da cuando ellas son las recurrentes, bajo sanción de inadmisibilidad del recurso que promovieran.

Si la apelación se refiere al objeto civil no es obligatoria la concurrencia del imputado ni del tercero civil.

5.2. Realización de la audiencia (art. 424 del CPP de 2004)

La base normativa general es la del juicio oral en primera instancia. Las reglas de instalación están ya definidas por el artículo 423 del CPP de 2004. Cabe puntualizar que existen dos modalidades de audiencia, siempre preceptiva: con actuación probatoria o sin ella. La primera modalidad está condicionada a la impugnación del juicio de culpabilidad o inocencia, o a la cuantía de la pena o reparación civil.

Evidentemente no habrá actuación y examen probatorio –no se requiere examen directo y personal de la prueba– cuando el núcleo de la discrepancia es una cuestión jurídica –sobre la base de hechos coincidentes–; la reproducción del debate, aquí, no añade nada al juicio público. Así sería el caso, por ejemplo, de la prueba indiciaria, cuando se cuestione el juicio de inferencia sobre la base de las reglas de la lógica y experiencia, más allá que los indicios por separado se hubieran obtenido como el fruto de la práctica de pruebas necesitadas de inmediación (Garberí).

Tres son los periodos de la audiencia de apelación con actuación de pruebas:

1. **Periodo inicial.** Consta de dos pasos. En primer lugar, el auxiliar jurisdiccional hará una relación de la sentencia recurrida y de las impugnaciones contra ella, objeto de la audiencia. En segundo, se corre traslado a las partes recurrentes para que se pronuncien si se desisten total o parcialmente del recurso interpuesto, o en su caso para que se ratifiquen en los motivos del recurso. Este periodo es común a ambas modalidades de audiencias.
2. **Periodo probatorio.** Se actúan las nuevas pruebas admitidas. A semejanza del juicio de instancia, primero se examina a la agravada, luego a los testigos, a continuación a los peritos y, finalmente,

se lee y discute la prueba instrumental. Empero, el cuándo se discute el juicio de culpabilidad, es obligatorio el examen de los imputados, salvo que decidan abstenerse de ser examinados – será el primer paso de la audiencia–. En la estación de lecturas, amén de ser aplicable el artículo 383 del CPP de 2004, cabe la lectura del informe pericial y del examen pericial, a todas las actuaciones no objetadas de primera instancia. Si no es del caso actuar pruebas, sencillamente, se supera este periodo y se abre paso el periodo decisorio: no tiene porqué leerse piezas procesales (en contra: Doig Díaz).

3. **Periodo decisorio.** Las partes alegan por su orden, empezando por los recurrentes, que tienen la primera palabra. El imputado, siempre, tiene derecho a la última palabra. A continuación el Tribunal da por cerrado el debate de apelación.

6. Sentencia de vista

6.1. Deliberación

Rigen las reglas del artículo 393 del CPP de 2004, aunque por razones de supletoriedad rige, además y más propiamente, el artículo 392 del CPP de 2004.

En consecuencia:

1. La deliberación es secreta.
2. El plazo para la deliberación es de 10 días, en cuyo término debe expedirse sentencia. Es de preguntarse si rige el apartado 3) del artículo 392 del CPP de 2004, esto es, si transcorre ese plazo ¿debe repetirse la audiencia de apelación? En principio, tal posibilidad solo abarca los casos de audiencia de pruebas –en las audiencias de apelación sin actuación probatoria se tratará de un plazo impropio, cuya vulneración no genera nulidad de actuaciones–; y, como el proceso es único y las reglas vinculadas a la inmediación son las mismas (art. 424.1 del CPP de 2004), en ese caso las actuaciones probatorias del juicio de apelación, quedan sin efecto.
3. Finalmente, para que exista resolución, basta dos votos conformes, solo se requiere mayoría de votos. ¿Qué pasa si no hay mayoría, cada vocal mantiene un voto distinto (vr. gr.: anulación, confirmación y revocatoria)? Se procederá conforme a las reglas

de la discordia, y el vocal discordante tendrá que repetir la audiencia de apelación.

6.2. Valoración de la prueba

Se presenta, en este paso, una doble posición del Tribunal *ad quem* respecto del tratamiento de la prueba actuada en segunda instancia y su relación con la prueba actuada en primera instancia. En principio, como se trata de un recurso de apelación que instaura el doble grado de jurisdicción y otorga una potestad de revisión integral de lo actuado, el Tribunal *ad quem* realizará una valoración integral del conjunto de la prueba actuada, en primera y en segunda instancia.

Los criterios básicos de valoración están previstos en el artículo 393 del CPP de 2004:

1. Solo se valoran los medios de prueba incorporados legítimamente al juicio.
2. El examen de los medios probatorios se inicia individualmente por cada uno de ellos y, a continuación, globalmente, en su conjunto.
3. Se abordarán los temas objeto de la pretensión impugnativa.

Las especialidades que se reconocen a la valoración de la prueba en segunda instancia son dos:

1. Valoración independiente de la prueba actuada en la audiencia, así como de las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. Se reconoce en este punto el carácter ‘documental’ del aporte de esos medios de prueba y, por tanto, el ser ajenos a la inmediación o, por lo menos, una clara excepción por razones de no repetibilidad o disponibilidad de la prueba (preconstitución y anticipación de prueba).
2. Respeto de la valoración realizada por el juez *a quo* de la prueba personal: declaraciones en general: declaración del imputado y testificales. La posibilidad de apartarse de las conclusiones probatorias del juez *a quo* en relación a las mencionadas pruebas personales está en función a las actuaciones probatorias realizadas en segunda instancia. Es evidente que si las pruebas de cargo que justificaron la condena o la absolución fueron de carácter personal –aquí se incluye el ámbito perceptivo del perito, no el aspecto técnico del informe pericial– no será posible un

cambio del sentido del fallo, a menos que esa prueba se repita en segunda instancia –posibilidad aceptada, excepcionalmente, en el apartado 5) del artículo 422 del CPP de 2004– (las SSTE-DH Ekbatani vs. Suecia de 26/05/88 y Tierce vs. San Marino del 27/06/2000, insisten en la necesidad del examen directo y personal por el *iudex ad quem* del imputado que rechaza los cargos). Por otro lado, podrá dictarse una sentencia procesal, anulatoria, si el razonamiento judicial es contradictorio o notoriamente insuficiente (oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto o incongruente), o, también, si es arbitrario; es decir, no respeta las reglas de la experiencia, del pensamiento humano, de la ciencia y, en especial, de la psicología, así como si es dictado con manifiesto error (dice lo que el testigo no declaró, menciona algo distinto a lo que expuso un órgano de prueba, cambia el sentido de las expresiones o le da un alcance que no corresponde).

El respeto a la inmediación en la apreciación de prueba personal, como límite a la amplitud del criterio fiscalizador del *iudex ad quem*, se justifica porque cuando el material probatorio del juicio de primera instancia se centra, primordial o exclusivamente, en las declaraciones de los acusados o en la prueba testifical, en ellos debe distinguirse, enseña Gimeno, las zonas opacas, de difícil acceso a la supervisión y control, y las zonas francas, que si son controlables en la segunda instancia. (1) Las zonas opacas aparecen constituidas por los datos probatorios estrechamente ligados a la inmediación, tales como el lenguaje gestual del acusado, testigo o perito; expresividad en sus manifestaciones; nerviosismo o azoramiento en las declaraciones; titubeo o contundencia en las respuestas; rectificaciones o linealidad en su exposición; tono de voz y tiempo de silencio; capacidad narrativa y explicativa, etc. (2) Las zonas francas, por su parte, están referidas a todos aquellos aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, que, al resultar ajenas a la percepción sensorial del *iudex a quo*, sí pueden y deben ser fiscalizados a través de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos. En este último sentido, tiene expuesto la Corte Suprema Argentina, en el famoso Caso “Martínez Areco” N° 3792, del 25/10/2005), que la inmediación no impide examinar el razonamiento lógico expresado en la sentencia recurrida y el procedimiento de valoración probatoria (párr. 36).

6.3. Alcances de la sentencia de vista (art. 425 del CPP de 2004). El Tribunal *ad quem* puede:

1. Declarar la nulidad, en todo o en parte, de la sentencia apelada y disponer se remitan los autos al juez que corresponda para la subsanación a que hubiere lugar. Se dictará una tal decisión cuando el motivo del recurso se debe a un quebrantamiento de las normas y garantías procesales, siempre que han causado indefensión al recurrente. La indefensión constitucionalmente relevante se tipifica cuando se produce una infracción de la norma procesal realizada por el órgano jurisdiccional que ha privado o limitado, bien su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, bien su posibilidad de replicar dialécticamente las posiciones contraídas en el ejercicio del indispensable principio de contradicción, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado.

En este caso el juicio de reenvío deberán realizarlo jueces distintos de los que intervinieron inicialmente (art. 426.1 del CPP de 2004); y, si la anulación se produjo como consecuencia del recurso del imputado –recurso defensivo–, el límite para los jueces de reenvío estará en la pena impuesta en el primer juicio.

2. Confirmar o revocar la sentencia de primera instancia. Puede absolver o condenar, aumentar o disminuir la pena o la reparación civil, según la pretensión impugnativa y el principio de correlación, así como con pleno respeto de la interdicción de la *reformatio in peius*. Ello estará en función a si se acepten o no los motivos de la impugnación.

Una exigencia general o requisito esencial de toda sentencia es su congruencia. Debe existir una correlación entre la pretensión impugnativa, las demás peticiones y alegaciones de las partes y la actividad decisora o resolutoria que se plasma en la sentencia de vista. Su incumplimiento da lugar a lo que llama “fallo corto”, siempre que no se resuelvan todos los puntos objeto de la controversia en sede de apelación. Se trata, desde una perspectiva constitucional, de una vulneración a la tutela jurisdiccional

6.4. Audiencia de lectura de la sentencia

La sentencia de vista se dicta en audiencia pública (art. 425.4 del CPP de 2004). Por tanto, efectuada la deliberación y existiendo el número de

votos suficientes, se cita fecha a una audiencia para su lectura. No hace falta que concurren las partes, pues el fallo se lee con quienes concurren a la audiencia. No es posible un aplazamiento de esa diligencia.

6.5. Recursos

Contra la sentencia de vista solo procede recurso de casación si se cumplen los supuestos fijados por la ley. Cabe aclaración o corrección, igualmente, si se cumplen los requisitos correspondientes (art. 425.5 del CPP de 2004). Vencido el plazo para recurrir se remite al JIP para su ejecución. Si el recurso de casación no es suspensivo (art. 402.1 del CPP de 2004), finalizados los trámites se dispondrán la remisión de copias al JIP para su ejecución.

II. RECURSO DE CASACIÓN PENAL

1. Concepto y notas esenciales

Es un medio de impugnación extraordinario, que produce los efectos devolutivo, no suspensivo –salvo el caso de libertad: artículo 412 del CPP de 2004– y extensivo en lo favorable, mediante el cual se somete a la Sala Penal de la Corte Suprema el conocimiento, a través de motivos o causales tasadas, 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 material o procesal, aplicables al caso.

Cuatro son las notas esenciales del recurso de casación:

1. Su carácter extraordinario. De un lado, los motivos o causas susceptibles de hacerse valer mediante su interposición aparecen tasados (art. 429 del CPP de 2004). De otro lado, el ámbito de conocimiento está limitado exclusivamente a las cuestiones suscitadas en los motivos de oposición formulados (art. 432.1 del CPP de 2004): es un recurso limitado. Además, el recurso de casación está sometido a especiales formalidades procedimentales, y conlleva un conocimiento muy limitado de los hechos. Por lo demás, mediante el recurso de casación no está permitido proponer cuestiones nuevas que no hayan sido planteadas en la instancia (STSE del 18/09/1998).

2. Su carácter devolutivo. La competencia funcional, exclusiva y excluyente, corresponde a la Sala Penal de la Corte Suprema, órgano superior jerárquico de las Salas Penales Superiores (arts. 421 y 26.1 del NCPP).
3. Su carácter no suspensivo. Deriva del carácter general que se atribuye a los recursos: artículo 412 del CPP de 2004; el recurso no impide la ejecución provisional de la resolución impugnada, salvo las disposiciones sobre libertad. Asimismo, tiene un carácter extensivo en lo favorable, por aplicación general del artículo 408 del CPP de 2004. Se entiende que este efecto extensivo se producirá siempre y cuando los no recurrentes se encuentren en la misma situación que el recurrente y les sean aplicables los mismos motivos alegados en virtud de los cuales se declare la casación de la sentencia.
4. Si bien el recurso de casación tiene lugar a pedido de parte, de ahí –su función parciaria, pues mediante él las partes defienden sus derechos e intereses legítimos (*ius litigatoris*), la función más relevante es la protección o salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico: nomofiláctica, y unificadora de la jurisprudencia en la aplicación e interpretación judicial del derecho (*ius constitutionis*). Ambas concepciones no pueden ser separadas conceptualmente en modo alguno (Sarstedt/Hamm), por ello es que Schlüchter precisa que la casación es una instancia legal para la corrección de fallos legales en servicio a la unidad jurídica y justicia en el caso concreto.

La finalidad primordial es, finalmente, unificar la aplicación de la ley. Para hacer efectiva la igualdad de todos los ciudadanos, lo que se pretende conseguir precisamente mediante el control de la aplicación del Derecho hecha por los tribunales de apelación, y a todo ello sin perjuicio del *ius litigatoris*. La casación penal tiende a asegurar una decisión igual para casos iguales, a partir de lo cual fija y unifica la jurisprudencia.

El fundamento, pues, del recurso de casación se encuentra en el principio de igualdad, ya que la uniformidad de la jurisprudencia asegura a las personas un tratamiento similar por parte de los jueces. La igualdad significa que todas las personas deben ser tratadas del mismo modo, siempre que se encuentren en idénticas circunstancias y condiciones; mientras que la seguridad jurídica es la situación en que se encuentran las personas cuando sus derechos y obligaciones y sus facultades e interdicciones de

carácter legal están claramente determinados por leyes precisas y correctamente aplicadas por las autoridades públicas, de manera que cada uno pueda antes de obrar, prever cuáles serán las consecuencias de su conducta, libre de temor a la arbitrariedad (Chiara/Obligado).

2. Límites del Tribunal de Casación (art. 432 del CPP de 2004)

A diferencia de la apelación, en que se obtiene un nuevo examen del caso, tanto en la cuestión de hecho, como en la de derecho, la casación se limita, sobre la base inmutable de los hechos fijados en la instancia, a examinar la concepción causal del fallo, o bien, desentendiéndose del sentido de este, la regularidad del proceder que haya conducido a él (art. 432.2 del CPP de 2004). Todo ello dentro de las causales o motivos de casación expresamente invocados por el recurrente (art. 432.1 del CPP de 2004). La casación no es, pues, una tercera instancia inexistente, o una segunda apelación revisionista del proceso; permite únicamente el control *in jure*, controla las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso y las normas que disciplinan el proceso.

Es de aclarar que el límite de la competencia del Tribunal de Casación son los motivos del recurso, pero no por los fundamentos. El “motivo” es el vicio acusado, con indicación de las normas violadas; en tanto el “fundamento” es la interpretación o argumento del recurrente para persuadir al Tribunal sobre su tesis. En consecuencia, el Tribunal puede estar de acuerdo con la existencia del vicio denunciado pero por un razonamiento distinto (Cas. Costa Rica N° 520-99, del 22/11/1999).

La casación solo 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: Su espacio natural es el control de la corrección en la aplicación del Derecho, debiendo existir una conexión causal entre la lesión del Derecho y el contenido de la sentencia; ese presupuesto: violación de la ley, previene Schlüchter, debe entenderse en un sentido amplio, incluyendo quebrantamiento contra las reglas de la lógica, máximas de la experiencia o conocimientos científicos, contradicciones y confusiones así como lagunas. La situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida (Roxín). Empero, la presencia de errores legales que no influyan en la parte dispositiva de la sentencia no causan nulidad; no cabe, por ende, en esos casos, en tanto no ha tenido influencia alguna para la decisión, casar la sentencia, solo determinarán –si correspondiera– su corrección en la sentencia casatoria (art. 432.3 del CPP de 2004).

Una amplitud a la cuestión de hecho sería, el control de logicidad y control por infracción de presunción de inocencia (art. 429. 4 y 1 del CPP de 2004), a partir del cual la Corte Suprema controlará la licitud de las pruebas prácticas en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia, y la razonabilidad y coherencia interna de las inferencias realizadas respecto del juicio de hecho. Solo corresponde al Tribunal de Casación controlar si las pruebas son válidas, si las conclusiones obtenidas responden a las reglas del recto entendimiento humano –respeto del sentido común, admisibilidad lógica de los elementos probatorios– y si la motivación es expresa, clara, completa y emitida de acuerdo a las normas prescritas (Cas. Costa Rica, N° 365-98, del 31/07/1998); no realiza una valoración alternativa de la prueba (Cas. Costa Rica, N° 563-98, del 17/08/1998).

La Corte Suprema de la Nación Argentina, igualmente, acotó que si bien la naturaleza restrictiva del recurso de casación no permite modificar las conclusiones de hecho, ello no impide determinar si la motivación de la decisión en el plano fáctico y en la interpretación de las normas legales, ha rebasado los límites impuestos por la sana crítica racional (Fallos, 321: 3663, del 22/12/1998). La casación no juzga cuestiones de hecho y prueba, exceptuando al concepto de arbitrariedad (Sentencia Cámara Nacional de Casación Penal Argentina, núm. 750, del 04/09/1996), en el cual solo se controla la observancia de las reglas de la lógica en la fundamentación de la sentencia, aunque no es de dejar de reconocer que se trata de conceptos sumamente difusos (cfr: Chira/Obligado).

3. Carácter del recurso de casación

El artículo 433 incisos 1 y 2 CPP de 2004, bajo la decisión de la Sala Penal Suprema, concederá a la casación estimada carácter rescindente y, cuando corresponda, rescisorio, “(...) en tanto para ello no sea necesario un nuevo debate”.

El recurso de casación por infracción de norma material y, en determinados casos, por quebrantamiento de norma procesal en la modalidad de defecto estructural de resolución, tiene un carácter rescindente y rescisorio, de modo tal que si la Corte Suprema estimara el recurso anulará la resolución impugnada y dictará otra ajustada a derecho. El criterio finalista de apreciación será, si no resulta necesario un nuevo debate, vinculado a la actuación de pruebas ante un tribunal objetivo e imparcial.

El recurso de casación por quebrantamiento de forma en la modalidad de vicio de procedimiento tiene un carácter únicamente rescindente. Se anulará la decisión impugnada y se reenviará de nuevo la causa al conocimiento del órgano de instancia.

4. Objeto impugnable (art. 427 del CPP de 2004)

1. El criterio general de admisibilidad objetiva se circunscribe a: (1) las sentencias definitivas, (2) los autos de sobreseimiento, (3) los autos que ponen fin al procedimiento o extingan la acción penal, y (4) los autos que deniegan la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena. En todos estos casos han de haber sido expedido en apelación por la Corte Superior. Se trata de sentencias y autos de vista. La regla del artículo 427, salvo el caso del apartado 4) –casación excepcional– constituye un supuesto de *numerus clausus* que impide toda extensión.
2. Sobre esa base, se configuran dos limitaciones a dichas resoluciones. La primera, estriba en que los delitos objeto de imputación inicial o de acusación, según el caso, tengan conminado, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años. La segunda consiste en las medidas de seguridad, solo serán admisibles los fallos que impongan pena de internación (¿si se absuelve al reo ante un pedido de internación o se impone una pena? En el primer caso, siempre procederá –se aplica similar criterio a la absolución por un delito grave–, de suerte que tratándose de medida de seguridad el criterio será la peligrosidad del agente. En el segundo caso, se estará al delito acusado).
3. En el supuesto de la reparación civil, rige como *summa gravaminis*, al igual que el fijado en el CPC, un monto superior a 50 Unidades de Referencia Procesal o cuando el objeto de la restitución no pueda ser valorado económicamente (bienes culturales, por ejemplo).
4. La regla de excepción general, de apertura discrecional –es lo que se denomina “casación excepcional”, estriba en que, más allá de la entidad de la resolución impugnada y su no impugnabilidad regular, resulte “(...) necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial”; se trata de un modelo de *certiorari*, que autoriza a ampliar judicialmente el acceso a la Corte Suprema. Es de preguntarse si, como presupuesto indispensable, deba tratarse

de una resolución de vista (acabe casación *per saltum*). Superado ese escollo cabe identificar o clasificar los supuestos de desarrollo jurisprudencial, esto es, fijar ciertos criterios razonables que eviten un uso indiscriminado de la institución, con infracción del principio de igualdad ante la ley.

Desde esta última perspectiva, la sentencia casatoria colombiana N° 23812, del 19/08/2005, señaló que corresponde al casacionista indicar si pretende fijar el alcance interpretativo de alguna disposición, o la unificación de posiciones disímiles de la Corte, o el pronunciamiento sobre un punto concreto que jurisprudencialmente no ha sido suficientemente desarrollado, o la actualización de la doctrina, al tenor de las nuevas realidades fácticas y jurídicas; y, además, la incidencia favorable de la pretensión doctrinaria frente al caso y la ayuda que prestaría a la actividad judicial, por trazar derroteros de interpretación con criterios de autoridad.

5. Impugnabilidad subjetiva

La regla ha de ser que la resolución de vista ha de causar un gravamen a la parte procesal afectada: esa es su legitimación procesal para recurrir. La impugnación ha de dirigirse contra el fallo –parte resolutive o dispositiva– no contra sus fundamentos, fácticos o jurídicos (regla general), en tanto resulten desfavorables a los derechos propios de quien recurra, el mismo que debe ostentar un interés legítimo, en sentido propio, cualificado y específico que debe ser valorado en cada caso. Para ello el recurrente debe instar una alteración de la parte dispositiva de la decisión. La falta de interés, con determinadas excepciones, es predicable de todas las partes procesales, sin privilegio alguno.

La falta de interés se presenta en un supuesto adicional, previsto en el literal d) del apartado 1 del artículo 428 del CPP de 2004. Si el recurrente consintió previamente la resolución adversa de primera instancia, que luego fue confirmada por la resolución objeto del recurso. También se producirá ese supuesto de falta de interés cuando se invoca en la casación violaciones de la Ley que no han sido deducidas en los fundamentos del recurso de apelación. La casación colombiana, por ejemplo, ha ubicado algunas excepciones a esa regla, tales como: a) cuando aparezca demostrado que arbitrariamente se impidió al casacionista el ejercicio del recurso de instancia; y, cuando el fallo de segundo grado modifique su situación jurídica, de manera negativa, desventajosa o más gravosa (Cas. N° 24128, del 19/09/2005).

¿Puede el Ministerio Público interponer recurso de casación frente a resoluciones judiciales que aceptaron lo que postuló en la instancia? Gimenno contesta afirmativamente, porque: a) el cambio de postura del MP no produce indefensión alguna a la otra parte, sino todo lo contrario; b) siendo el MP una estructura jerárquica, la actuación del inferior no tiene por qué ser forzosamente asumida por el superior; y, c) el interés que defiende no son “parciales” por lo que la idea de “congruencia” en su actuación deber flexibilizarse, siempre que no se ponga en peligro el principio de igualdad de armas, ni la prohibición de indefensión.

6. Inadmisibilidad excepcional por economía procesal

La inadmisión de un recurso se dictará cuando se vulneren los presupuestos subjetivos, objetivos y formales (tiempo, modo, lugar y motivación). El artículo 428. 1 del CPP de 2004, insiste en esas infracciones, y resalta en especial que se invoquen motivos no reconocidos por la ley y resoluciones no impugnables en casación.

El apartado 2) de dicho precepto consagra dos causales excepcionales por economía procesal: falta de fundamento y presencia de precedente establecido.

1. **Falta de fundamento.** Su fuente es la ley de 08/07/1922 de la RFA. Es un supuesto de desestimación prematura del recurso cuando el mismo, tras una primera lectura del escrito de interposición, se revela como manifiestamente infundado. Esto último se presenta cuando adolece de una evidente falta de razón jurídica de los motivos alegados, o una falta de contenido casacional, al no tener el objeto convencional de una casación.

Esta causal, de recurso fatuo o indigno, permite identificar tres supuestos, según Sarstedt y Hamm: 1) El que adoleciendo de un razonamiento abstracto suficiente, se limita prácticamente a decir que existe violación de derecho, sin argumento serio alguno. 2) El que es fruto de una deficiente lectura de la sentencia o de los autos, denunciando vicios que realmente no existen. 3) El que revela un desconocimiento por parte del recurrente de las cuestiones jurídicas más básicas, en especial relacionados con la casación (Manzini diría: se pretendiera desconocer la evidencia, se supusiera una norma jurídica inexistente, se supusiera la analogía en casos que no la consienten, o en general, se fundara el recurso en un indiscutible error de derecho).

2. **Presencia de precedente establecido.** El literal b) del apartado 2 del artículo 428 del CPP de 2004 dice: “se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales y el recurrente no da argumentos suficientes para que se modifique el criterio o doctrina jurisprudencial ya establecida”. Se requieren tres condiciones para su aplicación: 1) Que se haya generado sobre el punto objeto de cuestionamiento casacional una doctrina jurisprudencial consolidada. 2) Que verse, precisamente, sobre ese punto o institución jurídica análoga al planteado y que no contenga datos diferenciales. 3) Que, no obstante lo anterior, se propongan argumentos o motivos alternativos con entidad para ser discutidos y puedan dar lugar a la modificación de la doctrina jurisprudencial.

7. Motivos de casación: artículo 429 del CPP de 2004

Como el recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario, que tiene tasados tanto las resoluciones recurribles como los vicios que el recurrente puede alegar, ello significa que la fundamentación del recurso no es libre, sino vinculada a los motivos previstos legalmente (Gimeno).

Es posible precisar que existen cuatro modalidades de casación y siete variedades. En efecto:

1. Primera modalidad: Vulneración de preceptos constitucionales materiales o procesales, que presenta, a su vez, tres variedades: por inobservancia, por indebida o errónea aplicación, y por ausencia o ilogicidad de la motivación.
2. Segunda modalidad: Quebrantamiento de forma, que presenta, a su vez, dos variedades implícitas: vicios por defecto de tramitación y vicios por defectos estructurales de la resolución.
3. Tercera modalidad: Infracción de ley material, que presenta, a su vez, dos variedades de vicios in iuris: inobservancia de ley y errores en la aplicación de la ley.
4. Cuarta modalidad: Infracción de doctrina jurisprudencial.

7.1. Vulneración de preceptos constitucionales (casación constitucional)

El apartado 1) del artículo 429 del CPP de 2004 utiliza la expresión “garantías constitucionales”, que debe entenderse como preceptos

de la ley fundamental destinados a garantizar el sistema penal. Por ejemplo, tanto legalidad penal, libertad personal, inviolabilidad de domicilio, derecho a la intimidad (materiales), como tutela jurisdiccional, presunción de inocencia, defensa procesal y debido proceso (procesales). Las pautas propiamente constitucionales han sido desarrolladas en el Título Preliminar del CPP de 2004, por la invocación a esas normas se entenderá como afectaciones a la Constitución. Las normas constitucionales mayormente invocadas serán la presunción de inocencia y la motivación –esta última tiene una causal específica: apartado 4) del artículo 429 del CPP de 2004, y está comprendida en el derecho a la tutela jurisdiccional y en un precepto propio: artículo 139.3 y 4 de la Constitución–.

A. Presunción de inocencia

1. Incluye cinco reglas probatorias y una regla de juicio. Las primeras, están integradas por la existencia de actividad probatoria, presencia de pruebas de cargo, actividad probatoria de cuenta de la acusación, prueba practicada en el juicio oral –salvo prueba anticipada y preconstituida– y prueba practicada con respecto a garantías procesales y derechos fundamentales (prueba prohibida). No es de recibo, por consiguiente, la invocación de la vulneración de la presunción de inocencia cuando, a través de ella, se pretenda sustituir, por el propio, el criterio valorativo de la prueba aplicada por el Tribunal de Apelación.
2. La última, relacionada con la libre apreciación de la prueba, conduce a absolver cuando la culpabilidad del imputado no ha sido demostrada más allá de toda duda razonable, y está configurada, en aras del control casatorio, en el cumplimiento de determinados criterios, legal o jurisprudencialmente estipulados (v. gr.: prueba indiciaria, testigos de referencia, declaración de la víctima, coimputados y arrepentidos).

B. Motivación

1. Exige que el Tribunal resuelva todas las cuestiones debatidas en el proceso, razonadamente, pero no solo de forma interna, sino expresando externamente el razonamiento. La ausencia total de motivación es constitucionalmente relevante –falta del todo la exposición sobre los motivos sobre un punto de la decisión–. También lo es la insuficiencia de la motivación, que se presenta cuando la aludida motivación no tenga en cuenta todos los

extremos que la Ley obliga a tomar en consideración. Asimismo, la incongruencia de la motivación trae su causa en ese supuesto, que tiene lugar cuando la motivación no guarda relación con la temática planteada por las partes y a la que debe referirse el fallo –mera existencia formal de argumentaciones pero realmente inexistentes para el caso concreto–.

2. La motivación, de otro lado, debe expresar el iter lógico seguido por el juez, sin saltos ni lagunas, así como sin contradicciones –esto es, cuando dos o más partes de la motivación son incompatibles entre sí, o cuando la motivación es incompatible con la parte dispositiva–. La sentencia es una estructura lógica, en ella el juez arriba a una conclusión de certeza: hecho-participación-imputabilidad-culpabilidad. Los razonamientos armónicos deben estar exentos de violaciones a las leyes del pensamiento. La logicidad entraña la observación de las reglas lógicas y de la experiencia, así como los principios de la psicología; es una cuestión jurídica, referida a la naturaleza jurídica de un hecho. El control, en este caso, acota Leone, se refiere al procedimiento exterior que conduce a la formación del convencimiento del juez, a la coherencia lógica del razonamiento.

La logicidad debe respetar las leyes del pensamiento: coherencia y derivación (concordancia o conveniencia entre sus elementos, y que cada pensamiento provenga de otro con el cual está relacionado), y los principios lógicos de identidad, contradicción, tercio excluido –deducidos de la ley de coherencia–, y razón suficiente –deducido de la ley de derivación–.

- Identidad: cuando en un juicio el concepto sujeto es idéntico al concepto predicado, el juicio es necesariamente verdadero.
- Contradicción: los juicios opuestos entre sí contradictoriamente, no pueden ser ambos verdaderos.
- Tercio excluido: dos juicios opuestos entre sí contradictoriamente, no pueden ser ambos falsos: uno es verdadero y ninguno otro es posible.
- Razón suficiente: que justifique lo que en el juicio se afirma o niega con la pretensión de que sea verdad.

3. Más allá de las reglas de la lógica formal, en la selección de las pruebas incorporadas debe aplicarse los principios de la psicología: los testigos no se cuentan, se pesan. También deben aplicarse las reglas de la experiencia, que son nociones de dominio común, verdades indiscutibles, que incluye el hecho notorio (Gonzales Novillo/Figueroa).

Se trata, entonces, de controlar la racionalidad del juicio histórico del Tribunal de Apelación, que debe hacer su juicio histórico fundándose en la razón, las pautas normales del comportamiento humano y el manejo de las máximas de experiencia (Cortés Domínguez).

4. Se discute si constituye un vicio de ilogicidad de motivación si existe una notoria y manifiesta –sin lugar a dudas ni a interpretaciones diversas– contradictoriedad, no ya entre varias partes de la motivación, sino entre la motivación y la clara y no opinable realidad procesal, referida a un hecho decisivo para el juicio. La desviación absoluta entre resultancias procesales y reconstrucción del hecho no constituye una prohibida indagación de hecho sino un supuesto de contradictoriedad interna del fallo.

Un precepto constitucional puede ser lesionado por:

- Inobservancia: omisión en su aplicación. No aplicación del precepto en los casos en que debiera aplicarse; el juez no lo considera aplicable al caso juzgado.
- Indebida o errónea aplicación. La norma invocada no ha sido justamente aplicada por una inexacta interpretación de su contenido. Se produce una interpretación equivocada, desacertada o errónea del precepto constitucional.

7.2. Quebrantamiento de forma (casación procesal)

Consiste, en general, en la infracción de normas procesales –aquellas que establezcan o determinen una forma procesal (requisitos que debe cumplir un acto), de acatamiento imperativo, cuya violación sea expresamente prescripta bajo alguna sanción: caducidad, preclusión, inadmisibilidad o nulidad–, tanto las que prescriben el rito establecido para obtener la sentencia o para llegar a ella, cuanto las que se refieran a la deficiencia estructural de la decisión (normas procesales reguladoras de la sentencia). No debe perderse de vista que no toda incorrección procesal

implica, de modo automático, quebranto de la tutela jurisdiccional ni tiene acceso indiscriminado a la casación (cfr.: STSE del 28/05/1993). Esto último permite sostener, con Roxín, que la lesión de normas del procedimiento que están previstas únicamente a favor del acusado, tales como la necesidad de defensa o el derecho a la última palabra no puede ser hecha valer por la fiscalía con el fin de obtener la anulación de la sentencia en perjuicio del acusado.

En el primer caso se estará, por ejemplo, cuando se denieguen indebidamente diligencias de prueba, cuando no se cite a las partes para una diligencia o acto esencial, cuando no se suspendió el juicio oral pese a que debía hacerse para garantizar el derecho a la prueba pertinente, o cuando intervino un órgano judicial objetivamente incompetente. Salvo el literal d) del artículo 150 del CPP de 2004, que por razones de especialidad es un motivo de casación constitucional, rigen los supuestos previstos en los literales a), b) y c) de dicho precepto ordinario.

En el segundo caso se incluirán supuestos tales como los de: a) pre-determinación del fallo (utilización en la narración fáctica de frases descriptivas del tipo legal que tengan carácter eminentemente técnico jurídico, cuya supresión produzcan un vacío que no se pueda sustituir con un razonamiento lógico); b) falta de claridad en la narración de los hechos de la sentencia que impidan su comprensión; c) infracción del principio de correlación; y, d) emisión del fallo sin la concurrencia de votos necesarios.

El quebrantamiento de normas y de garantías procesales, por su esencialidad, no es susceptible de subsanación, debe acarrear la declaración de nulidad respectiva, que solo recaerá cuando se haya producido indefensión, valorada según las circunstancias de cada caso.

7.3. Infracción de ley (casación material o sustantiva)

Es considerado el motivo más genuinamente casacional: error iuris, pues afecta el razonamiento jurídico que debe hacer el órgano judicial. Su estimación requiere tres condiciones: 1) respeto a los hechos probados, a partir de los cuales se realiza el juicio de subsunción normativa; se discute si el juicio penal se ha llevado a cabo en razón del resultado del juicio histórico que contiene la sentencia (Cortés Domínguez); por tanto, no se puede hacer cuestión de la certeza de los hechos al socaire de la denuncia de una infracción penal. 2) violación de una norma jurídica, defecto que comprende tanto su no aplicación como su aplicación incorrecta. Y, 3) la norma infringida debe ser una precepto penal de carácter sustantivo u

otra norma jurídica –no penal– del mismo carácter, sustantivo, que deba ser observada en la aplicación de la ley penal (así, en el caso de tipos penales que se complementan por heterointegración con una norma administrativa, la infracción de ley alcanza a la norma administrativa de carácter sustantivo que complementa el tipo).

7.4. Infracción de doctrina jurisprudencial (casación jurisprudencial)

El apartado 3) del artículo 433 del CPP de 2004 autoriza a la Corte Suprema establecer precedentes vinculantes, en igual sentido hace lo propio el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Cuando se hace una interpretación de un instituto jurídico, material o procesal, y se declara su obligatoriedad, este debe ser acatado por todos los jueces. En consecuencia, si existe tal precedente y sus alcances han sido inobservados o erróneamente aplicados, basta referirse a ese motivo para sustentar el recurso de casación.

8. Tramitación

El procedimiento casatorio aparece estructurado en torno a tres grandes fases: interposición, sustanciación y decisión.

8.1. Fase de interposición

Consta de tres pasos: acto de interposición, calificación y elevación.

1. El acto de interposición presenta tres notas: el recurso puede interponerse por escrito y en el plazo de 10 días (cfr.: arts 405.1.b y 414.1.a del CPP de 2004). También puede interponerse oralmente en la audiencia (arts 401.1, 405.1 b y 425.6 del CPP de 2004), oportunidad en que es posible que se reserve el derecho de impugnar el fallo de segunda instancia. Cuando se recurre oralmente, la formalización puede realizarse en acto aparte, siempre por escrito, en un plazo de 10 días por imperio del artículo 414.1.a del CPP de 2004; como se trata de un plazo más lato se impone al de 5 días fijado en el artículo 405.2 del CPP de 2004, que lo condiciona a “(...) disposición distinta de la Ley”.

Las formalidades son las generales de todo recurso impugnatorio, previstas en el artículo 405 del CPP de 2004. En lo específico, el artículo 430.1 del CPP de 2004 estatuye que se debe : a) precisar separadamente cada causal invocada; b) citar concretamente los preceptos legales que considere erróneamente aplicados o

inobservados; c) indicar el fundamento o los fundamentos doctrinales y legales que sustenten su pretensión; y d) expresar específicamente cuál es la aplicación que pretende. Cualquier omisión, en tanto se cumplan los presupuestos del artículo 405 CPP de 2004, puede ser subsanadas dentro del plazo judicial que fije el Tribunal.

2. La calificación por la Sala Penal Superior, conforme al artículo 430.2 del CPP de 2004 está condicionada al cumplimiento de dos tipos de presupuestos: a) los fijados en el artículo 405 del CPP de 2004: legitimación para recurrir, gravamen, plazo, modo, lugar, objeto impugnante (art. 404.1 del CPP de 2004), y motivación genérica (precisión de los puntos objetados, motivación del recurso y pretensión impugnativa); y, b) invocación de los motivos previstos por la ley: artículo 429 del CPP de 2004. Cuando se invoque el apartado 4 del artículo 427 del CPP de 2004 debe incorporarse una motivación adicional: razones que justifiquen el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende. El *iudex a quo* no se convierte en juez de su propio fallo, solo participa en la habilitación de la instancia superior en la medida que el propio Código así lo establece (Cas. Argentina, N° 1032, 08/08/1996).

A los efectos del juicio de admisibilidad la Sala Penal aceptó la teoría de la “voluntad impugnativa”, en cuya virtud es posible conocer cuestiones no planteadas expresamente o planteadas por cauce inadecuado, pero que se entiendan comprendidas tácitamente en la impugnación formulada. Esta concepción permite reconducir el motivo de casación y no hace falta reseña expresa del motivo aludido, en tanto la casación vela también por la tutela jurisdiccional. Rige, entonces, el principio *iura novit curia*, reencausamiento que se hace a condición de que el agravio se encuentre clara y suficientemente expuesto (Cas. Argentina N° 3295, 18/04/2001).

Dictado el auto que concede el recurso de casación, la Sala Penal Superior, el concesorio se notificará a todas las partes y se les emplazará que comparezcan ante la Sala Penal de la Corte Suprema, emplazamiento que las instruirá, además, para que fijen domicilio procesal en el radio urbano de la Corte Superior de Lima, en cuyo ámbito territorial está ubicada la Corte Suprema.

Hasta antes que el expediente se eleve al Supremo Tribunal, las copartes podrán adherirse al recurso de casación interpuesto, cumpliendo con las formalidades correspondientes: artículo 404.4 del CPP de 2004. Esa adhesión tiene un trámite de calificación similar al recurso principal. Por otro lado, es de aclarar que no se puede convertir la adhesión en un recurso principal; es una oportunidad que se le ofrece al apelado para impugnar la resolución, pero solo en función de que se ha abierto por otra parte procesal el cauce del recurso –él pudo recurrir en tiempo oportuno, pero no lo hizo–, por lo que no puede tener ahora una nueva oportunidad para discutir por entero –deduciendo consecuencias legales diferentes–, y de acuerdo con sus exclusivos intereses el contenido de la decisión –no puede ensanchar el ámbito impugnativo para añadir nuevos motivos o temas distintos a los planteados por el principal recurrente, pero puede incluir algunas omisiones de la propia impugnación principal– (Moreno Catena). El apelante adhesivo no puede apartarse ni un ápice o maniobrar en contraposición de la pretensión impugnatoria contenida en la apelación principal.

3. Cumplido el décimo día de la notificación del auto concesorio del recurso de casación –que es el término de espera para que se cumpla con el emplazamiento dispuesto por el Tribunal Superior–, se elevan los actuados a la Corte Suprema.

8.2. Fase de sustanciación

Consta de cuatro pasos: traslado, juicio de admisión, alegatos ampliatorios y audiencia.

1. La primera resolución ordenatoria que dicta la Sala Penal de la Corte Suprema es el traslado a las partes no recurrentes por el plazo de diez días, para que se pronuncien acerca del recurso concedido y los motivos del mismo. Emplazamiento solo se hará efectivo si las partes han fijado domicilio en el radio urbano de la Corte Suprema –solo rige para los Distritos Judiciales distintos de Lima–; en caso contrario se tendrá al infractor por notificado en la misma fecha de la expedición de las resoluciones respectivas (art. 430.5 del CPP de 2004).
2. La segunda resolución, vencido el trámite anterior, es decidir si el recurso de casación fue bien concedido o no por la Sala Penal

Superior. La Sala Penal Suprema tiene amplia potestad para revisar el concesorio dictado por el Tribunal inferior. Aplicará con toda amplitud el artículo 428 CPP de 2004. En esa norma constan supuestos a los que no puede referirse el Tribunal Superior en su calificación (art. 430.2 del CPP de 2004): objeto impugnante, interés para recurrir –en función a la posición del impugnante respecto de la resolución de primera instancia–, y los supuestos de inadmisibilidad por economía procesal. El rechazo del recurso puede ser total o parcial, conforme al apartado 3) del artículo 428 del CPP de 2004. Esta segunda resolución se expide sin trámite previo: no requiere vista de la causa, ni se aceptan por consiguiente informes orales.

3. En caso de declarar bien concedido el recurso de casación, en esa misma resolución se instruirá a las partes que, dentro del plazo de diez días, pueden presentar alegatos ampliatorios. Se entiende por alegatos ampliatorios, la incorporación de argumentos –razones de impugnación complementarias de las expuestas en los motivos principales– que deben referirse a los extremos o puntos impugnados en los motivos de la casación interpuesta y admitida. No cabe que se introduzcan nuevos agravios una vez vencido el término legal (Cas. Argentina, N° 429, del 17/05/1995). Se pueden ampliar los fundamentos de los motivos –completados, ampliados y, aun, reemplazados por otros, pero no alterarlos–, no los motivos mismos; una cosa es la ampliación de fundamentos y otra la de motivos (Cas. Argentina, N° 2417, del 16/09/1999).
4. Vencido el plazo del trámite de alegatos ampliatorios se emite un decreto de señalamiento de día y hora para la audiencia de casación, que se notificará a todas las partes personadas. La audiencia se instala con las partes que asistan –no hace falta trámite de declaración de ausencia o contumacia–. La falta de asistencia del recurrente –fiscal o abogado de la parte impugnante– determina la declaración de inadmisibilidad del recurso de casación.
5. Instalada la audiencia, dedicada a los alegatos orales, que es el paso de discusión. Primero expone el abogado de la parte recurrente; si existen varios recurrentes, lo harán (fiscal, actor civil, tercero civil, defensa reo). A continuación informar los abogados de las partes recurridas. Finalmente, si asiste el acusado, hablará

en último término. Esa lógica del desarrollo de la audiencia de casación se explica porque la Corte Suprema está vinculada a las comprobaciones fácticas del tribunal inferior y, por ello, no hay producción de pruebas en esta fase.

8.3. Fase de decisión

Consta de tres pasos: deliberación, audiencia de lectura de la sentencia de casación y la sentencia casatoria propiamente dicha.

1. Las reglas de la deliberación son, a final de cuentas, las previstas para el juicio de primera instancia. La deliberación se realiza en sesión secreta. No podrá extenderse más de 20 días; pero, como no se actúan pruebas, se trata de un plazo impropio; el exceso del plazo no determina la repetición de la audiencia. Emitidos los votos, para que exista resolución se requieren cuatro votos conformes en todo; en consecuencia, de no lograrse se procede al trámite de discordia (cfr.: arts. 141 y 144 de la LOPJ). La deliberación se circunscribe al campo delimitado por los motivos, excepción hecha de las cuestiones de derecho que deban ser denunciadas y decididas aún de oficio (art. 409.1 del CPP de 2004).
2. Anunciada la conclusión de la votación, la sentencia se pronuncia siempre en audiencia pública, a cuyo efecto se expedirá la resolución de citación respectiva. La audiencia se realizará con las partes que asistan. No es posible aplazarla bajo ninguna circunstancia.
3. La sentencia casatoria. Puede ser estimatoria o desestimatoria.

La sentencia de rechazo implica siempre un examen y una deliberación acerca del contenido (motivos), esto es, acerca del mérito del recurso, una declaración de infundabilidad de los motivos aducidos en el recurso.

A veces puede dictarse una sentencia de rectificación (art. 432.3 del CPP de 2004). Se dicta cuando la decisión impugnada resulta viciada por errores no esenciales o tales que puedan ser prontamente corregidos sin ninguna previa indagación de hecho, de suerte que la Corte no se pronuncia por su anulación sino que se limita a disponer la necesaria rectificación, siempre dentro de los límites de la impugnación. La rectificación puede ocurrir, anota Manzini, en la hipótesis de motivación jurídicamente errónea en ámbitos no decisivos o determinantes de la decisión; en la

hipótesis de errónea indicación de textos de ley –no es que no se aplicó una norma que debió aplicarse–; en la hipótesis de error en la especie o cantidad de la pena –error de denominación o de cómputo– o de aplicación de nuevas disposiciones de ley más favorables al imputado –en tanto no sea necesarias nuevas comprobaciones de hecho–.

La sentencia estimatoria o de anulación se emite cuando la Corte considere fundado y acoja alguno de los motivos propuestos con el recurso. Puede ser con o sin reenvío: la anulación total o parcial se puede disponer pura y simplemente, esto es, sin reenvío, o también con reenvío a nuevo juicio de mérito o para otra nueva providencia. Una vez que se declara fundado el recurso de casación, que importa la anulación de la resolución recurrida, se decide si se procede al reenvío o no. Para ello, como se ha dejado expuesto, se tiene en cuenta si es necesario o no un nuevo debate; “(...) si existen elementos de juicio suficientes para que el Tribunal de casación esté en condiciones de asumir sin dificultad esa operación, más aún si las partes han tenido cabal derecho de audiencia durante el trámite casatorio” (Cas. Argentina, N° 1933, del 08/10/1998).

La casación sin reenvío importa que se dicte sentencia sobre el fondo: fallo reemplazante (por ejemplo: el hecho es atípico, extinción de la acción penal, la acción penal no podía iniciarse o proseguirse, delito de conocimiento del tribunal militar, vulneración del *ne bis in idem*); el efecto de una sentencia sin reenvío, si se anula una sentencia de condena penal, la sentencia de casación importa la liberación del imputado, así como el cese de las demás medidas de coerción (art. 435 del CPP de 2004).

La casación con reenvío se ordena cuando, casada en todo o en parte la decisión impugnada, es necesario proceder a un nuevo examen del hecho o dar en otra forma una providencia que implica apreciaciones de hecho. En la sentencia se indicará el acto procesal que debe renovarse y el Tribunal de Instancia que lo hará (un caso en que procede, por ejemplo, es el de incompetencia objetiva del tribunal de mérito).

El juez de reenvío ha de ajustarse a la sentencia de casación en lo que concierne a toda cuestión de derecho con ella decidida: es un caso de preclusión. El juicio de reenvío, en puridad, es una fase autónoma de la relación procesal que tiene por objeto la sustitución de una nueva disposición a la casada por el juez de apelación, por parte de un juez distinto, pero del mismo grado –es una fase vinculada al juicio de casación del cual toma vida y recibe también los límites, (Leone)–. La sentencia casatoria tiene eficacia vinculante al nuevo juez, puesto que la Corte Suprema

tiene una función de máxima reguladora de la aplicación del derecho – con esta vinculación obligatoria se logra la unidad de la jurisprudencia–; este debe juzgar sobre la huella y los rieles, de hecho y de derecho, indicados por la casación (Cas. Italia 16/12/1947); solo puede juzgar sobre los puntos que fueron objeto de la anulación y sobre los que estén, con los puntos anulados, en relación de conexión o de derivación (Cas. Italia 23/01/1952).

Como el juicio de reenvío no es un nuevo juicio de primera o de segunda instancia, sino más bien una fase que se vincula a la sentencia de anulación, no cabe la reforma peyorativa (aplicación supletoria del art. 426.2 del CPP de 2004). La sentencia pronunciada en el juicio de reenvío solo puede ser impugnada por motivos que no se refieran a los puntos ya decididos por la Corte de Casación o bien por inobservancia de la regla de tener que ajustarse a la sentencia de casación en los puntos ya decididos. En todo caso, el tribunal de casación está también, a su vez, vinculado por la decisión anterior; a ello se califica, en palabras de Roxin y del BGHSt 33,356, autovinculación del tribunal de casación.

9. Sentencia vinculante

Se puede definir la jurisprudencia como el conjunto de fallos del único y supremo órgano jurisdiccional. Las líneas jurisprudenciales son los fallos repetidos, uniformes, constantes. Si la misión de la Corte Suprema es la uniformidad de las decisiones jurisprudenciales, es evidente que en aras de garantizar la igualdad y la seguridad jurídicas, sus fallos, en determinados supuestos y bajo específicas características, deben tener efectos vinculantes; es decir, que sus pautas hermenéuticas, al desarrollar una concreta institución jurídica y fijar lineamientos para su debida interpretación y aplicación, deben ser seguidas, obligatoriamente, por todos los jueces del país. La alegada independencia de los jueces cede ante la seguridad jurídica.

Estos efectos generales es lo que, finalmente, ha reconocido el artículo 433.3 del CPP de 2004. La Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión –importancia del tema tratado–, podrá decidir “(...) que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema (...)”.

La sentencia casatoria vinculante se adopta por mayoría absoluta – la decisión de ser vinculante: más de tres vocales deben acordarlo–, y

debe publicarse en el diario oficial *El Peruano*. El criterio jurisprudencial adoptado rige, inclusive horizontalmente, hasta que sea expresamente modificado.

Otra modalidad de sentencia vinculante es la “sentencia plenaria”. Intervienen en ella el Pleno de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema. Su convocatoria tiene dos vías:

1. Cuando interviene otra Sala Penal Suprema o cuando cambia la conformación de la Sala originaria, y sus Vocales integrantes lo consideran conveniente, ante las discrepancias que guardan con una sentencia vinculante precedente. Su finalidad es modificar la sentencia vinculante y emitir otra en su reemplazo, de ahí el mayor número de Vocales necesarios; y, se adopta por mayoría absoluta. El trámite de su emisión es simplificado: no se requiere la intervención de las partes –el grado de casación ya se absolvió en el momento oportuno–, ni la decisión que se dicte afectará la resolución dictada por la Sala competente en el caso que motivó la convocatoria al Pleno. La sentencia plenaria, igualmente, se publica en el Diario Oficial.
2. Cuando lo solicite la Fiscalía o la Defensoría del Pueblo, ante sentencias casatorias discrepantes. También una de las Salas Penales puede instar la convocatoria del Pleno de los Vocales de lo Penal. No se requiere una previa sentencia vinculante, tiene una evidente función unificadora. El pedido origina el trámite respectivo: se dispone anunciar el punto que la motiva, se señalará día y hora para la vista de la causa, con citación de la Fiscalía o de la Defensoría. A continuación se deliberará y se dictará la Sentencia Plenaria correspondiente, aceptando o no la solicitud de una Sala, de la Fiscalía o de la Defensoría del Pueblo.

Tercera parte

DERECHO PENAL MILITAR POLICIAL PERUANO

Capítulo único

DERECHO PENAL MILITAR POLICIAL PERUANO

Efectos procesales de la STC Exp N° 1011-2002-HC/TC. Caso Elena Iparraguirre Revoredo

“Cuando se trata de diligencias policiales objetivas e irreproducibles, referidas al aseguramiento de las fuentes de prueba, pueden tener carácter de prueba sumarial preconstituida, siempre y cuando cumplan los cinco requisitos que se ha mencionado en el párrafo anterior. A ellas no se extiende la nulidad del proceso en sede militar”.

I. COMENTARIOS

Una de las lideresas de Sendero Luminoso, siguiendo la estrategia legal consolidada adoptada por su organización, interpuso en el curso del año 2002 una demanda de hábeas corpus contra la sentencia definitiva dictada por la jurisdicción militar que la condenó por delito de traición a la patria en agravio del Estado a la pena de cadena perpetua. Esta demanda, finalmente, fue estimada por el Tribunal Constitucional mediante la STC Exp. N° 1011-2002-HC/TC⁽¹⁾, del 20 de junio de 2002, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de noviembre de dicho año.

Cinco son los fundamentos jurídicos de dicho fallo, que en buena cuenta ratifican otros pronunciamientos recaídos en casos similares. En el primer fundamento jurídico el Tribunal Constitucional recuerda las bases

(1) Recurso extraordinario interpuesto a favor de Elena Iparraguirre Revoredo, en donde sostiene que en su condición de ciudadana civil, debe ser procesada en el fuero común y que, por tanto, corresponde declarar nulo y sin efecto el proceso penal que se le siguiera en el fuero privativo militar por la comisión del delito de traición a la patria (Decreto Ley N° 25659, del 13/08/1992) y que concluyó con sentencia de cadena perpetua, ratificada por el Consejo Supremo de Justicia Militar, que esta acción impugna, estimando que la misma, así como el respectivo proceso, violentan la Constitución Política de 1979 y la Convención Americana de Derechos Humanos.

constitucionales existentes cuando se dictó el Decreto Ley N° 25659, de 13 de agosto de 1992. Señala que cuando se condenó a la demandante, estaba vigente la Constitución de 1979, cuyo artículo 282 prescribía que las disposiciones del Código de Justicia Militar y las que en su virtud dictara la justicia militar no eran aplicables a los civiles, salvo el delito de traición a la patria en caso de guerra exterior (remisión al art. 235 de la Const. 1979).

El fundamento jurídico 2 precisó que “la guerra exterior presupone un conflicto armado entre Estados, y que el delito de traición a la patria –siguiendo un informe, sin identificarlo, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos– constituye una infracción punible contra la seguridad exterior de la Nación (...) en beneficio de una potencia extranjera. Sobre ambas bases, empero, reduce su censura a que cuando ocurrieron los actos objeto del proceso penal militar no se presentó una situación de guerra exterior, dado que el Presidente de la República no había ejercido la atribución constitucional de declarar la guerra, siguiendo las pautas fijadas por la Ley Fundamental”.

El fundamento jurídico 3, afirmando en su razonamiento la aplicación de la Constitución de 1979, invoca la pertinencia del artículo 2, 20, 1), que reconoce como derecho fundamental de toda persona el no ser desviada de la jurisdicción determinada por la ley, ni sometida a procedimientos distintos de los preestablecidos, ni juzgada por tribunales de excepción. Recuerda, asimismo, que con similares términos esa institución, que rotula de “juez natural”, es recogida por el artículo 139.3 de la actual Constitución y por el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que hace mención al “(...) juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella (...)”.

El fundamento jurídico 4, sobre la base de la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución vigente, parte de una aceptación y validez de las decisiones de los órganos jurisdiccionales supranacionales, en tanto el Perú sea parte integrante de los tratados sobre derechos humanos en los que dichos órganos actúen⁽²⁾. A continuación, puntualiza que

(2) La disposición constitucional citada constituye, anota Francisco, FERNÁNDEZ SEGADO, una cláusula de tutela y garantía de los derechos fundamentales, enderezada a salvar las dificultades de interpretación de los derechos constitucionalmente reconocidos; y, en cuanto a la jurisprudencia de un órgano jurisdiccional encargado de interpretar y aplicar un convenio sobre derechos humanos, y solo efectos interpretativos, existe una autovinculación de la Constitución a la interpretación

la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el juzgamiento debe realizarse ante un órgano jurisdiccional que sea competente, independiente e imparcial. Este derecho, rotulado “derecho a un juez competente”, a juicio del Tribunal Constitucional, garantiza que ninguna persona pueda ser válidamente juzgada por quien no tiene la calidad de juez competente.

Finalmente, el fundamento jurídico 5, a modo de conclusión, precisa que no cabe que se dé libertad a la demandante, en tanto que solo corresponde ponerla a disposición del órgano jurisdiccional competente de la jurisdicción ordinaria, para que dé curso al proceso penal que legalmente corresponda.

Desde la perspectiva del Derecho Procesal Penal –sin duda existen ámbitos interesantes de estudio en orden al Derecho Procesal Constitucional, que por razones temáticas no es el caso comentar– merecen comentarse dos instituciones procesales respecto de las que la presente sentencia afecta de uno u otro modo. Se trata de las nulidades procesales con relación a la competencia objetiva, con especial incidencia en el Derecho probatorio y con el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley o juez legal.

El Tribunal Constitucional tiene establecido que en materia de vulneración del derecho a la libertad personal, que protege la acción de hábeas corpus (art. 200.1 de la Const.), no pueden invocarse causas de caducidad. En tanto la vulneración a ese derecho fundamental esté vigente y ella se deba a una decisión judicial, cabe revisar atentamente si, en efecto, la resolución judicial incurrió en una causal de ilegitimidad constitucional, sea por atentar: 1) contra un derecho constitucional material (libertad individual, secreto de las comunicaciones, libertad de tránsito, libertad domiciliaria, etc.); o 2) contra un derecho procesal constitucionalizado (v. gr.: motivación, presunción de inocencia, debido proceso, juez ordinario predeterminado por la ley, etc.).

Aun cuando la sentencia no lo dice expresamente, se entiende que el derecho a la libertad personal (derecho constitucional material) fue

realizada por el Tribunal, entendiéndose esta como una vinculación a un estándar mínimo susceptible de verse incrementado por la legislación o la jurisprudencia interna. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El sistema constitucional español*. Dykinson, Madrid, 1992, pp. 167-168. Otra cosa es, por cierto, la fuerza vinculante de los fallos de un órgano jurisdiccional regional, que en todo caso no puede sustentarse en esa norma constitucional.

vulnerado por una autoridad judicial al asumir el conocimiento de unos hechos que constitucionalmente no le correspondían (derecho procesal constitucionalizado), de donde todas sus decisiones, sin interesar su contenido concreto, carecen de legitimidad. Al haberse iniciado un proceso penal por un órgano materialmente incompetente y recaído en una sentencia de pena privativa de libertad, la vulneración al derecho a la libertad individual se concretó; y, como la pena privativa de libertad, por su propia naturaleza, se prolonga en el tiempo, mientras esta no cese sigue presente la vulneración y, por ende, la admisibilidad de la demanda de hábeas corpus. El Tribunal Constitucional lo ha sobreentendido y, por ello, es que, estimándola admisible, analizó el fondo de la pretensión de la actora.

El artículo 1 de la Ley N° 23506 precisa que el objeto de las acciones de garantía es reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional. Sobre esa base en el f. j. 5 se da respuesta al hecho de si la estimación de una demanda de hábeas corpus contra una resolución judicial exige la inmediata excarcelación del demandante. Dice el Tribunal Constitucional que como la decisión emanó de un órgano incompetente, la reposición importa remitir lo actuado al órgano judicial competente para que decida lo conveniente. La doctrina que se impone, por tanto, es que la reposición solo implica el reordenamiento procesal de la causa, más no la excarcelación de un demandante contra quien pesan cargos delictivos concretos que deben dilucidarse ante el órgano judicial objetivamente competente.

Cabe puntualizar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “caso Castillo Petruzzi y otros” (SCIDH, de 30/05/1999), donde precisamente estableció que la justicia castrense no es competente para conocer delitos con propósitos terroristas, consideró que la excarcelación en esos casos sometidos a la justicia regional americana es una decisión que corresponde a los tribunales nacionales⁽³⁾. A partir de dicho fallo, el Tribunal Constitucional ha establecido que la excarcelación, como con-

(3) La CIDH, en la citada sentencia, párrafo 221, precisó que el procedimiento en sede militar –por los defectos detectados: vulneración de la garantía de juez natural, jueces y fiscales sin rostro y restricción irrazonable del derecho de defensa (lo que se denomina “indefensión material”) – es inválido, por lo que corresponde al Estado llevar a cabo en un plazo razonable un nuevo enjuiciamiento que satisfaga las exigencias del debido proceso. Agregó que “la Corte no se pronuncia sobre la libertad provisional de estos –los imputados en cárcel–, porque entiende que la adopción de dicha medida precautoria corresponde al tribunal nacional competente”, esto es, a la jurisdicción penal ordinaria. Tal evaluación, como es obvio, será llevada a cabo por la jurisdicción ordinaria una vez que la causa se le traslade de conformidad con las disposiciones correspondientes y sea del caso definir la situación jurídica de los imputados.

secuencia de la estimación de un hábeas corpus por razones de incompetencia objetiva, trae como efecto la regularización del procedimiento, esto es, su remisión al orden jurisdiccional competente.

Las dos últimas constituciones y la Convención Americana de Derechos Humanos, a diferencia del artículo 25.1 de la Constitución italiana, no utilizan el vocablo “juez natural”⁽⁴⁾; en rigor de verdad, asumen el término “juez legal”. Solo exigen: 1) que la jurisdicción, como potestad estatal, esté servida por jueces que tengan un estatuto jurídico estructurado de conformidad con el artículo 146 de la Constitución; 2) que las reglas de competencia objetiva y funcional del órgano jurisdiccional se hayan establecido con anterioridad al inicio del proceso o al planteamiento procesal del litigio, esto es, que la legislación competencial sea “pro futuro”; y 3) que dichas reglas cumplan los requisitos mínimos constitucionales establecidos, que tratándose de la justicia castrense, en tanto organización judicial instituida fuera de la ordinaria y, por tanto, especial, se desarrolle dentro de sus limitadas atribuciones, las que deben interpretarse restrictivamente (el fuero atrayente, como anota Gimeno Sendra, es siempre la jurisdicción penal ordinaria)⁽⁵⁾.

De lo expuesto, cabe definir el juez legal, conforme postula Garberí Llobregat, como el derecho público, subjetivo y constitucional, de carácter fundamental y, en buena medida, de configuración legal, que asiste a todos los sujetos que han adquirido la condición de “parte” en cualesquiera “procesos jurisdiccionales”, y cuyo contenido esencial radica en preservar la vigencia y efectividad del principio de legalidad en la creación,

(4) Señala Ignacio Díez-Picazo Giménez, que ese vocablo surgió por primera vez con la Ley revolucionaria francesa de 16-24 de agosto de 1790, artículo 17; precepto, a su vez, recogido en el artículo 4 del cap. 5 del T. III de la Constitución de 1791, en la que precisamente cambió la denominación juez natural por la de juez legal, pero siempre referida 1) a la interdicción de creación de juez extraordinario o de excepción; 2) a la prohibición de instituir jueces especiales; y 3) al rechazo de la alteración de las reglas de competencia entre jueces ordinarios. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. “El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 11, N° 31, 1991, pp. 78-79.

Una discusión muy intensa entraña el problema del *dies a quo*, para determinar qué se entiende por que la ley que predetermine al juez debe ser “anterior al caso”: ¿anterior al inicio del proceso o anterior a los hechos que se enjuician? Pareciera que una solución unitaria, que comprenda todos los procesos –no solo el penal–, ya sin entrar en la discusión de si esta asignación es absoluta o relativa, inclina a optar por la primera tesis, esto es, la predeterminación como preexistencia de norma del proceso, que en lo penal está radicada en el momento del conocimiento de la noticia criminal, a partir del cual se evita toda maniobra para instituir jueces *ad hoc* o sospechosos de parcialidad. Cfr.: DÍEZ-PICAZO. Ob. cit., pp. 106-107.

(5) GIMENO SENDRA, Vicente y otros. *Derecho Procesal*. Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 104.

constitución, competencia y composición de los órganos judiciales con el fin de asegurar su plena independencia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional⁽⁶⁾. Cabe acotar que el legislador no es libre para disponer la configuración normativa de esta institución, de suerte que juez legal es siempre el juez constitucional a quien la ley fundamental atribuye la potestad jurisdiccional en ámbitos concretos –algunos de los cuales tienen una directa referencia constitucional, como es el caso de los jueces militares– y, esencialmente, un juez dotado de las garantías o estatuto jurídico que lo erija como juez independiente e imparcial.

Cabe puntualizar que, hoy por hoy, en la doctrina procesalista el vocablo “juez natural” supone un plus respecto de la predeterminación legal, puesto que va más allá del aspecto puramente formal del rango y preexistencia de la norma determinadora del juez. Esta noción asigna un cierto contenido sustancial al juez legal, imponiendo al legislador la exigencia de que el juez constitucionalmente competente es aquel más idóneo o adecuado para realizar el enjuiciamiento, que en lo penal se traduce como el juez del *locus delicti*, del lugar de comisión del delito, o sea, el juez más inmediato al lugar donde se cometieron los hechos, constitucionalizando las reglas del denominado fuero territorial previstas en el artículo 19 del CPP⁽⁷⁾. Es claro, sin embargo, que tal concepción no ha sido asumida por la Constitución ni por la Convención; no solo no se acoge el término en cuestión, sino que al determinar sus notas características, no extiende su contenido al considerarla como una norma atributiva de una competencia determinada.

En el presente caso, el problema abordado por el Tribunal Constitucional está circunscrito a los límites de la configuración legal del juez legal tratándose de la jurisdicción castrense. El juez de la constitucionalidad no discute lo que ha venido decidiendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sentido de que la justicia militar tiene un ámbito estricto de atribución competencial: hechos delictivos perpetrados por efectivos militares en cuanto impliquen la vulneración de funciones propiamente militares, de suerte que un civil –por ningún motivo– puede ser enjuiciado por tribunales castrenses. Sin duda, si se interpreta de

(6) GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Revista Cuadernos de Derecho Judicial, Jurisdicción y Competencia Penal*. Tomo VI, CGPJ, Madrid, 1996, p. 16.

(7) DE DIEGO DíEZ, Luis Alfredo. *El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*. Ed. Tecitos, Madrid, 1998, pp. 82-91. En: RUIZ RUIZ, Gregorio. *El derecho al juez ordinario en la Constitución española*. Ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 180-187.

modo absoluto estos fallos, no puede menos que concluirse que la permisión constitucional que tiene nuestra Ley Fundamental al posibilitar el enjuiciamiento en sede militar de civiles por delitos concretos, siempre limitados, sea en época de paz o de guerra exterior –opción asumida, indistintamente, por las constituciones de 1979 y 1993–, no tiene amparo en la Convención Americana de Derechos Humanos; y, desde esa misma perspectiva, numerosas constituciones y legislaciones en América (ni siquiera una decisión jurisprudencial tan vasta ha sido acogida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

Desde luego, habrá de acudirse a un criterio relativo de prohibición y, en todo caso, reconocer ciertas matizaciones sobre la base de la ponderación de intereses o valores constitucionales. Estas se sustentarían, de un lado –aunque en menor medida–, en el principio de eficacia del sistema de impartición de justicia; y, de otro lado –en mayor medida– en la ratio de la institución del juez legal. Este último requisito exigiría que la norma de asignación competencial a la justicia militar 1) no esté dirigida a vulnerar la imparcialidad judicial; y, 2) tenga un carácter general. La generalidad postulada debe estar asentada en un valor constitucional claramente presente, como sería a) la defensa del orden interno en situaciones de excepción delimitadas; y, b) la configuración de un ordenamiento judicial militar que respete las garantías de independencia e imparcialidad.

El Tribunal Constitucional, entonces, realiza una lectura concisa, sin mayores pretensiones, de las normas constitucionales. En verdad, acude a una norma de aplicación en el tiempo, postulando que al producirse los hechos procesales estaba vigente la Constitución de 1979, considerando implícitamente que la instauración de un Gobierno de excepción no tiene por efecto derogar sus normas, las que solo permitían el juzgamiento de civiles por la jurisdicción castrense en caso de guerra exterior y por delito de traición a la patria. Lo especialmente relevante en el presente caso es que, de un lado, el Tribunal Constitucional, amén de definir el concepto de guerra exterior, señala que la nación no estaba en tal situación, para lo cual cita las normas constitucionales que permiten una declaración de guerra, que no aplicó el denominado “gobierno de emergencia y reconstrucción nacional”; y, de otro lado, que el delito de traición a la patria –en los ámbitos temporales de la Constitución de 1979 y según la lógica jurídico-penal que esta impone– supone la vulneración del bien jurídico seguridad exterior del Estado, no el vinculado a la seguridad interna u orden público, lo que no vulnera el delito cuestionado, que desde luego es un delito con propósito terrorista y, de ninguna manera,

un delito que importa un atentado a la seguridad exterior de la nación y que exija un entendimiento con una potencia extranjera. Si bien la nueva Constitución permite el “traslado” de la competencia de los hechos en cuestión, no es aplicable, pues su entrada en vigor se produjo con posterioridad a ellos; la Constitución, en este caso, no puede aplicarse *ex post facto*, lo que precisamente justifica no abordar el sentido de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos antes anotado.

Un primer efecto jurídico procesal de la estimación de la demanda de hábeas corpus, en los términos de la pretensión dilucidada en la causa materia de comentario, es la nulidad del proceso seguido en sede militar. Se define la nulidad, siguiendo a Pérez-Cruz Martín, como aquella técnica procesal dirigida a la privación de los efectos producidos por actos en cuya realización se hayan cometido infracciones que el ordenamiento considere dignas de tal protección⁽⁸⁾. Los motivos de nulidad, por consiguiente, expresan la decisión del legislador –sustentada en criterios de oportunidad y proporcionalidad– de invalidar un acto procesal cuando se infringen normas de ese carácter invalidante, radicados –anota Asencio Mellado– en los efectos que la infracción produce en los principios consustanciales al proceso y a los derechos de las partes⁽⁹⁾.

La concordancia de los artículos 298.2 y 9 del Código de Procedimientos Penales incorpora como motivo de nulidad de pleno derecho cuando el juez que conoció de un asunto no era competente. Se entiende que ese motivo se refiere a la vulneración de las reglas sobre competencia objetiva y funcional, que es el caso de los delitos comunes, cuyo conocimiento –como ha declarado el Tribunal Constitucional– corresponde a la jurisdicción ordinaria⁽¹⁰⁾. Por tanto, el proceso en su integridad, por haberse tramitado ante la jurisdicción castrense, es nulo de pleno derecho, lo que implica la privación de efectos jurídicos de todos los actos procesales desarrollados en esa causa ilegítima.

(8) PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín y otro. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I, Fórum, Oviedo, 2002, p. 149.

(9) ASECIO MELLADO, José María. *Introducción al Derecho Procesal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 230.

(10) Este motivo de nulidad, como acota Francisco, RAMOS MÉNDEZ, está conectado a la falta de un presupuesto subjetivo del acto procesal, que es el relativo a defectos del órgano jurisdiccional. En el fondo –insiste dicho autor–, detrás de la infracción está la violación de la garantía constitucional del juez predeterminado por la ley. RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El sistema procesal español*. Bosch, Barcelona, 2000, p. 324.

Este efecto jurídico, sin embargo, presenta contornos singulares en materia de derecho probatorio. Ello exige reconocer dos realidades conforme a los postulados de Cernelutti. Se trata de las fuentes de prueba y de los medios de prueba; las primeras son una realidad extraprocesal, existen por sí mismas, independientes del proceso, consecuentemente, su análisis se circunscribe a su búsqueda, recolección y, en suma, a su obtención; las segundas, en cambio, constituyen una realidad intraprocesal, son actos procesales radicados en la proposición, admisión, práctica y valoración durante el proceso. La fuente de prueba, es cierto, ingresa al proceso mediante su incorporación a través de actos procesales, pero la nulidad de estos últimos no acarrea la de la fuente de prueba⁽¹¹⁾.

La validez o eficacia de una fuente de prueba está en función de que en su obtención no se hayan vulnerado derechos fundamentales, esta es una exigencia de un proceso debido y, en especial, del derecho a la presunción de inocencia. Ahora bien, en materia procesal penal las fuentes de prueba están relacionadas con la *notitia criminis* y corresponde asegurarlas a los órganos penales, señaladamente la Policía, la Fiscalía y el Juzgado de Instrucción. El cometido concreto de ese aseguramiento, como enseña Gimeno Sendra, que también puede hacerlo la Policía, y que de hecho lo hace cotidianamente como parte de su actuación de averiguación de hechos delictivos (vid.: arts. 166 de la Const. y 59 del CPP), es la custodia de las fuentes de prueba a través de lo que se denomina –en expresión recogida de Bentham– “actos de prueba preconstituidos”, y que Gimeno Sendra diferencia entre actos de prueba sumarial anticipada y actos de prueba preconstituida propiamente dicha⁽¹²⁾. No obstante ello, cabe enfatizar que la regla general es que la Policía no tiene encomendada la realización de actos de prueba, sino la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente; facultad investigadora que la habilita para asegurar el cuerpo del delito, así como la de acreditar su preexistencia mediante el levantamiento de las actas correspondientes⁽¹³⁾.

Según el artículo 60 del CPP, modificado por el Decreto Ley N° 21895, los actos de investigación policiales se vuelcan en un documento

(11) SAN MARTÍN CASTRO, César y otros. *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir - aspectos sustantivos y procesales*. Jurista Editores, Lima, 2002, p. 94.

(12) GIMENO SENDRA, Vicente y otros. *Derecho Procesal Penal*. Ed. Colex, Madrid, 1996, pp. 375.

(13) HUERTAS MARÍN, Isabel. *El sujeto pasivo en el proceso penal como objeto de prueba*. Ed. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 106-107.

denominado “atestado policial”, es su reflejo documental⁽¹⁴⁾. A efectos procesales, el atestado, sin embargo, no constituye prueba instrumental, por lo que no es posible exceptuarlo del régimen general de los actos de prueba, que exigen el cumplimiento efectivo de los principios de contradicción, publicidad, oralidad, igualdad de armas e inmediación del juez sentenciador⁽¹⁵⁾.

Por ello es que la doctrina procesalista realiza una clasificación de las diferentes actuaciones que se producen en sede policial o preprocesal, la cual se realiza en función a su propia naturaleza⁽¹⁶⁾. La clasificación es la siguiente:

1. Manifestaciones de implicados, de testigos o de la víctima; partes o datos escritos suscritos por los propios policías incorporados al atestado; identificación de sospechosos. La doctrina procesalista, en tanto constituyen actos de aportación de hechos personales, les otorga el valor de simple denuncia, configuradora de la noticia criminal (se trata del aspecto subjetivo de las actuaciones policiales). En el Perú, sin embargo, dudosamente, a partir de lo dispuesto en el artículo 72, segundo párrafo del CPP⁽¹⁷⁾, modificado por la Ley N° 24388, se les da el carácter de “prueba anticipada”, siempre que en esas diligencias intervenga el fiscal y el abogado defensor, salvo que fueran cuestionadas en sede judicial. Otro punto en este complejo tema está constituido por los denominados “documentos narrativos”, que eventualmente

(14) Señala al respecto Francisco ALONSO PÉREZ que el atestado es el documento donde se extienden las diligencias que practican los funcionarios de la Policía judicial para la averiguación y comprobación de hechos presuntamente delictivos. Agrega dicho autor que, en general, el atestado se sitúa en la fase anterior al proceso penal, que se denomina “investigación preliminar”, en que la Policía realiza las diligencias tendientes a la comprobación y averiguación de hechos aparentemente delictivos. ALONSO PÉREZ, Francisco. “El atestado policial. Innovaciones introducidas por la Ley 328/2002, de 24 de octubre”. En: *La Ley*. Año XXII, N° 5679, miércoles, 18/12/2002. Disponible en: <www.laley.net>.

(15) Expresa Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN que las diligencias policiales no son, en sentido propio, prueba de cargo, sino diligencias de investigación preparatorias del juicio oral, que es donde se practica realmente la verdadera prueba, aunque en ocasiones pueden valorarse como pruebas de cargo si concurren determinadas circunstancias y siempre que se acredite la “neutralidad del investigador”, materializada en el respeto de los derechos de los implicados y en una actuación arreglada a ley CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido. *Los procesos penales*. Tomo III, Bosch, Barcelona, 2000, p. 152.

(16) RIFA SOLER, José María y VALLS COMBAU, José Francisco. *Derecho Procesal Penal*. Iurgium, Madrid, 2000, pp. 234-235.

(17) Artículo 72.- (...) 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.

pueden tener el carácter de prueba cuando los testigos que han declarado en sede policial y sumarial judicial no asisten al acto oral o cuando en el juicio existe algún tipo de variación de su postura inicial⁽¹⁸⁾.

2. Informes o dictámenes elaborados por el Laboratorio de Criminalística o el Instituto de Medicina Legal. El carácter será de informes periciales, sujetos a las reglas de procedimiento y valoración correspondientes.
3. Diligencias objetivas e irreproducibles en juicio (v. gr.: croquis, fotografías, incautación de bienes delictivos o del cuerpo del delito, inspección ocular, detención, allanamiento, etc.). Es el denominado aspecto objetivo de las actuaciones policiales, y para que tengan el carácter de pruebas preconstituidas se requiere:
 - a. Que la intervención policial venga motivada por razones de urgencia y necesidad, esto es, que en esas circunstancias resulte ineludible para asegurar la evidencia, pues de otro modo se perdería irremediablemente. En este ámbito se requiere que la intervención policial ocurra en los denominados delitos flagrantes o cuasiflagrantes y, en general, cuando se lleva a cabo inmediatamente de producido el hecho delictivo.
 - b. Que la actuación sea irrepetible, de imposible reproducción en el proceso, esto es, que concurren motivos especialmente graves que impidan la actuación de dicha diligencia en sede judicial, motivos que sean sobrevenidos o ya conocidos pero irremediables dada la urgencia de la situación presentada. Paz Rubio precisa que se trata de un requisito material que debe versar sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio⁽¹⁹⁾.
 - c. Que el acto de investigación se haya realizado observando las garantías necesarias, lo que importa que se trate de actuaciones no prohibidas por la ley, que en su ejecución no

(18) MORENO CATENA, Víctor. *El proceso penal*. Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 842-843.

(19) PAZ RUBIO. *La prueba en el proceso penal*. Colex. Madrid, 1999, p. 53.

se vulneren derechos y que objetivamente, si es materialmente posible o factible, se garantice la contradicción.

- d. Que el acta reproduzca fiel y objetivamente la realidad externa. La actuación debe estar referida a hechos externos u objetivos, ajenos a cualquier idea de subjetividad o de valoración policial. La percepción inmediata del agente policial debe reflejarse objetivamente en el acta, excluyendo toda narración ajena a esa objetividad⁽²⁰⁾.
- e. Que, como requisito formal, se obtenga la declaración en juicio –para garantizar el contradictorio y la inmediación– del agente policial que intervino en ella⁽²¹⁾. Acota sobre el particular Vegas Torres que los actos policiales de constatación solo pueden entrar en el proceso mediante actos propiamente procesales no mediante su lectura como si fueran prueba documental, de suerte que siendo actos irrepetibles que no pueden reproducirse en presencia judicial, deben incorporarse mediante la declaración de los agentes policiales que los realizaron, en virtud de las cuales ratifican, a presencia judicial, sus percepciones sobre estados de cosas coetáneos o inmediatamente posteriores a la comisión del delito documentadas en el atestado⁽²²⁾.

En tal virtud, en materia de Derecho probatorio, las actuaciones de prueba –en puridad, los medios de prueba– realizadas en un proceso nulo

(20) CLIMENT DURÁN, Carlos. *La prueba penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 779.

(21) ORTELLS RAMOS, Manuel y otros. *Derecho jurisdiccional*. Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 276. Es de agregar, siguiendo a Manuel Miranda Estrampes que 1) no debería considerarse suficiente con la presencia en el acto del juicio oral de cualquier miembro de la Policía judicial, sino únicamente del funcionario policial que intervino personalmente en la diligencia documentada del atestado (el que practicó la detención o la incautación); y 2) como se trata de una diligencia extraprocesal, no cabe una ratificación formal o ritual de la acta, así como que la lectura de la misma es únicamente un complemento de la testifical del policía que intervino en el acto de constatación. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 481-482.

(22) VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. La Ley, Madrid, 1993, p. 372. En esa misma línea, por ejemplo, la STC español N° 217/1989 ha precisado que: “El atestado, con independencia de su consideración material de documento, no tiene, como regla general, el carácter de prueba documental, pues incluso en aquellos supuestos en que los Agentes Policiales que intervinieron en al atestado presten declaración en el juicio oral sus manifestaciones tienen la consideración de prueba testifical”. Apunta, finalmente, José Antonio, Tome García que resulta indispensable, pese a la no unanimidad de la jurisprudencia, la comparecencia en juicio de los agentes policiales para que se ratifiquen respecto de las diligencias objetivas en que hayan intervenido. TOME GARCÍA, José Antonio. *Derecho Procesal Penal*. Ceura, Madrid, 2002, p. 460.

carecen de toda virtualidad o eficacia jurídica. No pueden servir para sostener un fallo judicial en el nuevo proceso penal en sede ordinaria. Me refiero, claro está, a los medios de prueba.

Por otro lado, la ausencia de valor probatorio es consustancial en sí misma al atestado policial, que, antes que medio de prueba, es objeto de prueba⁽²³⁾, en tanto que no se cumplen los presupuestos constitucionales de su admisión: intervención judicial, actuación contradictoria, igualdad de armas y en acto público⁽²⁴⁾. Sin embargo, cuando se trata de diligencias policiales objetivas e irreproducibles, referidas al aseguramiento de las fuentes de prueba, pueden tener carácter de prueba sumarial preconstituida, siempre y cuando cumplan los cinco requisitos mencionados en el párrafo anterior⁽²⁵⁾. A ellas no se extiende la nulidad del proceso en sede militar.

- (23) Faustino, Córdón Moreno aun cuando al final matice su apreciación inicial, llega a decir que, en efecto, “[e]l atestado policial que, no obstante ser un elemento importante tanto en la fase sumarial como en la interpretación y articulación lógica de las pruebas practicadas en el juicio oral, solo tiene el valor de denuncia”. CORDÓN MORENO, Faustino. *Las garantías constitucionales del proceso penal*. Aranzadi, Navarra, 1999, p. 159. Este “valor de denuncia” –y, por ende, base de la que parte el procedimiento– se explica, al decir de QUERALT Joan Josep, por ser precisamente un documento anterior ala actuación judicial que informa al juez y/o al fiscal de la posible comisión de un hecho que parece revestir los caracteres de hecho punible; por otro lado, tal consideración no impide que el atestado pueda y deba ser objeto de debate en el juicio oral, tanto en sus aspectos de recopilación de manifestaciones, como de otros aspectos técnicos como partes médicos, croquis o fotografías. QUERALT, Joan Josep. *Introducción a la Policía Judicial*. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 277-279.
- (24) Señala, sobre el particular, Víctor Moreno Catena, que el atestado no tiene, por lo general, valor probatorio como documento, sino que legalmente ostenta el valor de mero acto de transmisión de la *notitia criminis* y de la investigación realizada, aunque se reconocen los distintos contenidos posibles del mismo que merecen por tanto una consideración diversa. MORENO CATENA, Víctor. Ob. cit., pp. 840.
- (25) Juan Burgos Ladrón De Guevara, sostiene al respecto: “Solamente estas diligencias objetivas y no reproducibles configuran una suficiente y razonable actividad probatoria de cargo o inculpativa apta para enervar la presunción de inocencia. La eficacia del atestado policial viene dada a efectos probatorios en cuanto concierne al campo material u objetivo, como pueden ser los casos de ocupación de drogas, fuga del acusado, persecución del delincuente, aprehensión de objetos sustraídos”. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan. *El valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal español*. Civitas, Madrid, 1992, p. 156.

La reforma de la justicia militar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el contenido material del delito de función⁽¹⁾

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.

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

(1) Este artículo fue elaborado con la ayuda del doctor Fidel Mendoza Llamapponcca.

Humanos, recogiendo su doctrina jurisprudencial sobre asuntos de justicia militar policial, tanto a nivel de la jurisdicción ordinaria como por el propio Tribunal Constitucional⁽²⁾.

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 es 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. Asimismo, 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”⁽³⁾.

La citada ley repite diversas cuestiones que ya han sido declaradas inconstitucionales por el TC⁽⁴⁾, 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

(2) En adelante, TC.

(3) STC Exp. N° 01605-2006-PHC/TC, del 11 de enero de 2008.

(4) En sus sentencias recaídas sobre las causas SSTC Exps. N°s 4-2006-AI/TC, 6-2006-AI/TC y 12-2006-AI/TC, y con antelación las causas SSTC Exps. N°s 17-2003-AI/TC y 23-2003-AI/TC.

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 Decreto Legislativo 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 precedente vinculante por la Corte Suprema de Justicia⁽⁵⁾, 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 DECRETO LEGISLATIVO N° 961 Y LA LEY N° 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

(5) Resolución de Competencia N° 18-2004, del 17 de diciembre de 2004, ff. jj. 3, 5, 6 y 7.

su artículo 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⁽⁶⁾. 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⁽⁷⁾, a cargo de una misión francesa presidida por el coronel Pablo Clement.

Posteriormente, fueron promulgados el Código de Justicia Militar de 1939 (Ley N° 8991, del 16 de octubre de 1939, durante el gobierno del Gral. Oscar 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)

(6) 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*. Director Hurtado Pozo y Doig Díaz. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2002, p. 105.

(7) 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*. Director Hurtado Pozo y Doig Díaz. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2002, p. 43.

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 Bermúdez. Finalmente, mediante D.L. N° 26677 (del 7 de octubre de 1996), se estableció un procedimiento sumario de juzgamiento que modificó el cuerpo normativo del CJMO⁽⁸⁾).

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, 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 de 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⁽⁹⁾; g) la falta de cumplimiento del principio de independencia y objetividad del Ministerio Público⁽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

- (8) ETO CRUZ, Gerardo. "La jurisdicción militar en el Perú". En: *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica, Libro Homenaje a Domingo García Belaunde*. Cordinador es Germán Bidart Campos y José Palomino Manchego. Grijley, Lima, 1997, p. 359. Asimismo, DONAYRE MONTESINOS, Christian. *Tribunales Militares y Constitución en el Perú. Apuntes sobre una reforma pendiente*. Jurista, Lima, 2006, pp. 68-69. Sobre la evolución legislativa de la justicia militar en el Perú, PEREIRA CHUMBE, Roberto Carlos. Ob. cit., p. 358 y ss.
- (9) ASENSIO 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*. Director Hurtado Pozo y Doig Díaz. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2002, p. 691.
- (10) 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, pp. 9-10. Disponible también en: <http://www.unifr.ch/ddpl/derechopenal/temas/t_20080528_40.pdf>.

Expedientes N° 17-2003-AI/TC (del 16/03/2004) y 23-2003-AI/TC (del 09/06/2004), 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 Decreto Legislativo N° 961, denominado CJMP.

III. LA REFORMA POSTULADA POR EL DECRETO LEGISLATIVO 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⁽¹¹⁾ 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⁽¹²⁾, 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 Decreto Legislativo N° 961, el 11 de enero del mismo año.

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 Decreto Legislativo 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

(11) STC Exp. N° 23-2003-AI/TC, resolución aclarativa del 4 de noviembre de 2004.

(12) LOVATÓN PALACIOS, David. *Tribunal Constitucional y reforma de la justicia militar*. Palestra Editores, Lima, 2007, pp. 52-53; DONAYRE MONTESINOS, Christian. Ob. cit., p. 761.

del legislador en materia penal militar⁽¹³⁾. 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 STC Exp. N° 4-2006-PI/TC (del 29/03/2006), 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°s 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 del Ministerio Público, por cuanto sus labores dependerían en concreto del Poder Ejecutivo y no del Poder Judicial⁽¹⁴⁾. 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⁽¹⁵⁾.

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 STC Exp. N° 6-2006-PI/TC (del 13/06/2006). Siguiendo el tenor de lo resuelto en la STC Exp. N° 4-2006-PI/TC, 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 Decreto Legislativo N° 961, llamado CJMP. En la STC Exp. N° 12-2006-AI/TC (del 15/12/2006), se declaró fundada

(13) PEREIRA CHUMBE, Roberto Carlos. Ob. cit., pp. 401-402.

(14) DOIG DÍAZ, Yolanda. Ob. cit., p. 32.

(15) DONAYRE MONTESINOS, Christian. Ob. cit., p. 791.

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 SSTC Exps. N°s 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. Asimismo, 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 Fiscalía fuera del Ministerio Público vulnera la autonomía de esta, consagrada en el artículo 158 de la Constitución⁽¹⁶⁾.

Los aspectos medulares de la sentencia de inconstitucionalidad referida a la Ley N° 28665, precisamente, se dirigieron a declarar la plena

(16) Entre otros aspectos fundamentales, se declaró también inconstitucional el artículo 9 inciso 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 inadmisibles que sea la justicia militar la que 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 artículo 139, inciso 2, de la Constitución”. Cfr. STC Exp. N° 4-2006-PI/TC, del 29 de marzo de 2006, ff. jj. 45-46.

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⁽¹⁷⁾.

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

3.1. 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⁽¹⁸⁾. Así, conforme establece la Constitución Política en sus artículos 138 y 139 inciso 1, la unidad de la jurisdicción es un principio de la función jurisdiccional según el cual el Poder Judicial es el poder estatal constitucionalmente legitimado para administrar justicia, a través de sus órganos jerárquicos y diferenciados⁽¹⁹⁾. Por ello, al ser la jurisdicción una potestad emanada de la soberanía popular, esta es única⁽²⁰⁾. 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⁽²¹⁾.

En la STC 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 esta, la plena justiciabilidad de todas las situaciones jurídicamente relevantes han

(17) SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 117; DOIG DÍAZ, Yolanda. Ob. cit., p. 54. 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*. Volumen I, Adrus, Arequipa, 2008, p. 506; LOVATÓN PALACIOS, David. Ob. cit., pp. 86-87.

(18) MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y otros. *Derecho jurisdiccional. Parte General*. 10ª edición, Volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 80-81.

(19) 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, Normas Legales, Trujillo, 1997, p. 122.

(20) GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. “Garantías constitucionales en el enjuiciamiento criminal peruano”. En: *Anuario de Derecho Penal 2004. La reforma del proceso penal peruano*. Director Hurtado Pozo y San Martín Castro. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2004, p. 117.

(21) ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*. Volumen II, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2000, p. 245.

de estar confiadas a un único cuerpo de jueces y magistrados, organizados por instancias, e independientes entre sí, denominado Poder Judicial”⁽²²⁾.

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: “[E]stas 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”⁽²³⁾. En efecto, la justicia militar no constituye, pues, una excepción al principio constitucional de unidad jurisdiccional, sino antes bien una especialidad de esta. Por tanto, le es absolutamente vinculante el pleno respeto a los principios jurisdiccionales de unidad, exclusividad e independencia.

Sobre esta base, el TC⁽²⁴⁾ ha declarado la incompatibilidad del artículo 8 de la Ley N° 28665⁽²⁵⁾ 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 someterse no solo 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”⁽²⁶⁾. Dicho criterio ha sido declarado inconstitucional en el sentido que: “[S]e vulnera el principio de unidad de

(22) STC Exp. N° 17-2003-AI/TC, del 16 de marzo de 2004, f. j. 113.

(23) DOIG DÍAZ, Yolanda. Ob. cit., p. 54. De acuerdo con nuestra comprensión, DONAYRE MONTESINOS, Christian. Ob. cit., p. 506.

(24) Mediante STC Exp. N° 4-2006-PI/TC.

(25) Artículo 8 de la Ley N° 28665: “La Corte Suprema de Justicia de la República cuenta con una Sala Suprema Militar Policial, sujeta a 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”.

(26) Ibídem, p. 502-503.

la función jurisdiccional cuando se crea un estatuto jurídico especial (Ley N° 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”⁽²⁷⁾.

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, 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, aun al margen de la Constitución y de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Asimismo, por idénticas razones se declaró inconstitucional la 45ª disposición modificatoria y derogatoria de la Ley N° 28665, en cuanto comportaba la modificación del artículo 300 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 como 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 esta conoce los delitos de la función militar.

(27) STC Exp. N° 4-2006-PI/TC, f. j. 35.

3.2. 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”⁽²⁸⁾. 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⁽²⁹⁾. 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⁽³⁰⁾ o excepcional.

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 artículo 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⁽³¹⁾.

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

(28) MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y otros. Ob. cit., pp. 95-97.

(29) GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. Ob. cit., p. 118.

(30) En su vertiente positiva, la exclusividad jurisdiccional se traduce en que la resolución jurídica de los conflictos es una potestad que solo puede ser ejercida por la judicatura, mas no por órganos pertenecientes o adscritos al Poder Legislativo o Poder Ejecutivo. Al respecto, señala Yolanda Doig: “[E]n 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, Yolanda. Ob. cit., p. 55.

(31) Ídem.

ante el órgano jurisdiccional como que pueda atribuirse la potestad jurisdiccional a órganos de excepción⁽³²⁾. En su vertiente negativa, se establece que la función jurisdiccional es incompatible con cualquier otra actividad pública o privada⁽³³⁾.

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 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’”⁽³⁴⁾.

Por tanto, el principio de exclusividad jurisdiccional, concretamente en su vertiente negativa, proscribía que los magistrados castrenses sean militares o policías en situación de actividad⁽³⁵⁾. Dicha situación es, por consiguiente, incompatible con lo establecido en diversas disposiciones de la

(32) Artículo 139 incisos 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”.

(33) Artículo 146.- “La función jurisdiccional es incompatible con cualquiera otra actividad pública o privada, con excepción de la docencia universitaria”.

(34) STC Exp. N° 4-2006-PI/TC, f. j. 15.

(35) 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 artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, señalando en su fundamento jurídico 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”.

Ley N° 28665, como los artículos 160 inciso 1⁽³⁶⁾, 24 inciso 2⁽³⁷⁾ y 310⁽³⁸⁾, razón por la que el TC declaró su inconstitucionalidad en el Pleno Jurisdiccional N° 4-2006-PI/TC (del 29/03/2006). 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⁽³⁹⁾.

3.3. La independencia judicial

Este principio se encuentra recogido en el artículo 139 inciso 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⁽⁴⁰⁾. Asimismo, 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)⁽⁴¹⁾.

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

(36) Artículo 16 inciso 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”.

(37) Artículo 24 inciso 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”.

(38) Artículo 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”.

(39) De acuerdo, DOIG DÍAZ, Yolanda. Ob. cit., p. 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 vertientes de dicha garantía. Dicho criterio ya ha sido descrito por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Palamara Iribarne vs. Chile.

(40) PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Estudios sobre la independencia judicial y el proceso penal*. Grijley, Lima, 2005, p. 24.

(41) REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. *La jurisdicción e independencia judicial*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 164.

Judicial o de otros poderes del Estado⁽⁴²⁾. Estas garantías son –entre otras– la inamovilidad del cargo judicial y el derecho a no ser suspendido, trasladado ni jubilado sino por razón legal previamente establecida y previo procedimiento administrativo con todas las garantías⁽⁴³⁾.

El TC, recogiendo los aportes doctrinales en este sentido, ha puesto énfasis en las dimensiones 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 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 esta. 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⁽⁴⁴⁾.

Sin embargo, conforme dispuso el artículo 10⁽⁴⁵⁾ de la Ley N° 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 artículo 12 in-

(42) DOIG DÍAZ, Yolanda. Ob. cit., p. 561.

(43) GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. Ob. cit., p. 118.

(44) MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y otros. Ob. cit., p. 115.

(45) Artículo 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”.

ciso 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 solo con los miembros provenientes de un organismo como el denominado Cuerpo Judicial 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”⁽⁴⁶⁾.

Asimismo, fue declarada inconstitucional la decimocuarta 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”⁽⁴⁷⁾.

3.4. 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

(46) STC Exp. N° 4-2006-PI/TC, f. j. 40.

(47) STC Exp. N° 6-2006-AI/TC, del 13 de junio de 2006, f. j. 17-E.

un papel *supra partes*. Siguiendo a Picó I Junoy⁽⁴⁸⁾, es de afirmar que la imparcialidad tiene un doble componente: una vertiente subjetiva, que se refiere a la convicción personal del magistrado respecto al 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 respecto al objeto mismo del proceso⁽⁴⁹⁾, así como de su relación orgánica y funcional con el mismo⁽⁵⁰⁾.

En el desarrollo de la garantía de imparcialidad, el TC de manera reiterada y consecuente sostiene⁽⁵¹⁾ 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⁽⁵²⁾.

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”⁽⁵³⁾.

(48) PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 133.

(49) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, 2ª edición, Grijley, Lima, 2003, pp. 94-95.

(50) DOIG DÍAZ, Yolanda. Ob. cit., p. 58.

(51) LOVATÓN PALACIOS, David. Ob. cit., p. 118.

(52) STC Exp. N° 23-2003-AI/TC, f. j. 17-E.

(53) STC Exp. N° 6-2006-AI/TC, f. j. 16.

4. La declaratoria parcial de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 961 (CJMP)

La demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima contra el Decreto Legislativo. N° 961 (CJMP) tuvo acogida constitucional a través de la STC Exp. N° 12-2006-A1/ TC (del 15/12/2006). En ella se declaró la inconstitucionalidad de varios de los tipos legales previstos en la Parte Especial del citado Código⁽⁵⁴⁾, 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:

4.1. Rebelión, sedición y derrotismo

El Colegio de Abogados⁽⁵⁵⁾ cuestionó el carácter constitucional de los diversos artículos del Capítulo H (Delitos contra la seguridad interna) del Título I (Delitos contra la defensa nacional) de la Parte Especial del CJMP, por estimar que dichos 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 artículo 346 y 350 del Código Penal”.

(54) Se declaró la inconstitucionalidad de varios tipos legales de la Parte Especial del CJMP (Decreto Legislativo N° 961); siendo estos los artículos 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 artículo 75 que establece “y que atenten contra la integridad, independencia y poder unitario del Estado”, el extremo del artículo 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 artículo 121 que establece: “causándole lesiones leves”, el extremo del inciso 1 del artículo 121 que establece: “o si se causa lesiones graves al superior”, el extremo del inciso 2 del artículo 121 que establece: “o si se causa la muerte del superior”, el extremo del artículo 123 que establece: “coaccione, injurie o difame, de palabra, por escrito o con publicidad a un superior” y el extremo del inciso 2 del artículo 130 que establece: “o causa la muerte”.

(55) STC Exp. N° 12-2006-AI/TC, del 15 de diciembre de 2006, ff. jj. 50-61.

Frente a dicho extremo de la demanda, el TC centró su atención en el artículo 68 (delito de rebelión de personal militar policial), que en su inciso 1 establece que “comete delito de rebelión el personal militar policial, que en 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 del 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 artículo 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 artículos 68, incisos 2, 3 y 4; 70 (delito de sedición), incisos 1 y 4; y en un extremo del artículo 750⁽⁵⁶⁾ (delito de derrotismo) del CJMP, el TC los declaró inconstitucionales, por su manifiesta contravención del artículo 173 de la Constitución Política.

4.2. 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 respecto alegó que dichos 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 solo depende la vigencia de esas reglas mínimas que impone el Derecho Internacional Humanitario”⁽⁵⁷⁾.

Como ha quedado establecido en los Convenios de Ginebra, Convenio I (relativo al alivio de la suerte que corren los heridos y los enfermos

(56) Que establece: “y que atenten contra la integridad, independencia y poder unitario del estado”.

(57) STC Exp. N° 12-2006-AI/TC, ff. jj. 82-86.

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 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⁽⁵⁸⁾, 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 artículo 90, inciso 1 de 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 importantes, sin embargo, no es propio del ámbito estrictamente castrense. Por tanto, el artículo 90 no es comprendido por el artículo 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 la Policía Nacional, tales como la integridad física y psíquica, la libertad sexual, la libertad de tránsito, el patrimonio, etc., el TC declaró inconstitucionales los artículos 90, inciso 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

(58) *Ibidem*, f. j. 72.

(delito de saqueo, destrucción, apropiación y confiscación de bienes); 98 (delito de abolición de derechos y acciones); 99 (delito contra operaciones humanitarias); 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.

4.3. 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 artículos 121, 122, 130, 132, 365 y 366 del Código Penal”⁽⁵⁹⁾.

Entre otros aspectos, aquí el TC analizó el artículo 121 CJMP, según el cual “el militar o policía que agrede 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 Const.). Asimismo, 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 artículo 121 del CJMP.

Respecto a lo previsto en el artículo 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 el marco de las funciones militares policiales)

(59) *Ibídem*, ff. jj. 76-81.

únicamente en la afectación del “honor” o “libertad personal” de un ciudadano, el mismo que se distingue solo 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 a Policía Nacional y que, por tanto, su protección ya se encuentra asegurada por el Código Penal. En consecuencia, declaró la inconstitucionalidad de dicho artículo.

4.4. Delitos contra la administración militar policial

Asimismo, el Tribunal cuestionó la constitucionalidad del artículo 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 (...)”⁽⁶⁰⁾.

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 artículo 173 de la Constitución. No se trata 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”.

4.5. Delitos de excesos en la facultad de mando

En igual sentido, el Colegio de Abogados logró la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 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”.

Igualmente, del artículo 140 (delito culposo de afectación en el ejercicio de grado, jerarquía o mando), conforme al cual “el militar o policía,

(60) *Ibidem*, ff. jj. 82-86.

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 artículo 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⁽⁶¹⁾, 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, 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.

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

Aquí⁽⁶²⁾ 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 artículo 142 (delito de afectación de los bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno) del CJMP, el que 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, solo 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, combustibles, carburantes, vehículos, naves, aeronaves y material de guerra destinado a ope-

(61) *Ibidem*, ff. jj. 87-91.

(62) *Ibidem*, ff. jj. 92-96.

raciones 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 artículos 143 (delito de facilitamiento culposo de apropiación de patrimonio de las Fuerzas Armadas) y 144 (delito de avería o deterioro culposo en obras y arsenales) del CJMP.

4.7. Delitos de certificación falsa y destrucción de documento militar policial

Así también el Colegio de Abogados postuló⁽⁶³⁾ la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 147 (delito de certificación falsa) del CJMP. Según esta disposición, “[e]l 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 la 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 declarado inconstitucional, conjuntamente

(63) Ibídem, ff. jj. 97-101.

con el artículo 149 del mismo Código, ya que en estricto no se trataba de delitos de función y era contrario a lo dispuesto en el artículo 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 artículo 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⁽⁶⁴⁾.

Ahora bien, en la determinación del contenido del delito de función, la doctrina y la 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.

(64) DOIG DÍAZ, Yolanda. Ob. cit., p. 29.

1. Cuestionamientos al criterio de *rationae personae*

Conforme este criterio, denominado también criterio del “fuero personal”⁽⁶⁵⁾, la sola condición de militar o policía que tiene el agente o la víctima del delito constituye delito de función. En su versión más extrema, esto se presentaría aun al margen de la relevancia del bien jurídico afectado, del sujeto pasivo del delito o de las diversas formas de comisión del injusto⁽⁶⁶⁾.

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 estos a los bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional”⁽⁶⁷⁾. 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⁽⁶⁸⁾.

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

(65) AZABACHE CARACCILO, César. “De nuevo sobre la justicia militar”. En: *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios. Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales*. N° 11 Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995, p. 156.

(66) 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, pp. 37-38. Disponible también en: <http://justiciaviva.org.pe/justicia_militar/archivos/informe_66.pdf>.

(67) STC Exp. N° 0017-2003-AI/TC, f. j. 129.

(68) 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. 20. Disponible también en: <http://www.unifr.ch/ddpl/derechopenal/temas/t_20080528_40.pdf>.

policial⁽⁶⁹⁾. Como ha sido evidenciado por el TC: “Los civiles no pueden ser sometidos al fuero militar, así estos hayan cometido los delitos de traición a la patria o terrorismo”⁽⁷⁰⁾.

2. Del criterio de *rationae loci*

De acuerdo con este criterio, llamado también criterio del “lugar de comisión del delito”⁽⁷¹⁾, 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⁽⁷²⁾. Un ejemplo de la aceptación de este criterio es el artículo 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”⁽⁷³⁾.

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”⁽⁷⁴⁾. 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’”⁽⁷⁵⁾.

(69) PEREIRA CHUMBE, Roberto Carlos. Ob. cit., p. 405.

(70) STC Exp. N° 17-2003-AI/TC, f. j. 130, citando la STC Exp. N° 0010-2001-AI/TC, del 3 de enero de 2003, f. j. 40.

(71) 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*. Ob. cit., p. 47.

(72) 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*. Director Hurtado Pozo y Doing Díaz. Fondo Editorial de la PUCP, 2002, Lima, pp. 278-279.

(73) 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 7 de junio de 1985.

(74) Competencia N° 17-1997 del 12 de diciembre de 1997.

(75) STC Exp. N° 17-2003-AI/TC, f. j. 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 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”⁽⁷⁶⁾ 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 solo 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 aquel 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 de robo y homicidio– planteó los serios inconvenientes de dicho criterio, al sostener que: “Los delitos que según el Código de Justicia Militar solo

(76) Competencia N° 05-1985, del 10 de abril de 1985.

pueden ser cometidos por militares son, casi totalmente, delitos previstos en el Código Penal común”⁽⁷⁷⁾.

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⁽⁷⁸⁾ y otros, y la doctrina establecida por el TC, mediante resolución que resolvió la Competencia N° 18-2004⁽⁷⁹⁾, 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⁽⁸⁰⁾. El criterio material, en su condición de desarrollo constitucional de lo establecido en el artículo 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⁽⁸¹⁾.

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 puede ser cometido por agentes militares o policiales en situación de actividad; y, tercero –respecto a las circunstancias externas del

(77) HURTADO POZO, José. “¿Es necesario el Código Penal Militar?”. En: *Ideele, Revista del Instituto de Defensa Legal*. N° 150, Lima, 2002, p. 391.

(78) Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída sobre el caso “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”.

(79) Fundamentos jurídicos 3, 5, 6 y 7 de la resolución de Competencia N° 18-2004, del 17 de diciembre de 2004.

(80) En detalle, SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., pp. 164-168.

(81) 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*. Director Hurtado Pozo y Doig Díaz. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2002, p. 199.

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.

5.1. 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⁽⁸²⁾, “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)⁽⁸³⁾.

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 y policiales⁽⁸⁴⁾, vale decir, velar por la defensa del Estado, de la se-

(82) STC Exp. N° 17-2003-AI/TC, f. j. 134-A.

(83) LOVATÓN PALACIOS, David. Ob. cit., p. 169.

(84) 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*. Director Hurtado Pozo y Doig Díaz. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2002, p. 179.

guridad 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⁽⁸⁵⁾; objeto de protección que reviste suficiente importancia a fin de obtener un merecimiento y necesidad de tutela penal⁽⁸⁶⁾. 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 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⁽⁸⁷⁾. En tal sentido, cuando el artículo 46-A del 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 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

(85) LOVATÓN PALACIOS, David. Ob. cit., p. 156.

(86) Los criterios político-criminales de merecimiento y necesidad de tutela penal no son sino un 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 artículo 2000 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, Roberto Carlos. Ob. cit., 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, Carlos. *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 66. En idéntico sentido, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Colex, Madrid, 1990, p. 120; ASENSIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 139; GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. Grijley, Lima, 2008, pp. 135-136; CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios de Derecho Penal. Parte General*. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 284.

(87) STC Exp. N° 12-2006-AI/TC, f. j. 38.

función cometidos por estos, sino a delitos comunes que cometieron en su condición de oficiales, caso contrario, se aplicaría el CJM.

5.2. 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 de que un delito de función no será tal si no se encuentra previamente establecido, de manera clara y precisa⁽⁸⁸⁾, en el CJMP. Al respecto, el TC sostiene⁽⁸⁹⁾:

“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 lo 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⁽⁹⁰⁾ 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)”.

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

(88) CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 98; GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., p. 103.

(89) STC Exp. N° 17-2003-AI/TC, f. j. 134-A.

(90) Ídem.

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.

5.3. Sobre el círculo de autores

Conforme ha sido establecido en el precedente vinculante citado⁽⁹¹⁾, 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⁽⁹²⁾, 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 descritos 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

(91) Competencia N° 18-2004, del 12 de diciembre de 1997, f. j. 6.

(92) 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; véase SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*. Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 105. También, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. “Los delitos consistentes en la infracción de un deber”. En: *La dogmática penal frente a la criminalidad en la Administración Pública*. Grijley, Lima, 2001, p. 49. De acuerdo con la configuración del delito de función militar-policial como delito de infracción de deber, VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “El delito de función militar”. En: *Gaceta del Tribunal Constitucional*. Lima, p. 6. Disponible en: <http://gaceta.tc.gob.pe/img_upload/18abfa4cb269c78ca321c53e573f1346/Felipe_Villavicencio.pdf>.

Sobre el contenido de esta categoría jurídica y su desarrollo, cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Grijley, Lima, 2008, p. 311; 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*. Ara Editores, 2006, Lima, p. 369.

la primera) no lograron comprender esta exigencia material del delito de función, inclinándose por el juzgamiento de civiles⁽⁹³⁾. Ello tuvo su punto de partida en una incorrecta interpretación de lo dispuesto por el artículo 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⁽⁹⁴⁾ (en el caso Marcelino Tineo Silva y otros), a través de una correcta interpretación del citado dispositivo constitucional:

“Una interpretación literal del artículo 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 solo 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 cometidos 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.

5.4. 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

(93) BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. “El juzgamiento de civiles por los tribunales militares: transgresión 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. 168.

(94) STC Exp. N° 10-2002-AI/TC, del 3 de enero de 2003, f. j. 104.

disponibilidad funcional respecto del instituto armado o policial al que se encuentren adscritos.

Sobre la primera situación, la CIDH, en el caso Cesti Hurtado⁽⁹⁵⁾, tuvo ocasión de pronunciarse sobre la incompetencia del tribunal militar que juzgó al excapitán 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⁽⁹⁶⁾. Debe, al respecto, tenerse en cuenta que –conforme el artículo 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⁽⁹⁷⁾.

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-procesado con posterioridad a su pase al retiro. Aquí el TC, en el caso Carreño Castillo⁽⁹⁸⁾, 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-procesado, pero que sí lo estuvo al momento de la comisión del delito.

(95) Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída sobre el caso Cesti Hurtado, ff. jj. 151 y 194.

(96) En el mismo sentido se pronuncia la STC N° 017-2003-AI/TC, f. j. 134-B.

(97) DONAYRE MONTESINOS, Christian. Ob. cit., pp. 147-148.

(98) STC Exp. N° 3194-2004-HC/TC, del 28 de diciembre de 2004, f. j. 22.

De otro lado, sobre la problemática de los militares en situación de disponibilidad, el TC, en el caso Villalba Zapata⁽⁹⁹⁾, sostuvo que “bien 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”⁽¹⁰⁰⁾; 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.

5.5. 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⁽¹⁰¹⁾. Así, el TC⁽¹⁰²⁾ y la Corte Suprema de Justicia⁽¹⁰³⁾ 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 protegido por las instituciones castrenses o policiales, debe haber sido cometido en acto del servicio; es decir, con ocasión de él”.

(99) STC Exp. N° 0585-96-HC/TC, del 19 de junio de 1998, f. j. 3.C.

(100) Dicha expansión de la justicia militar a los militares en situación de disponibilidad encontraría mejor criterio en la STC N° 3194-2004-HC/TC, f. j. 19, por la cual el TC resuelve no incluir como sujeto activo de un delito de función al militar en situación de disponibilidad, señalando: “[L]ógicamente no se debe incluir a los militares en situación de disponibilidad (...) no deberían estar incurso (en estos delitos) los que están en estado de disponibilidad”. Dicho criterio fue reconocido por el legislador de la Ley N° 28665, en el artículo V de su Título Preliminar.

(101) MEINI MÉNDEZ, Iván. Ob. cit., p. 2001.

(102) STC Exp. N° 17-2003-AI/TC, f. j. 134-C.

(103) Competencia N° 18-2004, del 12 de diciembre de 1997, f. j. 7.

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⁽¹⁰⁴⁾, así como la doctrina establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁽¹⁰⁵⁾. Así, sostiene que el delito de función “es una infracción a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia de la 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’”⁽¹⁰⁶⁾.

Por tanto, solo 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 artículo 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⁽¹⁰⁷⁾.

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

Luego de haber sido declarada inconstitucional la reforma legislativa intentada mediante el Decreto Legislativo N° 961 y la Ley N° 28665,

(104) STC Exp. N° 17-2003-AI/TC, f. j. 134.

(105) 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. Asimismo, en las sentencias recaídas sobre el caso “Cantoral Benavides vs. Perú” y sobre el caso Castillo Petrucci vs. Perú.

(106) Así también, STC Exp. N° 2284-2007-HC/TC, f. j. 8 y STC Exp. N° 12-2006-AI/TC, f. j. 38.

(107) ALVITES ALVITES, Elena Cecilia. Ob. cit., p. 276.

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 N° 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 N° 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 STC 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)⁽¹⁰⁸⁾, la cual tuvo por objeto derogar la Ley N° 28665.

La Ley N° 29182 establece en su artículo 9 que el “Tribunal Supremo Militar Policial está conformado por diez vocales supremos, procedentes del Cuerpo Jurídico Militar Policial (...) en situación de actividad”. Asimismo, en su artículo 100 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 artículos 130, 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 solo se aparta, en el sentido indicado, de la doctrina jurisprudencial del Tribunal, sino que viola la Convención Americana de Derechos Humanos⁽¹⁰⁹⁾, 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 Expediente 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 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

(108) 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 setiembre de 2007).

(109) DONAYRE MONTESINOS, Christian. Ob. cit, p. 512.

jurisdicción militar, los mismos que ven postergada indefinidamente la materialización de tales garantías”⁽¹¹⁰⁾.

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 artículo 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.

■ BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*. Volumen II, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2000.

(110) STC Exp. N° 1605-2006-PHC/TC, f. j. 7.

- 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*. Director Hurtado Pozo y Doing Díaz. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2002.
- ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 3ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- 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*. Director Hurtado Pozo y Doing Díaz. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2002.
- AZABACHE CARACCILO, César. “De nuevo sobre la justicia militar”. En: *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios. Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales*. Nº 11 Comisión Andina de Juristas, Lima, 1995.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. “El juzgamiento de civiles por los tribunales militares: transgresión del derecho a ser juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial. El caso Cantoral Benavides”. En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*. Año 4, Nº 15, mayo, Lima, 2002.
- 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*. Ara Editores, Lima, 2006.
- CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios de Derecho Penal. Parte General*. Gaceta Jurídica, Lima, 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 Nº 66. Lima, 2003. Disponible también en: <http://justicia-viva.org.pe/justicia_militar/archivos/informe_66.pdf>.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Inconstitucionalidad de la legislación penal militar policial aprobada por la Ley Nº 28665 y el Decreto Legislativo Nº 961*. Informe Defensorial Nº 104. Lima, 2006. Disponible también en: <http://www.unifr.ch/ddpl/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*. Director Hurtado Pozo y Doig Díaz. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2002.
- DONAYRE MONTESINOS, Christian. *Tribunales militares y Constitución en el Perú. Apuntes sobre una reforma pendiente*. Jurista, Lima, 2006.
- 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*. Volumen I, Adrus, Arequipa, 2008.
- ETO CRUZ, Gerardo. “La jurisdicción militar en el Perú”. En: *Jurisdicción Militar y Constitución en Iberoamérica. Libro Homenaje a Domingo García Belaunde*. Cordinador Germán Bidart Campos y José Palomino Manchego. Grijley, Lima, 1997.
 - 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, Normas Legales, Trujillo, 1997.
 - GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. Grijley, Lima, 2008.
 - GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. “Garantías constitucionales en el enjuiciamiento criminal peruano”. En: *Anuario de Derecho Penal 2004. La reforma del proceso penal peruano*. Director Hurtado Pozo y San Martín Castro. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2004.
 - GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Colex, Madrid, 1990.
 - HURTADO POZO, José. “¿Es necesario el Código Penal Militar?”. En: *Revista del Instituto de Defensa Legal*. N° 150, Ideele, Lima, 2002.
 - LOVATÓN PALACIOS, David. *Tribunal Constitucional y reforma de la justicia militar*. Palestra Editores, Lima, 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*. Director Hurtado Pozo y Doig Díaz. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2002.
 - MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y otros. *Derecho jurisdiccional. Parte General*. 10ª edición, Volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 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*. Director Hurtado Pozo y Doig Díaz. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2002.
 - PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Estudios sobre la independencia judicial y el proceso penal*. Grijley, Lima, 2005.
 - PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.
 - REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. *La jurisdicción e independencia judicial*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 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*. Director Hurtado Pozo y Doig Díaz. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2002.
 - SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Volumen I, Grijley, Lima, 2003.

- SAN MARTÍN CASTRO, César. *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*. Palestra Editores, Lima, 2006.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*. Marcial Pons, Madrid, 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*. Director Hurtado Pozo y Doig Díaz. Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2002.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. “Los delitos consistentes en la infracción de un deber”. En: *La dogmática penal frente a la criminalidad en la Administración pública*. Grijley, Lima, 2001.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “El delito de función militar”. En: *Gaceta del Tribunal Constitucional*. Lima, Disponible en: <http://gaceta.tc.gob.pe/img_upload/18abfa4cb269c78ca321c53e573fl346/Felipe_Villavicencio.pdf>.

■ SENTENCIAS DE LA CIDH

- Sentencia de la Corte IDH, caso Durand Ugarte vs. Perú, del 16 de agosto de 2000, Serie C, N° 68. En: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_68_esp.pdf>.
- Sentencia de la Corte IDH, recaída sobre el caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, del 30 de mayo de 1999, Serie C, N° 56. En: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf>.
- Sentencia de la Corte IDH recaída sobre el caso Cesti Hurtado, del 29 de setiembre de 1999, Serie C, N° 56. En: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_56_esp.pdf>.
- Sentencia de la Corte IDH recaída sobre el caso Cantoral Benavides vs. Perú, del 18 de agosto de 2000, Serie C, N° 69. En: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf>.

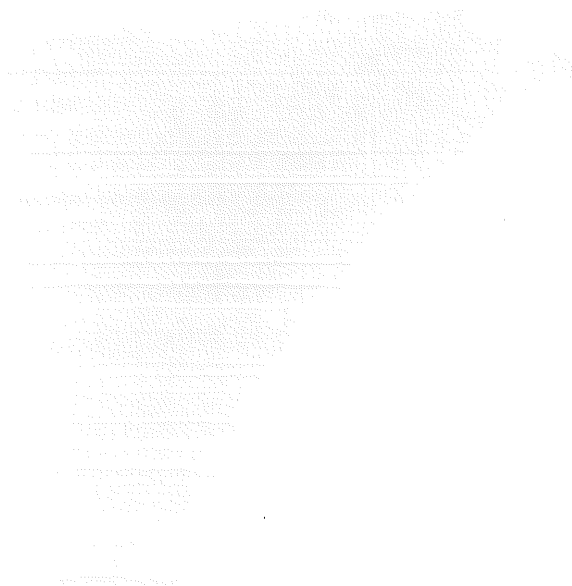
■ SENTENCIAS DEL TC

- STC Exp. N° 12-2006-PI/TC, del 15 de diciembre de 2006, <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00012-2006-AI.html>>.
- STC Exp. N° 4-2006-PI/TC, del 29 de marzo de 2006, <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00004-2006-AI.html>>.
- STC Exp. N° 6-2006-AI/TC, del 13 de junio de 2006, <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00006-2006-AI.html>>.
- STC Exp. N° 17-2003-AI/TC, del 16 de marzo de 2004, <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00017-2003-AI.html>>.
- STC Exp. N° 10-2002-AI/TC, del 3 de enero de 2003, <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>>.

- STC Exp. N° 01605-2006-PHC/TC, del 11 de enero de 2008, <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/01605-2006-HC.html>>.
- STC Exp. N° 23-2003-AI/TC, del 9 de junio de 2004, <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00023-2003-AI.html>>.
- STC Exp. N° 3194-2004-HC/TC, del 28 de diciembre de 2004, <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03194-2004-HC.html>>.
- STC Exp. N° 0585-96-HC/TC, del 19 de junio de 1998 <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1998/00585-1996-HC.html>>.
- STC Exp. N° 2284-2007-HC/TC, del 2 de setiembre 2008 <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/02284-2007-HC.html>>.

Anexo de jurisprudencia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA PENAL TRANSITORIA



Proceso inmediato y flagrancia delictiva

Cas. N° 842-2016-Sullana

SUMILLA: *i) Es verdad que el auto que dispuso que se siga con el proceso inmediato no fue recurrido por el imputado, pero no se puede sostener que operó la preclusión y, por tanto, ya no se puede cuestionar en las demás etapas procesales. La convalidación u saneamiento procesales no caben cuando el vicio procesal configura una nulidad absoluta o insubsanable, que comprometen derechos y garantías fundamentales, sino únicamente cuando se observan las formalidades previstas en la Ley para el desarrollo de un acto procesal. ii) El proceso inmediato se estimó porque el encausado fue detenido en flagrancia, empero por tratarse de un proceso que restringe plazos procesales y elimina o reduce fases procesales la interpretación de las normas que lo autorizan debe ser restrictiva, es decir, dentro de la esfera de su ordenamiento, en el núcleo de su representación o significación del texto legal. En el presente caso, los policías captores no presenciaron la comisión del delito, tampoco lo hizo la madre, ni siquiera la tía de la niña. Ambas se limitaron a expresar lo que la niña, luego del suceso, les dijo, cuando ni siquiera el imputado se encontraba en la vivienda de aquella. Lo cierto es que el delito no puede calificarse como flagrante. En consecuencia, se desvió al imputado del procedimiento legalmente preestablecido, que es el común.*

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, dieciséis de marzo de dos mil diecisiete.

VISTOS; en audiencia privada: el recurso de casación por quebrantamiento de precepto procesal interpuesto por la defensa del encausado Maximiliano Benites Rodríguez contra la sentencia de vista de fojas ochenta y tres, de veintidós de junio de dos mil dieciséis, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas treinta y tres, de quince de febrero de dos mil dieciséis, lo condenó como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio de M.B.A.A. a cadena perpetua y tratamiento terapéutico, así como al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que contiene.

Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero.- Que por escrito de fojas una el Fiscal Provincial de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Sullana, culminada la investigación preparatoria, formuló acusación contra Maximiliano Benites Rodríguez por delito de violación sexual de menor de edad en agravio de M.B.A.A., de siete años de edad.

El Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Sullana mediante auto de fojas diecinueve, de veinticuatro de enero de dos mil dieciséis, declaró la procedencia del juicio oral bajo los trámites del proceso especial inmediato.

Segundo.- Que los hechos declarados probados en las sentencias de instancia son los siguientes:

- a. El día diecinueve de enero de dos mil dieciséis, como a las once de la mañana, en circunstancias que la menor agraviada de iniciales M.B.A.A., de siete años de edad, se encontraba sola en su domicilio, ubicado en el caserío Mallares, Calle Sáenz Peña – Sullana, llegó al mencionado inmueble el encausado Benites Rodríguez –vestía uniforme de ENOSA, camisa azul con pantalón jean azul y zapatos negros– para reconectar la luz eléctrica. Al advertir que la menor se encontraba sola, le pidió que verifique la luz. En ese momento, sin embargo, la agarró de los brazos, le dio un beso en la boca y luego la soltó, pero nuevamente le solicitó que prendiera la luz y la volvió a tomar de los brazos, así como a tocarle todo su torso, meter su mano dentro del short de tela que tenía puesto e introducir un dedo dentro de su vagina, el mismo que le produjo lesiones traumáticas genitales en la mucosa introito vaginal.
- b. Al día siguiente, veinte de enero de dos mil dieciséis, aproximadamente a las nueve horas –luego de veintidós horas de ocurrido el hecho–, en circunstancias que la menor agraviada y su madre Mercedes Alburquerque Roa de Albán se dirigían en un vehículo policial, conjuntamente con tres dectivos policiales, a la Segunda Fiscalía Provincial de Sullana, esta última observó al encausado cuando se desplazaba por la carretera Panamericana Norte en una motocicleta, por lo que, ante la sindicación de la madre de la agraviada, la policía detuvo al imputado Benites Rodríguez.

Tercero.- Que, en lo relevante desde la perspectiva procedimental, se tiene que con fecha veinte de enero de dos mil dieciséis el Fiscal Provincial formuló requerimiento de incoación de proceso inmediato, el cual fue declarado procedente por auto –no impugnado– de fojas doce, de veintiuno de enero de dos mil dieciséis. En la misma audiencia única de incoación del proceso inmediato, el Fiscal solicitó mandato de prisión preventiva contra el citado encausado Benites Rodríguez, que el Juez de la Investigación Preparatoria por auto de fojas trece, de veintiuno de enero de dos mil dieciséis, declaró fundado y por un plazo de cinco meses.

Seguida la causa conforme a sus respectivas reglas de procedimiento, mediante sentencia de fojas treinta y tres, de quince de febrero de dos mil dieciséis, se condenó al acusado Benites Rodríguez como autor del delito de violación sexual de menor de edad a la pena de cadena perpetua. Este fallo fue confirmado por sentencia de vista de fojas doscientos cinco, de veintidós de junio de dos mil dieciséis.

Cuarto.- Que la defensa del encausado Benites Rodríguez en su recurso de casación de fojas ciento doce, de quince de julio de dos mil dieciséis, introduce como motivos los de inobservancia de precepto constitucional y quebramiento de la garantía de motivación (art. 429, incs. 1 y 4, del CPP).

Alega que se tramitó la causa en la vía inmediata como si se tratase de un supuesto de flagrancia delictiva, que no corresponde, y, en consecuencia, se afectó el derecho de defensa de su patrocinado. Afirma que la flagrancia no opera cuando es un tercero quien indica al presunto autor, más aún si la detención ocurrió con posterioridad a los hechos aunque antes de las veinticuatro horas de su presunta comisión. Acota que se interpretó extensivamente el artículo 259, apartado 3, del Código Procesal Penal y que la legalidad del procedimiento debió ser sostenida por el Fiscal y el Juez. De otro lado, apunta que la sentencia de vista incurrió en motivación deficiente porque no incorporó razones acerca de la ausencia de flagrancia delictiva y de la consiguiente arbitrariedad del arresto policial.

Quinto.- Que cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de fojas cuarenta y ocho, de veinticinco de noviembre de dos mil dieciséis, del cuadernillo formado en esta instancia Suprema, declaró bien concedido el citado recurso, aunque –en aplicación de la concepción de la “voluntad impugnativa”– exclusivamente por la causal de quebrantamiento de precepto procesal (art. 429, ap. 2 del NCPP), a fin de examinar la legalidad de la incoación del proceso inmediato y la corrección jurídica del procedimiento subsiguiente.

Sexto.- Que instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el nueve de marzo del presente año, realizada esta con la concurrencia de la abogada defensora del encausado, doctora Mercedes Herrera Guerrero, y del señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal, doctor Alcides Mario Chinchay Castillo, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

Sétimo.- Que deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, se acordó por unanimidad dictar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan. Se programó para la audiencia de lectura de la sentencia el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Que, como ha quedado establecido en los fundamentos de hecho de la presente sentencia, es del caso determinar si se interpretó y aplicó correctamente los presupuestos legales que rigen la incoación del proceso inmediato reformado, previstos en el artículo 446 del Código Procesal Penal; y, por tanto, si correspondía dilucidar los cargos contra el encausado Benites Rodríguez en un proceso célere y abreviado como el inmediato.

Es verdad que el auto que, aceptando el requerimiento de la Fiscalía Provincial, dispuso se siga la causa en la vía inmediata, no fue recurrido por el imputado. Sin embargo, no es posible sostener como regla jurídica pétrea que operó la preclusión de ese momento procesal y, por tanto, que tal declaración jurisdiccional ya no se puede cuestionar en las demás etapas procesales. Cuando se cuestiona sostenidamente –en apelación y casación de las sentencias de mérito– la licitud de la concreta incoación del proceso inmediato, en el que se compromete una garantía constitucional, vinculada al debido proceso, como es la “interdicción

de ser desviado de la jurisdicción determinada por la ley”, a que hace mención el segundo párrafo del numeral 3 del artículo 139 de la Constitución, no es de recibo aceptar el principio de convalidación por omisión de cuestionamiento en el momento en que se advirtió su infracción. La convalidación y el saneamiento procesales no caben cuando el vicio procesal configura una nulidad absoluta o insubsanable, que comprometen derechos y garantías fundamentales (art. 150, literal d del CPP), sino únicamente cuando no se observan las formalidades previstas en la Ley para el desarrollo de un acto procesal –se circunscribe a los defectos no absolutos–.

Segundo.- Que, según el auto de incoación del proceso inmediato de fojas doce, de veintiuno de enero de dos mil dieciséis, se declaró procedente ese proceso especial porque se estimó que el imputado Benites Rodríguez fue detenido en flagrancia delictiva. La Fiscalía Provincial acompañó a estos hechos la denuncia verbal, la declaración de la víctima y de su madre, la declaración del imputado –quien negó los cargos–, actas de reconocimiento en rueda, fotografías, documentos y actas de inspección [requerimiento fiscal de fojas siete, de veinte de enero de dos mil dieciséis].

Es de precisar, como dato esencial, el mérito del acta denominada de “intervención policial”, de fecha veinte de enero de dos mil dieciséis, acompañada por el recurrente en esta sede y al que las sentencias de mérito han hecho mención. Allí se indica que cuando la menor agraviada, su madre y personal policial en una unidad policial se dirigían a la Fiscalía Provincial de Sullana, “(...) la madre de la menor logró visualizar al presunto autor del delito contra la libertad sexual (actos contra el pudor), quien se desplazaba por la carretera Panamericana Norte [...] en un vehículo menor [...], siendo intervenido e identificado tratándose de la persona de Maximiliano Benites Rodríguez (...)”.

En la sentencia de primera instancia, resumiendo la declaración de la madre de la agraviada, se anotó que “lo reconoce porque su hija le dio las características...; estaba vestido con ropa azul y en la moto roja al momento en que ella lo observó”. Asimismo, en la audiencia del juicio oral de cinco de febrero de dos mil dieciséis, se ratifica la forma cómo se identificó, quién lo hizo y la detención policial consiguiente: estelar, en esa intervención, fue la declaración de la denunciante Mercedes Alburquerque Roa de Albán.

Estos son los hechos procesales relevantes y definidos en las sentencias de mérito. Por ende, sobre esa base es que debe examinarse si correspondía o no el proceso inmediato y si en su actuación se vulneraron derechos básicos de carácter procesal del imputado, al punto que las sentencias de condena emitidas no pueden sostenerse por carecer de eficacia procesal.

Tercero.- Que el artículo 446, numeral 1, literal a), del Código Procesal Penal, estatuye que el proceso inmediato procede cuando, entre otros supuestos, “el imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito, en cualquiera de los supuestos del artículo 259”. La norma de remisión (art. 259 del citado Código), en el inciso tercero, dispone que existe flagrancia, y permite la detención

por la Policía, cuando: “3. El agente ha huido y ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, [...], y es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible”.

En estos casos, como es obvio por tratarse de un proceso que restringe plazos procesales y elimina o reduce fases procesales –la flagrancia, como institución procesal, tiene un objetivo instrumental para facilitar la actuación de la autoridad policial o para instituir procedimientos simplificados y céleres–, la interpretación de las normas que lo autorizan, por sus efectos, debe ser restrictiva, es decir, dentro de la esfera de su ordenamiento, en el núcleo de su representación o significación del texto legal.

Cuarto.- Que la flagrancia es una institución procesal de carácter instrumental o medial, a cuyo amparo se autoriza que la autoridad penal pueda realizar determinados actos de limitación de derechos fundamentales (medidas de coerción o medidas instrumentales restrictivas de derechos) con fines de investigación del delito y, en su caso, poder instaurar procedimientos simplificados que dan lugar a una decisión célere. El delito flagrante es lo opuesto al delito clandestino; y, como tal, debe cometerse públicamente y ante testigos. Requiere que la víctima, la policía o un tercero presencien la comisión del delito en el mismo momento en que se perpetra (evidencia o percepción sensorial del hecho delictivo), y que ante la realización de la infracción penal surja la necesidad urgente de la detención del delincuente para poner coto a la comisión delictiva, cortar o evitar mayores efectos lesivos de la conducta delictiva o impedir la fuga del delincuente. La inmediatez que ello implica hace patente el hecho delictivo –la flagrancia se ve, no se demuestra– y su comisión por el detenido, de suerte que como existe una percepción directa y sensorial del delito, excluye de por sí toda sospecha, conjetura, intuición o deducción. Se asume, por ello, que todos los elementos del hecho están presentes y que no cabe elaborar un proceso deductivo más o menos complejo para establecer la realidad del delito y la participación del detenido (Acuerdo Plenario N° 2-2016/CIJ-116, fundamento jurídico 8A, de uno de junio de dos mil dieciséis).

Lo últimamente expuesto, de uno u otro modo, se recoge en el citado artículo 259, apartado 3 del Código Procesal Penal, más allá de la dudosa extensión en la captura del delincuente de hasta veinticuatro horas después del hecho delictivo. Se trata de la denominada *cuasi flagrancia*, en cuya virtud el delincuente, sorprendido en plena comisión del hecho punible o cuando inmediatamente acaba de cometerlo –pero siempre en el mismo teatro de los hechos–, por diversos factores o circunstancias, logra huir de la escena del delito, no obstante lo cual ha sido reconocido o identificado por la propia víctima, por la policía o, en todo caso, por un testigo presencial –este último puede ser el acompañante del agraviado o un tercero que se encontraba por el lugar de los hechos–.

Ser testigo presencial del delito –verbigracia: víctima, policía, sereno u otra persona– importa que directamente y a través de sus sentidos expone acerca

de lo que observó y esta observación está referida, precisamente, a la comisión de un delito. No cumple con este requisito la institución del testigo de oídas o de referencia, pues solo puede mencionar lo que alguien le contó acerca de un suceso determinado –su información es indirecta, la obtiene a través de manifestaciones o confidencias de terceras personas [*Diccionario del Español Jurídico*, RAE-CGPJ, Madrid, 2016, páginas 1575/1576]–; y, por tanto, en tanto prueba indirecta –al no haber sido percibidos los hechos con sus sentidos–, su información debe ser contrastada por el testigo fuente, que sería el presencial.

Cabe acotar, desde ya, por su carácter de medio de prueba subsidiaria, sirve i) para identificar a la persona que realmente tiene conocimiento directo de las circunstancias sobre las que declara, ii) para valorar la credibilidad y fiabilidad de otro testigo –presencial o de referencia inclusive–, o iii) para probar la existencia o no de corroboraciones periféricas –por ejemplo, para coadyuvar a lo que sostiene el testigo único– (SSTSE de treinta de abril de dos mil trece y de treinta de septiembre de dos mil dos).

Quinto.- Que, en el presente caso, los policías captores no presenciaron la comisión del delito. Tampoco lo hizo la madre, ni siquiera la tía de la niña. Ambas se limitaron a expresar lo que la niña, luego del suceso, les dijo, cuando ni siquiera el imputado se encontraba en la vivienda de aquella.

Con independencia de lo que mencionó la niña agraviada y del valor probatorio que puede otorgársele a su testimonio, lo cierto que el delito *sub-judice* no puede calificarse de flagrante. Nadie, excepto la propia víctima, presenció la violación que ha sido objeto de denuncia, procesamiento, acusación, enjuiciamiento y sentencia. Ni siquiera se recogió en ese acto, o inmediatamente después, algún vestigio material. Todo queda circunscripto al relato directo de la víctima, a la versión de oídas de sus familiares –que afronta una problemática en orden a su veracidad y credibilidad–, y a la negativa del imputado, sin perjuicio de la prueba pericial recabada.

Un caso como el aludido requiere de un elaborado análisis deductivo, de un riguroso análisis de la versión de la víctima, y de una actividad probatoria variada o diversa, tanto más i) si no se cuenta con vestigios materiales y fluidos corporales examinados pericialmente, ii) si la captura no se produjo en el mismo momento o instantes después de sucedido el hecho delictivo –a las veintidós horas del mismo, al día siguiente–, y iii) si el imputado niega los cargos, quien incluso está en la posibilidad de ofrecer, desde la perspectiva de un procedimiento más extenso, prueba documental y personal de descargo. Por lo demás, se está ante un delito especialmente grave, que está asociado a la pena más grave del sistema penal: cadena perpetua, por lo que por razones de estricta proporcionalidad no puede solventarse, sin prueba evidente derivada de la flagrancia, en un proceso célere y reducida actuación probatoria, como el inmediato (Acuerdo Plenario número 2-2016/CIJ-116, fundamento jurídico 10, de uno de junio de dos mil dieciséis).

Sexto.- Que, en consecuencia, se desvió al imputado del procedimiento legalmente preestablecido, que es el común, derivándolo irrazonablemente al proceso

inmediato. Se vulneró, en tal virtud, el artículo 139, apartado 3, 2^{do} párrafo, de la Constitución, y al infringirse el artículo 466, apartado 1, literal a) del Código Procesal Penal, se incurrió en la causal de nulidad prevista en el artículo 150, literal d), del aludido Código. Ello determina a su vez que debe ser amparada la causal de casación procesal establecida en el inciso 2 del artículo 429 del Código citado.

La nulidad incurrida por ser absoluta es insubsanable. No cabe saneamiento ni convalidación, pues no se trata de una mera inobservancia de las formalidades previstas en el Código, sino de una auténtica lesión al debido proceso legal desde la perspectiva del procedimiento legal preestablecido que determine una retroacción de actuaciones radical. Como no se trata de un mero incidente de nulidad de actuaciones –que, por lo demás, ha de ser interpuesto en la instancia respectiva–; y, dado que la pretensión impugnativa está dirigida contra todo el procedimiento y, señaladamente, contra las sentencias de mérito, lo que único que se exige es que se plantee adecuadamente como un motivo impugnativo puntual –que es lo que se ha hecho–. Por lo demás, los defectos lesivos del procedimiento incoado y de las sentencias emitidas son evidentes: plazos breves, eliminación de fases procesales, y con ello la imposibilidad de articular medios de defensa, con el tiempo razonable que requieren los delitos no flagrantes.

Sétimo.- Que, de otro lado, en los marcos de la petición impugnativa se solicita que la nulidad alcance al mandato de prisión preventiva y, por tanto, que se dicte la inmediata libertad del imputado Benites Rodríguez.

Sobre el particular es de rigor puntualizar lo que estableció el Acuerdo Plenario N° 2-2016/CIJ-116, fundamento jurídico 23-D, de uno de junio de dos mil dieciséis. La desestimación de la incoación del proceso inmediato no trae consigo necesariamente la anulación de la prisión preventiva; y, la modificación de esta medida de coerción personal, requiere petición de parte, unida a un debate sobre los presupuestos materiales correspondientes.

Empero, lo que es singular en el presente caso es el tiempo de privación procesal de la libertad: ya alcanza cerca de los catorce meses. Como el plazo ordinario de la prisión preventiva, en estos casos, es de nueve meses (artículo 272, apartado 1 del Código Procesal Penal), es evidente que ya venció (se dictó el veinte de enero de dos mil dieciséis) –no cabe tomar en cuenta la mitad de la pena impuesta, porque la consecuencia de amparar el recurso de casación es la anulación de las sentencias de mérito, luego, la causa debe retrotraerse a la etapa de investigación preparatoria–. Rige para esta solución, el artículo 273 del citado Código, que es del caso aplicar.

DECISIÓN

Por estas razones: **I. Declararon FUNDADO** el recurso de casación por quebrantamiento de precepto procesal interpuesto por la defensa del encausado Maximiliano Benites Rodríguez contra la sentencia de vista de fojas ochenta y tres, de veintidós de junio de dos mil dieciséis, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas treinta y tres, de quince de febrero de dos mil dieciséis, lo condenó como autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio

de M.B.A.A. a cadena perpetua y tratamiento terapéutico, así como al pago de cinco mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que contiene. En consecuencia: **NULA** la sentencia de vista recurrida e **INSUBSISTENTE** la sentencia de primera instancia; y, reponiendo la causa al estado que le corresponde: declararon **SIN deCTO** todo lo actuado en esta causa desde el auto de incoación del proceso inmediato de fojas doce, de veintiuno de enero de dos mil dieciséis, inclusive, sin perjuicio de la validez de la prueba documental, los informes o dictámenes periciales, las diligencias objetivas e irreproducibles, y, en lo pertinente, de las actas que contienen las diligencias preliminares. **II. ORDENARON** se siga la causa conforme al proceso común y se remitan los actuados a la Fiscalía Provincial para la emisión de la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria. **III. DECRETARON** la inmediata libertad del encausado Maximiliano Benites Rodríguez por vencimiento del plazo de duración de la prisión preventiva; y, de conformidad con el artículo 273 del Código Procesal Penal, **ESTABLECIERON** que el citado encausado (i) no se comunique con la agraviada y su familia; (ii) no se ausente de las provincias de Sullana y Piura sin autorización del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria competente; y, (iii) se presente el último día hábil de cada mes al referido Juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades; oficiándose a quien corresponda para su excarcelación, que se ejecutará siempre y cuando no exista mandato de detención o prisión preventiva emanado de autoridad competente. **IV. DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública; y, acto seguido, se notifique a todas las partes personadas en esta sede Suprema. **V. MANDARON** que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuadernillo de casación en esta Suprema Corte. Intervienen las señoras Juezas Supremas Luz Sánchez Espinoza y Zavina Chávez Mella por vacaciones de los señores Jueces Supremos Víctor Prado Saldarriaga y Jorge Luis Salas Arenas, respectivamente.

Arraigo y peligro de fuga

Cas. N° 631-2015-Arequipa

SUMILLA: *Los criterios que el Juez debe tener en cuenta para determinar el peligro de fuga están vinculados al arraigo, el mismo que tiene tres dimensiones: 1) La posesión, 2) el arraigo familiar y 3) el arraigo laboral. De presentarse estas circunstancias, desincentivan la fuga del imputado. Otro criterio relevante del peligro de fuga está relacionado con la moralidad del imputado, esto es, la carencia de antecedentes. La pena podrá ser relevante, pero si no constan elementos de convicción respecto del peligrosismo procesal no es posible dictar automáticamente una medida de coerción personal de prisión preventiva. Asumir un peligro de fuga por la sola condición de extranjero del imputado importaría un acto discriminatorio por razón de la nacionalidad.*

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintiuno de diciembre de dos mil quince.

Vistos; en audiencia pública; el recurso de casación por inobservancia de la garantía de motivación y por quebrantamiento de precepto procesal interpuesto por el encausado Carlos Ríos Sánchez contra el auto de vista de fojas doscientos setenta y nueve, el nueve de julio de dos mil quince, en cuanto confirmando en un extremo y evocando en otro el auto de primera instancia de fojas setenta y nueve, del catorce de junio de dos mil quince, dictó mandato de prisión preventiva en su contra por el plazo de nueve meses; en la investigación preparatoria que se sigue a él y a otros por delito de colusión agravada –en calidad de cómplice primario– en agravio del Estado.

Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero.- Que por Disposición Fiscal de fojas ciento siete, del doce de junio de dos mil quince, complementada por Disposición Fiscal de fojas ciento cincuenta, del siete de agosto de dos mil quince –del cuaderno de casación–, el Fiscal Supraprovincial Corporativo Especializado en Delitos de corrupción de funcionarios formalizó investigación preparatoria contra veinte personas, entre funcionarios del Gobierno Regional de Arequipa y miembros de empresas privadas, por delito de colusión agravada en agravio del Estado.

Segundo.- Que mediante requerimiento fiscal de fojas una, del doce de junio de dos mil quince, solicitó al Juez de Investigación Preparatoria de Paurcapata dicte mandato de prisión preventiva contra el encausado Carlos Ríos Sánchez.

El citado Juez de la Investigación Preparatoria por auto de fojas setenta y nueve, del catorce de junio de dos mil quince, previa audiencia, estimó parcialmente la prisión preventiva por el plazo de seis meses. Contra esa decisión recurrieron en apelación tanto la Fiscalía Provincial cuanto el imputado Ríos Sánchez.

Tercero.- Que la Sala Penal Superior por auto de vista de fojas doscientos setenta y nueve, del nueve de julio de dos mil quince, confirmando en un extremo y revocando en otro el auto de primera instancia estimó la medida de prisión preventiva pero por el plazo de nueve meses.

Cuarto.- Que el encausado Ríos Sánchez interpuso recurso de casación por escrito de fojas trescientos veintinueve, del veintitrés de julio de dos mil quince, bajo los motivos de infracción de precepto constitucional: principio de legalidad penal: artículo 2.24, literal d), de la Constitución, y de infracción de la garantía de motivación: artículo 139, apartado 5. de la Constitución.

Concedido el recurso de casación por auto de fojas trescientos cuarenta y seis, del treinta de julio de dos mil quince, se elevó el cuaderno a este Supremo Tribunal con fecha treinta y uno de agosto de dos mil quince.

Quinto.- Que cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, este Tribunal de Casación por Ejecutoria Suprema de fojas setenta y ocho, del seis de noviembre de dos mil quince, solo admitió a trámite el citado recurso por las causales de inobservancia de precepto procesal y quebrantamiento de la garantía de motivación (art. 429, ap. 4 y 2, del NCPP).

Sexto.- Que instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia el dieciocho de diciembre de dos mil quince, realizada esta con la concurrencia del Doctor Eduardo Alcócer Povich, por el imputado y del Doctor Alcides Chinchay Castillo, Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal, el estado de la causa es la expedir sentencia.

Sétimo. Que deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, este Supremo Tribunal cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación señalándose para la audiencia de lectura de la misma el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Que, conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas setenta y ocho del cuaderno de casación, del seis de noviembre de dos mil quince, los únicos motivos de casación admitidos son inobservancia de precepto procesal y quebrantamiento de la garantía de motivación. Al respecto, la defensa del encausado Ríos Sánchez en su recurso formalizado denuncia que medió una motivación aparente acerca del “peligro de fuga” en relación a los factores que lo determinan y a las razones para aumentar el plazo concreto de la prisión preventiva.

Segundo.- Que el auto de vista impugnado en casación precisa lo siguiente:

- a. A pesar de que el imputado tiene esposa y dos hijos con residencia en el país, la vinculación con su país natal: España, y con familiares cercanos que habitan allí, además del intenso movimiento migratorio que tiene, determinan la facilidad no solo de salir del país, sino de instalarse en otro.
- b. La gravedad de la pena no es suficiente para concluir peligro de fuga. Para el concreto caso se valoró la facilidad de rehuir a la justicia y la magnitud del daño causado.
- c. Para aumentar el plazo de prisión preventiva, de seis a nueve meses, se limitó a mencionar que la prisión preventiva no es un adelanto de pena, no tiene por finalidad generar escarmiento en el investigado, sino únicamente asegurar su presencia al proceso.

Tercero. Que el análisis del recurso se centra en los alcances que tiene la norma procesal respecto de la acreditación y sentido interpretativo del peligro de fuga en orden, fundamentalmente, al arraigo, esto es, cómo ha de interpretarse el peligro de fuga y qué lineamientos de acreditación es del caso asumir y cómo aplicarlos en un caso concreto.

Cabe desde ya afirmar que se trata de una circunstancia que rige para la determinación del riesgo de fuga. En buena cuenta, se trata de datos que la experiencia acredita como significativos de un mayor o menor peligro, pero datos que abstractamente considerados nada significan. No se erigen en criterios automáticos que deban ser considerado o valorado judicialmente al margen de su concurrencia efectiva en el caso concreto, sino meramente indicativos, nunca vinculantes y han de valorarse de modo individualizado [ASENCIO MELLADO, José María: *Derecho Procesal Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 192].

Cuarto. Que, ahora bien, el peligro procesal (*periculum in mora*) es el elemento más importante para valorar en un auto de prisión preventiva. Este tiene un carácter subjetivo, pero objetivado legalmente a través de diversos criterios de carácter meramente enumerativos, y, por ende, reconoce un margen de discrecionalidad en los jueces. La Ley, como se sabe, establece la presencia de dos peligrosismos: fuga –que es el paradigma del *periculum libertatis*–, y obstaculización (arts. 268, ap. 1, lit. e y 269, 270 del NCPP).

El peligro de fuga hace referencia a la probabilidad de que el imputado en caso de permanecer en libertad, vaya a sustraerse a la acción de la justicia, evitando ser juzgado o bien se vaya a sustraer de la pena que se le podría imponer [LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: *Proceso Penal Comentado*, 4ª edición, Editorial Jurídica Continental, San José, 2009, p. 388].

Dentro de los criterios que el Juez debe tener en cuenta para determinar el ‘peligro de fuga’ están aquellos vinculados a la situación personal, familiar y económica del imputado, conocido como ‘arraigo’ –que tiene esencialmente un carácter objetivo, y ni puede afirmarse con criterios abstractos, sino debe analizarse conforme al caso concreto– (art. 269 del NCPP). El arraigo debe ser entendido como el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con otras personas o cosas. El arraigo tiene tres dimensiones: 1) La posesión. 2) el arraigo

familiar y 3) el arraigo laboral. El primero se refiere a la existencia de un domicilio conocido o de bienes propios situados dentro del ámbito de alcance de la justicia. El segundo se circunscribe al lugar de residencia de aquellas personas que tienen lazos familiares con el imputado. El tercero se expresa en la capacidad de subsistencia del imputado, que debe provenir de un trabajo desarrollado en el país. Todo ello, visto en su conjunto, acreditaría el establecimiento de una persona en un determinado lugar. Es claro que estas circunstancias de arraigo, de presentarse, desincentivan la fuga del imputado [DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo: *La Prisión Preventiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: Temas penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal, Lima, 2008, p. 97].

Quinto. Que analizando el caso concreto, está acreditado que el imputado Ríos Sánchez tiene esposa e hijos con residencia en Perú, y registra actividad laboral conocida, razón de ser de su presencia en el país. No se trata, por lo demás, de un accionista, administrador –cuando los hechos– o gerente de la empresa EPYSA-PERÚ, cuyo poder económico y contactos en el exterior podrían indicar la probabilidad de alejarse del país.

No cabe duda, por tanto, que el imputado tiene arraigo. Los autos de primera instancia y de vista así lo acreditan. Sin embargo, fundamentan el peligro de fuga en dos aspectos: i) la vinculación del imputado a su país natal: España, con presencia de familiares cercanos que hacen viable la posibilidad de abandonar el país, y ii) el intenso movimiento migratorio, que facilitaría la posibilidad de salir del país.

Sexto. Que es cierto que los alcances del arraigo en el país también pueden valorarse desde los lazos familiares que el imputado mantiene en el exterior más aún si es extranjero, situación que le permitiría abandonar el país y refugiarse en su localidad de origen cuando advierte riesgo para sí. Sin embargo, esta situación tiene que ser apreciada caso por caso.

Si se tiene en cuenta que *prima facie* está consolidado el arraigo del imputado, pues vive en el país tiene estatus de residente, su familia nuclear está con él y su centro de labores es una empresa radicada en el Perú. Solo podría afirmarse la persistencia del riesgo de fuga si se toma en consideración otros datos que permitan concluir razonablemente que se alejaría de la justicia peruana para evitar su procesamiento, enjuiciamiento y, en su caso, la condena correspondiente.

Estos factores concurrentes deben ser evaluados con suma atención desde que un acercamiento genérico al problema, asumiendo un peligro de fuga por la sola condición de extranjero del imputado, importaría un acto discriminatorio por razón de la nacionalidad. En efecto, cuando se acredite indubitadamente que un procesado extranjero tiene arraigo en el país, ello permite entender un riesgo menor de peligro de fuga, salvo que conste razonablemente otros datos de ese orden que vislumbren un sólido riesgo fundado de fuga.

Sétimo. Que un criterio tomado en cuenta para determinar el peligro de fuga fue el intenso movimiento migratorio del imputado Ríos Sánchez, aunque se trata de viajes por motivos laborales, vinculados a su labor profesional, de corto

alcance y de regreso inmediato al Perú. Al respecto, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del diez de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve, recaída en el Asunto Stogmüller contra Austria, estableció que la simple posibilidad o facilidad que tiene el procesado para pasar la frontera no implica peligro de fuga. De esta forma, no puede estimarse el peligro de fuga en función a los diversos viajes fuera del país que puede realizar un imputado extranjero o peruano.

No es concluyente, por tanto, los pocos o muchos viajes que un encausado realice al extranjero. Lo que determina un fundado peligro de fuga es que un imputado no tenga arraigo laboral, familiar o laboral y tenga contactos en el exterior que le permitan alejarse del país, a la vez que, concurrentemente, consten otros datos derivados de la naturaleza del hecho y de la gravedad de la pena – el monto de la pena, tampoco debe ser examinado en forma aislada, sino debe ser considerado en relación con otras circunstancias, tales como (i) el comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro posterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal, (ii) la personalidad del imputado y/o (iii) sus relaciones privadas (sus vínculos familiares, laborales) [LLOBET RODRÍGUEZ, Javier: obra citada, páginas trescientos ochenta y ocho guión trescientos ochenta y nueve–].

Octavo. Que, como ya se ha sostenido abundantemente, la prisión preventiva es una medida excepcional, frente a la situación normal de esperar el juicio en estado de libertad, o en su caso mediante la restricción de la libertad en cualquiera de sus manifestaciones que no comporte la privación de la misma. En consecuencia, la privación de libertad ha de ser la excepción; y, se ha de adoptar cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con aquella [BARONA VILAR, Silvia: *Derecho Jurisdiccional III*, 15ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 498]. Rige el principio hermenéutico rector de las normas relativas a prisión preventiva: el de *favor libertatis*, o de *in dubio pro libertatis*.

Es claro, por consiguiente, que en materia de derechos fundamentales la legalidad ordinaria debe ser interpretada de la forma más favorable para la dectividad de dichos derechos; de suerte, que la exigencia del principio de necesidad se imponga, en cuya virtud, se requiere: (i) la excepcionalidad, conforme a la cual la prisión preventiva nunca puede convertirse en regla general y aplicarse cuando no cabe otra opción para el cumplimiento de los fines que la justifican; y, (ii) la subsidiaridad, que obliga al órgano jurisdiccional a examinar, no solo la concurrencia de los presupuestos materiales que la posibilitan, sino también si existe alguna otra alternativa menos gravosa para el derecho a la libertad que, asegurando el cumplimiento de los fines de la prisión preventiva, ello no obstante, no supongan el sacrificio de aquel derecho fundamental [GIMENO SENDRA, Gimeno: *Derecho Procesal Penal*, Colex. Madrid, dos mil cuatro, p. 537].

Noveno. Que otros criterios relevantes del riesgo de fuga, que no cabe presumirlo, están en relación a la moralidad del imputado, las acusaciones personales y del caso. este carece de antecedentes –así lo han reconocido los autos de mérito–, no huyó al iniciarse las diligencias preliminares e, incluso, ya abierta

este viaje y regresó al país para someterse al procedimiento de investigación. No existe otro dato que permita advertir un riesgo de fuga razonable. La pena podrá ser relevante, pero si no constan elementos de convicción respecto del peligrosismo procesal no es posible dictar automáticamente una medida de coerción personal de prisión preventiva.

Décimo. Que, en virtud a lo precedentemente expuesto, es de concluir que los órganos jurisdiccionales de mérito inobservaron las exigencias establecidas en el artículo 268 literal c), concordante con el artículo 269 del Nuevo Código Procesal Penal. Sobre estas consideraciones se limitó indebidamente la libertad del imputado al imponerse desproporcionadamente la medida de coerción personal de prisión preventiva a pesar de que demostró arraigo y no se presentan otros criterios que concurrentemente autoricen a afirmar la existencia de un fundado peligro de fuga.

El Tribunal Superior, además, incrementó el plazo de prisión preventiva, con el solo argumento de que esta no es un adelanto de pena, no tiene por finalidad generar escarmiento en el investigado, sino únicamente asegurar su presencia al proceso. Tal resolución al hacer referencia a pautas generales sin referencia a las concretas razones para un incremento del plazo de privación procesal de la libertad, importa una motivación irrazonable, que no puede ratificarse. No cabe otra opción que casar el auto de vista.

Décimo Primero. Que es de tener en cuenta que el auto de primera instancia dispuso la prisión preventiva de Ríos Sánchez por el plazo de seis meses, que a la fecha ya venció –está preso desde el catorce de junio último–. Ante la ausencia de un presupuesto material de la prisión preventiva, solo cabe dictar en su reemplazo el mandato de comparecencia y disponer su inmediata libertad. La privación de libertad sufrida, por su extensión, también impide la medida de coerción personal de impedimento de salida (véase art. 296, ap. 2, del NCPP).

El mandato de comparecencia, en atención a la pena del delito objeto de la investigación preparatoria y a la situación personal del imputado, debe imponerse con las restricciones fijadas en los artículos 287 y 288 del aludido Código Procesal. En concreto: la caución –que permite compatibilizar el derecho a la libertad con la necesidad de asegurar el proceso– y las exigencias vinculadas a su presencia en el Juzgado, su ubicación domiciliaria y de trabajo, y la comunicación de sus actividades y viajes.

DECISIÓN

Por estas razones: **I. Declararon FUNDADO** el recurso de casación por inobservancia de la garantía de motivación y por quebrantamiento de precepto procesal interpuesto por el encausado Carlos Ríos Sánchez; en consecuencia: **CASARON** el auto de vista de fojas doscientos setenta y nueve, del nueve de julio de dos mil quince, en cuanto confirmando en un extremo y revocando en otro el auto de primera instancia de fojas setenta y nueve, del catorce de junio de dos mil quince, dictó mandato de prisión preventiva de nueve meses en su contra; en la investigación preparatoria que se le sigue por delito de colusión agravada en agravio del Estado; y actuando en sede de instancia: **REVOCARON** el auto de

primera instancia ya citado: reformándolo: **DESESTIMARON** el requerimiento de prisión preventiva formulado por el señor Fiscal Supraprovincial Corporativo Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios; y, dictaron mandato de comparecencia con las siguientes restricciones: a) Concurrir al módulo básico de Paucarpata cada fin de mes para firmar el libro o realizar el control biométrico correspondiente. b) comunicar previamente al órgano judicial si va a viajar fuera de la localidad o al extranjero, con la expresa mención del día de viaje y el día de retorno, así como los motivos del mismo. c) No variar de domicilio sin previo aviso a la autoridad competente. d) Cumplir con las citaciones y requerimientos judiciales obligatoriamente. e) Pagar por concepto de caución la suma de diez mil soles. **II. ORDENARON** la inmediata libertad de Carlos Ríos Sánchez, que se ejecutará siempre y cuando no exista mandato de detención o de prisión preventiva dispuesta por autoridad competente; cursándose los oficios correspondientes. **III. DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública; y, acto, seguido, se notifique a todas las partes personadas a la instancia. **IV. MANDARON** que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuadernillo de casación en esta Suprema Corte.

SS. SAN MARTÍN CASTRO; PRADO SALDARRIAGA SALAS ARENAS; BARRIOS ALVARADO; PRÍNCIPE TRUJILLO

Cosa juzgada e instigación en masa

Cas. N° 842-2015-Lambayeque

SUMILLA: i) *El límite subjetivo del decto excluyente o negativo de la cosa juzgada comprende al sujeto pasivo del proceso penal, pero no solo a quien resultó condenado o absuelto, sino también a quien pudo y debió haber sido acusado –o, mejor dicho, procesado– y no lo fue. Los coparticipes se benefician con lo declarado en otro proceso penal, si se trata de los mismos hechos. Por lo que no es posible abordar, autónomamente, si la conducta de los imputados, es ilícita y si, en esa virtud, medió una extralimitación de la potestad jurisdiccional reconocida por la Constitución.* ii) *En la instigación o inducción no basta una mera provocación a delinquir en general o dirigida a una masa indeterminada de personas, debe ser directa. Por consiguiente, no puede reputarse instigación la conducta de los tres imputados, en la medida en que eran dirigentes ronderos, cuando plantearon a la Asamblea Ronderil que dirigían, como opción que debía adoptarse, que la agraviada continúe con la sanción de “cadena ronderil”, y que esa posición, mediante votación fuese aceptada por la referida Asamblea. La interpretación y aplicación de la norma Penal por al Tribunal Superior es jurídicamente correcta.*

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintiuno de diciembre dos mil dieciséis.

VISTOS; en audiencia pública: el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal Superior De Jaén y por la actora civil Petronila Vargas Santa Cruz, contra la sentencia de vista de fojas seiscientos cinco, de catorce de setiembre de dos mil quince, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas doscientos ochenta y ocho, de veinticinco de marzo de dos mil quince, absolvió a Gregorio Santos Guerrero, Idelso Hernández Llamo y Elinita Zavaleta García de la acusación fiscal formulada contra ellos por cielito de secuestro en agravio de Petronila Vargas Santa Cruz; con lo demás que contiene.

Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero.- Que la Sala Descentralizada Mixta y de Apelaciones de Jaén emitió la sentencia de vista de fojas seiscientos cinco, de catorce de setiembre de dos mil quince, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas doscientos ochenta y ocho, de veinticinco de marzo de dos mil quince, que absolvió a Gregorio Santos Guerrero, Idelso Hernández Llamo y Elinita Zavaleta García de la

acusación fiscal formulada contra ellos por del delito de secuestro en agravio de Petronila Vargas Santa Cruz.

Segundo.- Que, según los cargos objeto de investigación, acusación, juicio y sentencia, el día treinta de octubre de dos mil cinco los acusados Gregorio Santos Guerrero, Idelso Hernández Llamó y Elinita Zavaleta García, quienes tenían la calidad de representantes y/o líderes ronderiles de la Provincia de San Ignacio – Federación Distrital de Huarango –, ordenaron a un número aproximado de cien ronderos irrumpir en la vivienda del hermano de la agraviada, Anselmo Vargas, y trasladar a la agraviada en contra de su voluntad al local de las rondas campesinas. Los imputados se personaron al local ronderil en horas de la noche. La privación de la libertad de la agraviada Vargas Santa Cruz se originó en una denuncia formulada en su contra por la presunta comisión de un delito de homicidio. El día veinticuatro de noviembre de dos mil cinco, después de haber hecho pasar a la agraviada, siempre privada de su libertad, por diferentes bases ronderiles –cadena ronderil–, se efectuó una reunión en el Centro de Acopio del distrito de Huarango, donde los acusados conjuntamente con los demás miembros de las rondas campesinas de San Ignacio realizaron una especie de “juicio popular” a la agraviada. Los acusados dieron la idea a los demás ronderos, en el sentido que la agraviada fuera castigada con cadena ronderil por segunda vez, no obstante que esta ya había sido sometida a la misma desde la fecha de su privación de su libertad, por varios centros poblados en los que incluso sufrió malos tratos físicos y psicológicos.

El Ministerio Público había sido invitado por la ronda campesina a la referida reunión para su ulterior sometimiento a la justicia ordinaria. En ese acto tomó la palabra Gregorio Santos Guerrero, quien se dirigió a los presentes y les manifestó: “Qué querían?, ¿Querían que la agraviada sea puesta a disposición del Ministerio Público o que se le siga sancionando?”. Asimismo, expresó que era de opinión que la agraviada siga siendo pasada por bases ronderiles, por cien bases más. A continuación invitó a votar a la población.

Las expresiones del encausado Gregorio Santos Guerrero, refrendadas por los demás líderes, entre ellos los otros imputados, determinaron que los ronderos decidan que la agraviada siga privada de su libertad y pase por diversas bases ronderiles. La agraviada Petronila Vargas Santa Cruz recién fue puesta a disposición de la fiscalía el seis de enero de dos mil seis. El tiempo total de privación de su libertad fue de setenta y dos días.

Tercero.- Que el señor Fiscal Superior en su recurso de casación de fojas seiscientos cincuenta y seis, de veintiocho de setiembre de dos mil quince, invoca tres motivos de casación: inobservancia de precepto constitucional –debido proceso y motivación–, infracción de precepto material –artículo 24 del Código Penal: instigación–, y falta de motivación –motivación aparente– (art. 429, numerales 1. 3 y 4, del CPP). Aduce, de un lado, que la sentencia de vista no señaló los fundamentos que sustentan la conclusión de absolución y que no correspondía el título de instigación si no se había identificado al autor o autores del

delito de secuestro: y, de otro lado, que tampoco se justificó por qué no es posible la instigación a una pluralidad de personas y menos si no están identificadas.

Cuarto. Que la actora civil, Vargas Santa Cruz, en su recurso de casación cée fojas setecientos cincuenta y dos, de veintiocho de setiembre de dos mil quince. Solo introduce un motivo de casación: infracción de precepto material (artículo 429 numeral 3 del Código Procesal Penal). Alega que se estimó erróneamente que la instigación (art. 24 del CP) debe ser dirigida a una persona determinada y no a un grupo de personas indeterminadas, como sucede en el presente caso en que se dice que hubo instigadores pero no instigados; que, de otro lado cuestiona que las rondas campesinas tengan facultades de investigar y sancionar delitos de homicidio; que ella fue sometida a juicio popular y se le privó de libertad por setenta y dos días, así como se le maltrató físicamente –se le ocasionó lesiones que determinaron doce días de descanso médico-legal– que se vulneraron sus derechos fundamentales a la libertad y a la integridad corporal –que implica la ilegalidad de los hechos perpetrados en su agravio por no aceptarlos la Constitución y el Acuerdo Plenario número uno guión dos mil nueve oblicua CJ guion ciento dieciséis–, por lo que no es del caso aceptar esa modalidad de actuación de las rondas campesinas.

Quinto. Que, conforme a los recursos de casación de los recurrentes y, esencialmente a la Ejecutoria Suprema de Cojas setenta y dos del cuadernillo de casación de quince de abril de dos mil dieciséis, lo que es materia de dilucidación en sede casacional es lo que a continuación se expone:

- a. El motivo de casación está referido tanto a la causal de vulneración de precepto constitucional, normas constitucionales que reconocen legitimidad a la justicia tradicional –ronderil. en este caso–, cuanto a la causal de infracción de precepto material, por inaplicación del artículo 24 del Código Penal, (art. 429, numerales 1 y 3 del CPP).
- b. Por consiguiente, es del caso esclarecer, de un lado, la correcta aplicación del artículo 24 del Código Penal, y, de otro lado, la definición de los alcances del artículo 149 de la Constitución y examinar las circunstancias concretas de la aplicación de los límites de la justicia tradicional.

Sexto.- Que instruidas las partes de la admisión del recurso de nulidad. materia cée la resolución anterior –sin la presentación de alegato adicional alguno–. se expidió el decreto de fojas ciento Veinticuatro, de catorce de noviembre de dos mil dieciséis que señaló fecha para la audiencia de casación el día seis de diciembre último.

Sétimo.- Que, según el acta adjunta la audiencia de casación se realizó con la intervención de Fiscal Adjunto Supremo Alcides Mario Chinchay Castillo: del abogado de la actora civil, doctor Javier Idelfonso Adrianzén Carreño; y. del abogado del encausado Gregorio Santos Guerrero, doctor Josué Núñez Barbosa. Acto seguido se celebró la deliberación de la causa en sesión privada. dectuada, tras el preceptivo debate, la votación respectiva y obtenido el número de votos necesarios, corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Que, como es obvio, no está en discusión el juicio de hecho. Tampoco lo está la interpretación y aplicación del derecho probatorio. Rige, por tanto, el principio de inmutabilidad del juicio histórico de la sentencia de mérito, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 432, apartado 2, última frase, del Código Procesal Penal: “[La Corte Suprema] Está sujeta de manera absoluta a los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia o auto recurridos”.

Siendo así, se parte del hecho probado de que los miembros de las rondas campesinas privaron de su libertad a la agraviada Vargas Santa Cruz, a quien se le atribuyó la comisión de un delito de homicidio, y que bajo la modalidad de “cadena ronderil” estuvo privada de su libertad por setenta y dos días. Asimismo, se declaró probado que los tres imputados, como dirigentes ronderiles, en el denominado “juicio popular” realizado el día veinticuatro de noviembre de dos mil cinco intencionalmente determinaron a los integrantes de las bases ronderiles allí presentes –reunión a la que asistió el Ministerio Público e invocó la entrega de la agraviada a la justicia– a que la indicada agraviada continúe con la privación de su libertad –permanecía en esa condición desde el día treinta de octubre de dos mil cinco– mediante “cadena ronderil” por cien bases más, lo que así ocurrió. La agraviada recién fue entregada a la justicia el día seis de enero de dos mil seis.

Segundo.- Que, con respecto a la causal de vulneración de precepto constitucional, en concreto de lo establecido en el artículo 149 de la Constitución, este Supremo Tribunal, ante la ausencia de una Ley Orgánica que desarrolle los lineamientos de la Justicia Comunal, fijó los criterios fundamentales que determinan la legitimidad de la actuación de las rondas campesinas a través del Acuerdo Plenario número cero uno guión dos mil nueve oblicua C.I guion ciento dieciséis.

Se debe tener en cuenta dos factores de apreciación: objetivo y de congruencia. El primero, factor objetivo, importa analizar cuatro elementos: (i) *humano* –atributo socio cultural–, (ii) *orgánico* –existencia de autoridades de la organización tradicional que actúen como tal y en el ámbito de sus funciones preestablecidas–, (iii) *normativo* –existencia de sistema jurídico propio– y (iv) *ecográfico* –norma tradicional aplicada en el ámbito territorial de la que surgió y se aplica–. En el caso de las rondas, se reconoce sin más los dos primeros elementos, y el examen judicial ha de centrarse con más fuerza: a) en la presencia de un sistema jurídico propio, cuya finalidad constitucionalmente admisible será la protección de la cultura comunitaria asegurar su mantenimiento y prevenir las amenazas a su supervivencia –de ahí que es muy importante en este punto la necesidad de una pericia cultural-antropológica–, y b) en que las normas comunales se apliquen dentro de su ámbito geográfico propio. El factor de congruencia determina que se examine que la concreta actuación de la ronda –siempre basada en el derecho tradicional con la delimitación ya acotada– no vulnere el núcleo esencial de los derechos fundamentales, bajo el entendido de que el derecho fundamental a la identidad étnica y cultural y el derecho fundamental colectivo al ejercicio de la jurisdicción especial nunca se reconoce de manera absoluta, y que existen otros derechos fundamentales individuales y colectivos con los cuales deben ponderarse los derechos fundamentales antes citados. Ese juicio de ponderación debe

realizar la jurisdicción penal ordinaria –no puede dar por supuesto que la actuación de la ronda es de por sí legítima–, y comprobar si se produjo o no una actuación ilegítima –porque se rebasó la norma consuetudinaria o esta en sí misma infringió el contenido esencial de un derecho fundamental de primer orden– y sancionable penalmente, bajo los criterios fijados en la Sección Tercera –el rondero ante del Derecho penal– del referido Acuerdo Plenario.

Tercero. Que, ahora bien, en el caso concreto, precisamente, se denuncia que los factores antes mencionados no se han cumplido y, por ende, que la denominada “cadena ronderil”, aplicada a la agraviarla y que duró setenta y dos días, es ilegítima y, por ende, los que intervinieron en su imposición y ejecución son responsables penalmente por el delito de secuestro.

Sin embargo, es de tomar en cuenta un impedimento procesal destacado desde siempre, incluso en la audiencia de casación, por el imputado recurrido Santos Guerrero. En efecto, por estos mismos hechos –que incluyó otros intervinientes y víctimas. así como otros sucesos de fecha distinta–. con anterioridad. se inició e instauró un proceso penal. Este culminó, en fase declarativa, con la Ejecutoria Suprema número cuatro mil cuarenta y tres guión dos mil trece oblicua Lambayeque, de veintidós de julio de dos mil catorce.

Es verdad que en ese proceso y Ejecutoria Suprema no se incluyó a los tres imputados en esta causa pero sí se comprendió a la agraviada Vargas Santa Cruz y, relevantemente, se trató exactamente del mismo hecho. La Ejecutoria Suprema emitida por la Sala Penal Permanente de este Supremo Tribunal, en el fundamento jurídico seis, apartado diez, expresamente anoto que la intervención realizada contra los agraviados tuvo lugar dentro del ámbito de la zona en que habitaban, la cual se rige por sus normas consuetudinarias; y, en tanto la imputación contra el dirigente rondero está vinculada al hecho de su actuación como tal al atribuirse a la agraviada la comisión de un hecho ilícito, entonces, existió un motivo y una facultad justificada. No se cometió, por consiguiente, –según esa Ejecutoria– un injusto penal.

Con independencia de la opinión que pueda merecer esa decisión, si cumplió o no con el examen de los factores objetivo y de congruencia que legitiman la actuación de una ronda campesina cuando privan o limitan derechos de los ciudadanos, la vigencia *erga omnes* y plena aplicabilidad de esa Ejecutoria Suprema está fuera de toda discusión.

Cuarto. Que, en este orden de ideas, es del caso afirmar lo que se denomina “eficacia refleja de la cosa juzgada”. La eficacia directa –a la que ha de incluirse la eficacia “*ultra reum*” de la cosa juzgada– está ampliamente reconocida por los artículos 78 numeral 2 y 90 del Código Penal, así como por los artículos III del Título Preliminar –al incluir la sanción administrativa– y 6 numeral 1 del Código Procesal Penal. Y la eficacia refleja, por lo menos uno de sus supuestos, está en el artículo 79 del Código Penal –eficacia de la cosa juzgada civil en el proceso penal–, otra en el citado artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal al incluir la sanción administrativa–, y finalmente el artículo 408 del Código Procesal Penal respecto de los coimputados no recurrentes.

Bajos los últimos parámetros normativos citados, no es del caso aceptar la validez del argumento *a contrario* sino la del argumento analógico. Los coimputados, a quienes se les atribuye intervención conjunta en un contexto delictivo en la comisión de una infracción punible, desde luego, se benefician de la extensión de la cosa juzgada relativamente en cuanto a las cuestiones comunes –con exclusión de que existan razones personales– y siempre que ella sea propicia a los fines de la defensa –su ratio está en el principio de la ‘útil gestión procesal’– [CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. pp. 261/262].

Por consiguiente, si se declaró lícito o no antijurídico el hecho típico que se atribuye a uno de los co-intervinientes en un proceso penal, no es posible que en otro proceso penal se pueda declarar delictiva la misma conducta cometida por otros co-intervinientes –la primacía de la seguridad jurídica es fundamental en este lineamiento; por ello, la sentencia que declare inexistente un hecho o atípico o no antijurídico tiene eficacia prejudicial en un ulterior proceso penal sobre el mismo hecho [DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Penal*, p. 542]. Bajo esta perspectiva, el límite subjetivo, del electo excluyente o negativo de la cosa juzgada, comprende al **sujeto pasivo del proceso penal**, pero no solo a quien resultó condenado o absuelto, sino también a quien pudo y debió haber sido acusado –o mejor dicho, procesado– y no lo fue [GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal penal*, p. 853]. Los co-participes se benefician con lo declarado en otro proceso penal, si se trata de los mismos hechos.

En conclusión, no es posible abordar, autónomamente, si la conducta de los imputados Gregorio Santos Guerrero, Idelso Hernández Llamo y Elnita Zavaleta García, es ilícita y si, en esa virtud, medió una extralimitación de la potestad jurisdiccional reconocida por el artículo 149 de la Constitución.

El motivo en cuestión debe desestimarse y así se declara.

Quinto.- Que la instigación está definida legalmente en el artículo 24 del Código Penal: “El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena ‘que corresponde al autor’”.

Según, los hechos objeto del proceso penal, el día veinticuatro de noviembre de dos mil cinco, en la “Asamblea Ronderil” realizada en el Centro de Acopio del distrito de Huarango, después de haber hecho pasar a la agraviada Vargas Santa Cruz, siempre privada de su libertad, por diferentes poblaciones –cadena ronderil–, hizo uso de la palabra el encausado Santos Guerrero, quien se dirigió a los presentes –un aproximado de cien personas no identificadas– y les manifestó: “¿Qué querían?, ¿Querían que la agraviada sea puesta a disposición del Ministerio Público o que se le siga sancionando?”. Asimismo, expresó que era de opinión que la agraviada siga siendo pasada por bases ronderiles, por cien bases más. A continuación invitó a votar a la población. Las expresiones del encausado Gregorio Santos Guerrero fueron refrendadas por los demás líderes, entre ellos los otros imputados. En la votación se acordó que la agraviada pase por diversas bases ronderiles.

Sexto.- Que respecto de la instigación, y en lo pertinente, es del caso puntualizar (i) que la acción del instigador debe hacer surgir la resolución delictiva del

autor principal –provoca en el autor la resolución delictiva: la causación de la conducta delictiva debe ser imputable objetivamente al inductor o instigador–; y, (ii) que esa conducta debe estar dirigida tanto a un hecho determinado como a un autor determinado –en este último elemento objetivo se exige que el círculo de personas al que se dirige la acción del inductor debe ser individualizable debe dirigirse a personas concretas– [JESCHECK, H-H. *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, p. 741].

La actividad persuasiva del inductor o instigador desde luego puede dirigirse a una persona o a un grupo de personas determinadas (VILLAVICENCIO. *Derecho Penal Parte General*, p. 518]. Es obvio, entonces, que la instigación puede alcanzar a varias personas –esto es lo que entiende por ‘círculo de personas individualizables, concretas, determinables’, a los que aquel se dirige–. “Los casos más claros de instigación son aquellos en que el instigado es un solo individuo; no obstante es muy frecuente que el instigador persuada, determine a varias personas potra que cometan un delito. Pero en este último caso, debe tratarse de un círculo reducido, a fin de que esa posible la acción persuasiva del instigador; ello no significa, sin embargo, que deba conocerlos o tener estrechas relaciones Con ellas –no es necesaria tanta concreción–. Si el instigador o inductor desarrolla su actividad en público y ante un número indeterminado cde individuos, entonces podrá ser reprimido como autor de un atentado contra la paz pública. [HURTADO POZO. *Manual de Derecho Penal*. 1967, p. 538]. Así lo era en el artículo 282 del Código Penal de 1924 “provocación pública al delito”, y lo es para el caso del terrorismo: artículo 6 del Decreto Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenta y cinco.

En la instigación o inducción no basta una mera provocación a delinquir en general o dirigida a una masa indeterminada de personas, debe ser directa [MIR PUIG. *Derecho Penal - Parte General*, p. 4091]. Así también. Sentencias del Tribunal Supremo Español número ciento veintiséis oblicua dos mil, de veintidós de marzo, número quinientos treinta y nueve oblicua dos mil tres, de treinta de abril, número ochocientos trece oblicua dos mil ocho, de dos de diciembre, y número mil veintiséis oblicua dos mil nueve, de dieciséis de octubre.

Sétimo. Que, por consiguiente, no puede reputarse instigación la conducta de los tres imputados, en la medida en que eran dirigentes ronderos, cuando plantearon a la Asamblea Ronderil que dirigían, como opción que debía adoptarse, que la agraviada continúe con la sanción de “cadena ronderil”, y que esa posición, mediante votación fuese aceptada por la referiría Asamblea.

La interpretación y aplicación del artículo 24 del Código Penal por al Tribunal Superior es jurídicamente correcta.

El recurso de casación por este motivo no puede prosperar y así se declara.

Octavo.- Que para el pago de las costas del recurso, estando a la desestimación del recurso de casación, es de aplicación respecto de la agraviada recurrente el artículo 504 numeral 2 del Código Procesal Penal, en concordancia con el artículo 506 del mismo Cuerpo de Leyes. En cuanto al representante del Ministerio

Público resulta de aplicación el artículo 499 numeral I del Código Procesal Penal: está exento del pago de costas.

DECISIÓN

Por estas razones: **I. Declararon INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto el señor FISCAL SUPERIOR DE JAÉN y por la actora Civil Petronila Vargas Santa Cruz. En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas seiscientos cinco, de catorce de setiembre de dos mil quince, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas doscientos ochenta y ocho, de veinticinco de marzo de dos mil quince, absolvió a Gregorio Santos Guerrero, Idelso Hernández Llamo y Elinita Zavaleta García de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de secuestro en agravio de Petronila Vargas Santa Cruz; con lo demás que contiene. **II. IMPUSIERON** a la recurrente Petronila Vargas Santa Cruz el pago de las costas por el recurso de casación desestimado: y. **EXONERARON** del pago de las costas al Ministerio Público. **ORDENARON** al Secretario del Juzgado de la Investigación Preparatoria proceder con arreglo a ley. **III. DISPUSIERON** se devuelvan los actuados al Tribunal Superior de origen. Hágase saber a las partes procesales personados en esta sede procesal. Interviene el señor juez supremo José Antonio Neyra Flores por licencia del señor juez supremo Jorge Luis Sala Arenas.

SS. SAN MARTÍN CASTRO; PRADO SALDARRIAGA; BARRIOS ALVARADO;
PRÍNCIPE TRUJILLO; NEYRA FLORES

Sentencia vinculante del concurso real retrospectivo R.N. N° 1523-2016-Ayacucho

SUMILLA: i) *El concurso real retrospectivo es una institución de derecho penal material; y, como tal, rige el principio de tempus commissi delicti: la norma aplicable es la de la fecha de comisión del delito. El procedimiento para hacer viable las consecuencias jurídicas del concurso real retrospectivo, son sin duda de carácter procesal y, por ende, rige el principio de tempus regit actum, entendiéndose este último como la fecha de la actuación procesal.* ii) *La concepción originaria del Código Penal de mil novecientos noventa y uno cambió radicalmente con la Ley del trece de mayo de dos mil seis, pues en los supuestos de concurso real, incluido el retrospectivo, se asumió, el modelo de acumulación de las penas con un doble límite: el doble de la pena más grave y finalmente el tope de los treinta y cinco años.* iii) *Queda claro que si, por diversos factores, no se siguió esa consecuencia jurídico penal en el subsiguiente proceso, con el resultado anómalo de dos penas independientes entre sí, es del caso seguir el procedimiento incidental de ejecución de acumulación o unificación de penas, que a efectos procesales instauró la Ley ya derogada y que, luego, el Código Procesal Penal la asumió como un incidente de ejecución específico, que con las últimas reformas del aludido concurso, ya no tiene razón de ser la refundición de penas, sino su acumulación o unificación.*

Lima, veinte de febrero de dos mil diecisiete.

Vistos: el recurso de nulidad interpuesto por la encausada Yolanda Villalva Gamboa contra el auto superior de fojas sesenta, de quince de abril de dos mil dieciséis, que declaró improcedente la solicitud de refundición de penas; en el proceso penal que se le siguió por delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado.

Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

FUNDAMENTOS

Primero. Que la encausada Villalva Gamboa en su recurso formalizado de fojas sesenta y seis, de cinco de mayo de dos mil dieciséis, insta la reforma del auto impugnado y pide se acepte la refundición de penas que solicitó al Tribunal Superior. Alega que si bien se derogó la Ley N° 10124, ello no significa que la institución jurídica de la refundición de penas se dejó sin efecto, pues se encuentran vigentes los artículos 28 apartado 4 y 491 apartado 5 del Código Procesal Penal y artículos 292 literal b) del Código de Procedimientos Penales que hacen mención a la refundición de penas; que la sumatoria de penas entró en vigor

por la Ley N° 28730, de trece de mayo de dos mil seis, y la derogación de la Ley N° 10214 se produjo por la Ley N° 30076, de diecinueve de agosto de dos mil trece.

Segundo. Que el auto superior recurrido consideró que rige la ley procesal aplicable al momento de la actuación procesal, esto es, cuando se solicitó la refundición de penas. En el presente caso, la solicitud en referencia se presentó el nueve de noviembre de dos mil quince, fecha en que ya se encontraba vigente la Ley N° 30076 que derogó la Ley N° 10124.

Tercero. Que aparece de autos que la encausada fue sancionada, independientemente, por dos cielitos de tráfico ilícito de drogas, cometidos: el primero, el nueve de febrero de dos mil diez y el segundo, el cinco de julio de dos mil doce. Por el primer delito se le condenó en primera instancia el tres de mayo de dos mil trece, sentencia ratificada por la Corte Suprema el diecisiete de junio de dos mil catorce, a la pena privativa de libertad de ocho años. Por el segundo delito se le condenó en primera instancia –sentencia no impugnada– el veintiuno de enero de dos mil catorce, a la pena de seis años de privación de libertad [sentencias de fojas veinte y treinta y tres; y, sentencia de fojas seis].

Cuarto. Que, ahora bien, el concurso real retrospectivo es una institución de derecho penal material; y, como tal, rige el principio de *tempus cornissi delicti*: la norma aplicable es la de la fecha de comisión del delito –la consecuencia jurídica es el decto punitivo resultante de afirmar la existencia de tal concurso delictivo–. El procedimiento para hacer viable las consecuencias jurídicas del concurso real retrospectivo, son sin duda de carácter procesal y, por ende, rige el principio de *tempus regit ctctum*, entendiéndose este último como la fecha de la actuación procesal.

No debe confundirse, por tanto, lo que implica en materia punitiva el concurso real retrospectivo inclusive, con el trámite que debe regular la decisión judicial para hacerla valer, según las circunstancias en que se invoque. Las reglas procesales, en todo caso, no resuelven los problemas propios del concurso real.

Quinto. Que se ha entendido, aunque sin base normativa, que en caso de concurso real retrospectivo refundir importa incluir o comprender una pena en otra –la menor en la pena mayor o más grave– impuesta en distinto proceso –puras consecuencias de derecho penal material–, (confusión o falta de armonía que se debe, como esclareció Hurtado Pozo, porque las normas procesales tienen fuentes legales distintas a las materiales –francesa la primera y holandesa la segunda–), cuando históricamente el concurso real asumió, en estos casos, la concepción de una nueva penalidad desde la perspectiva del delito más grave, al que debe tenerse presente para su incremento punitivo los hechos de la otra sentencia (véase: art. 108 del CP de mil novecientos veinticuatro y originarios arts. 50 y 51 del CP vigente). Para la fijación de la pena no se siguió el modelo de absorción puro, luego, no puede hablarse de Refundición, sino el de asperación: pena global aumentando la pena individual que correspondía al imputado por el delito más grave [VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Derecho Penal Parte General*, dos mil seis, página setecientos siete]. Ese modelo es el mismo para el

concurso real retrospectivo [HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA: *Manual de Derecho Penal Parte General*, II, p. 217].

En el presente caso, la concepción originaria del Código Penal de mil novecientos noventa y uno cambió radicalmente con la Ley N° 28730, de trece de mayo de dos mil seis, pues desde el día siguiente de esa fecha en los supuestos de concurso real, incluido el retrospectivo, se suman las penas concretas que corresponden a los delitos cometidos, hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, que no puede exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad. Se asumió, en tal virtud, el modelo de acumulación de las penas con un doble límite: el doble de la pena más grave y finalmente el tope de los treinta y cinco años [GARCÍA CAVERO, PERCY: *Derecho Penal Parte General*, dos mil doce, p. 787]. Así se determinó en el Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116, de trece de noviembre de dos mil nueve, párrafo noveno.

Sexto. Que, así las cosas, queda claro que si, por diversos factores –información oportuna de una pena ya impuesta–, no se siguió esa consecuencia jurídico penal en el subsiguiente proceso –y antes no medió acumulación por conexidad–, con el resultado anómalo de dos penas independientes entre si, es del caso seguir el procedimiento incidental de ejecución de acumulación o unificación de penas –ya no es posible, propiamente, la refundición, que es una denominación impuesta por la Ley N° 10124, de veintinueve de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, sin base de Derecho penal material vigente–, que a decetos procesales instauró la Ley ya derogada y que, luego, el Código Procesal Penal la asumió como un incidente de ejecución específico (art. 488 ap. 5), que con las últimas reformas del aludido concurso, ya no tiene razón de ser la refundición de penas, sino su acumulación o unificación.

Sétimo. Que en el presente caso los dos delitos de tráfico ilícito de drogas cometidos por la encausada Villalva Gamboa se cometieron con posterioridad a la modificación normativa del concurso real; luego, la solución al problema de las dos condenas no pasa por la refundición en los términos planteados por la citada encausada –ni siquiera estaba amparada por las reglas de los originarios artículos 50 y 51 del Código Penal–, sino por la adición o sumatoria de las penas materia de las dos condenas que se le impusieron. Esa es la solución jurídicamente adecuada, a la que el Tribunal debe instar disponiendo la incoación del incidente de ejecución correspondiente. Que debe tramitarse con arreglo a los principios de contradicción y concentración, previo traslado al Ministerio Público y, luego, a la encausada.

Octavo. Que, es indiferente a tal planteamiento, el hecho de que recién con fecha veinte de agosto de dos mil trece, mediante la Ley N° 30076, se derogó expresamente la Ley N° 10124, pues la solución jurídica al concurso real retrospectivo, en todo caso, era la que contempló el artículo 51 del actual Código Penal con sus sucesivas modificaciones, que hacía referencia a una concreta solución específica al concurso de delitos.

El problema procesal –de unificación o acumulación de penas– solo se refiere al trámite que corresponde seguir para solucionar el concurso real retrospectivo si

el juez de la segunda o tercera sentencia no aplicó, en su caso, la adición de penas al dictar esta.

El recurso defensivo debe desestimarse y así se declara.

Noveno. Que dada la especial trascendencia de este caso que resuelve un tema jurídico que continuamente se presenta en nuestros Tribunales, y vista la doctrina que desarrolla, es pertinente aplicar lo dispuesto en el artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales, para afirmar su efecto de precedente vinculante.

DECISIÓN

Por estas razones, de conformidad con las conclusiones del dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal: **I. Declararon NO HABER NULIDAD** en el auto superior de fojas sesenta, de quince de abril de dos mil dieciséis, que declaró improcedente la solicitud de refundición de penas; solicitada por la sentenciada **YOLANDA VILLALVA GAMBOA**, en el proceso penal que se le siguió por delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado. **II. DISPUSIERON** se remita la causa al Tribunal Superior para los fines de ley, sin perjuicio de proceder conforme a la última parte del fundamento jurídico Sétimo. **III. ESTABLECIERON** que los fundamentos jurídicos cuarto, quinto y sexto de esta Ejecutoria constituyen precedente vinculante. **IV. ORDENARON** se publique esta Ejecutoria Suprema en el diario oficial *El Peruano* y en la página Web del Poder Judicial. **V. HÁGASE** a las partes procesales personadas en esta sede suprema. Interviene la señora jueza suprema Luz Sánchez Espinoza por vacaciones del señor juez supremo Víctor Prado Saldarriaga.

SS. SAN MARTÍN CASTRO; SALAS ARENAS; BARRIOS ALVADO; PRÍNCIPE TRUJILLO ; SÁNCHEZ ESPINOZA

Allanamiento de domicilio en delitos de tráfico ilícito de drogas

R.N. 1589-2013-Lima

SUMILLA: *Si bien la policía encontró droga en el domicilio de los encausados, no consta que existiera flagrancia delictiva; por ende, era necesario requerir una orden judicial o la autorización de los encausados para el ingreso y registro del inmueble, la misma que no fue acreditada en autos. La ilegitimidad constitucional del ingreso y registro domiciliario determina que la droga que se dice incautada –prueba originaria- y las pericias realizadas sobre el particular –prueba derivada- no sean utilizables, esto es, que carezcan de valor legal de prueba. Cabe precisar que a las dos notas materiales de la flagrancia (inmediatez temporal e inmediatez personal) se añaden otras dos de orden adjetivo: percepción directa y dectiva –nunca meramente presuntiva o indiciaria- de las dos notas anteriores, y necesidad urgente de la intervención policial como medio de evitar ya la consumación del delito que está cometiendo, ya el agotamiento del que se acaba de cometer; ya la desaparición de los dectos y huellas del delito que se están percibiendo directa y sensorialmente.*

Lima, seis de agosto de dos mil trece

Vistos; el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de los encausados Aurimas Brasas o Tomas Butkus y Martinas Bambalas o Darius Krudauskas; contra la sentencia de fojas novecientos treinta y cuatro, del treinta de enero de dos mil trece, en Cuanto los condenó como autores del delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado a quince años de pena privativa de libertad, trescientos días multa y expulsión del país, así como fijó en diez mil nuevos soles por concepto de reparación civil.

Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

FUNDAMENTOS

Primero.- Que la defensa del encausado Aurimas Brasas en su recurso formalizado de fojas novecientos cuarenta y nueve solicita la absolución. Alega que el acta de registro domiciliario y comiso de drogas no cuenta con la firma del Fiscal ni de traductor oficial; que su patrocinado no habla ni escribe castellano; que en la diligencia materia del acta de registro personal solo se le encontró dinero; que existe contradicción entre lo que declaró el instructor Luis Alberto Cotrina y el comandante de la Policía Nacional del Perú Pilco Pilco: que fue admitida la tacha contra cuatro actas levantadas por la policía en el curso de la intervención; que como se trata de prueba ilícitamente obtenida no produce ningún decto en el proceso.

Segundo.- Que la defensa del encausado Martynas Bambalas en su recurso formalizado de rojas novecientos cincuenta y cuatro insta la absolución. Repite los argumentos del recurso de su computado Aurimas Brasas. Insiste en que no habla castellano, que su permanencia en Perú era para exportar fruta y que arrendó el inmueble donde pernoctaba con el nombre de Darius Kudraskas.

Tercero.- Que la acusación fiscal de fojas seiscientos dieciséis atribuye a los imputados recurrentes integrar una organización delictiva de tráfico de drogas mediante la modalidad de utilizar maletas, montura de caballos y otros para acondicionar droga y enviarlos mediante burriers al extranjero, cuyo centro de operaciones era un inmueble en el distrito de San Miguel.

De estos hechos tomó conocimiento personal de inteligencia de la Depandro Ventanilla-Callao [Nota de Agente de Cojas cierno veintiuno], por lo que sin comunicar a la fiscalía— el día dieciséis de marzo de dos mil uno, como a las dieciséis horas, capturó a los encausados Aurimas Brasas y Martynas Bambalas de nacionalidad Lituana por inmediaciones de la cuadra uno de la calle Margarita Praxides - Urbanización Pando. Al dectuarles el registro personal solo se encontró en su poder un total de tres mil quinientos cincuenta dólares americanos [actas de rojas treinta y cinco y treinta y seis].

A continuación, sin recabar orden judicial, ingresaron y registraron el inmueble ubicado en el número ciento dieciséis de esa calle y urbanización —alquilado por Martynas Bambalas [contrato de fojas ciento veintidós]—. Según el acta respectiva de rejas treinta y siete —que indicó que la entrada y registro contó con la autorización de los detenidos— se encontraron, entre otros documentos, tres pasaportes de tres ciudadanos extranjeros, trescientos dólares americanos y una caja de madera que contenía una montura de caballo de cuero tallado con todos sus accesorios desarmados y con adherencias de clorhidrato de cocaína [pericia de fojas quinientos setenta y tres], una bolsa conteniendo esa misma droga: cero punto cero cuarenta y dos kilogramos [pericia de rojas quinientos setenta y dos], así como tres balanzas electrónicas y un sellador electrónico entre otras herramientas.

Con posterioridad a esa diligencia policial —nueve días después— se realizó el acta de inspección técnica policial con presencia del Fiscal que no aportó dato significativo alguno [acta de fojas cuarenta].

Los imputados, según comunicación oficial de Interpol, no registran antecedentes, por tráfico de drogas, sino por falsedad documental y tráfico de personas [carta de fojas ochocientos quince]. La pericia toxicológica arrojó negativo para consumo de drogas. El examen de sarro ungueal, asimismo resultó negativo para adherencias de drogas en ambas manos de los imputados.

Cuarto.- Que si bien es cierto que la sentencia no se pronunció expresamente respecto de las tachas interpuestas contra la Nota de Agente, el Acta de registro personal e incautación el acta de registro domiciliario, comiso e incautación, las dos actas de lacrado de especies los resultados preliminares de análisis químico y el Atestado Policial, las cuales fueron admitidas por resolución de fojas veintiséis

–cuaderno de tacha–: es obvio, que implícitamente, al otorgarles valorabilidad y ser apreciadas, se desestimó las mismas.

Sin embargo, es de precisar seis puntos básicos para la debida admisión y procedencia de una tacha en el proceso penal:

1. La tacha procede, primero, contra la prueba documental y, segundo contra los peritos y testigos (arts. 156. 165 y 262 del C de PP). Por remisión a los artículos 242 y 243 del Código Procesal Civil. la tacha a los documentos solo cabe por falsedad o por nulidad.
2. Es de diferenciar prueba documental –los documentos propiamente dichos– de prueba documentada. Esta última contiene diligencias actuadas en sede preliminar y jurisdiccional, que según las exigencias derivadas de los principios de legalidad contradicción inmediación irrepetibilidad y urgencia, podrán ser consideradas –si cumplen determinados presupuestos condiciones y requisitos– como actos de prueba para su valoración con arreglo a la sana crítica –prueba preconstituida y prueba anticipada–.
3. El Atestado Policial, como aporte de la policía con el valor de denuncia, no es, típicamente, prueba documental. Existen algunos ámbitos del atestado que pueden tener carácter de prueba preconstituida, si cumplen determinados requisitos. Su apreciación queda a cargo del Tribunal sentenciador cuando le corresponda apreciar la prueba –la legalidad integra el contenido esencial de lo que se entiende por prueba en el proceso jurisdiccional–. El cuestionamiento al atestado siempre es de mérito y la vía procesal desde luego, no es la tacha.
4. La Nota de Agente es un mero informe de un funcionario policial sujeto a contrastación, y como tal tiene el carácter de mera denuncia. Constituye en todo caso, objeto de prueba. Como no es un medio de prueba la tacha es rechazable de plano.
5. El resultado provisional de análisis químico no es un medio de prueba, pero comparte muy provisionalmente las notas de una pericia. Por tanto, lo que se puede tachar es al perito por falta de imparcialidad o por incompetencia profesional.
6. Las actas de registro incautación o comiso pueden erigirse en prueba preconstituida si cumplen las notas características de irrepetibilidad o indisponibilidad y urgencia, y si formalmente hubo posibilidad de actuación con principio de contradicción, se debatió en el acto oral y se cumplió con las disposiciones legales que la disciplinan. Como son prueba documentada no pueden ser objeto de tacha. Si se cuestiona su constitucionalidad, el argumento es de fondo –es una oposición u objeción de mérito que debe merecer cumplida respuesta en la sentencia– y de aceptarse, producirá su exclusión e inutilizabilidad: será una prueba de valoración prohibida.

Quinto.– Que como las reglas de prueba que integran la garantía de presunción de inocencia exigen la presencia de verdadera prueba, que esta sea de cargo e introducida por la parte acusadora, así como que en su obtención –fuente de prueba– o en su actuación –medio de prueba– no vulnere el contenido institucionalmente protegido de un derecho fundamental, el incumplimiento de alguna de ellas determina la imposibilidad de su valoración, de suerte que

si no existe prueba bastante o suficiente no queda otra opción al juez que dictar sentencia absolutoria.

Un cuestionamiento de este orden, como lo ha planteado la defensa, debe entenderse como argumento de defensa o en su caso como objeciones u oposiciones de mérito. Carece de objeto pronunciarse por las tachas dada su evidente inadmisibilidad.

Sexto.- Que en el presente caso, es de destacar dos oposiciones de la defensa: a) la indefensión material que significó que los imputados firmen actas sin conocer el castellano: y, b) el allanamiento policial del inmueble sin cumplir las exigencias impuestas por el artículo 2, inciso 9 de la Constitución.

Sétimo.- Que está probado que los imputados desconocían el castellano. Por eso se requirió la presencia de un intérprete. La declaración de la policía Marcela Katherine Stuva Parián es significativa [al respecto fojas doscientos ochenta y seis]. De ser así, no es posible aceptar como válida, en señal de conformidad, la firma de los imputados en las actas de registro personal y domiciliario. La indefensión material que deriva de esa omisión obliga a desestimar como legalmente válida la aceptación de los imputados a lo que allí se consigna.

Octavo.- Que como mediaron acciones de inteligencia y se contaba con información adecuada del lugar utilizado para acciones de tráfico de drogas, la ausencia del fiscal resta credibilidad a la diligencia y, en especial, la autorización judicial, que incluso le resta legitimidad –que es anterior y prerequisite de la fiabilidad probatoria–.

En dedto, los imputados han negado autorización personal para la entrada y registro del inmueble, por lo que la carga de la prueba recae en la policía. No hay evidencia objetiva, externa, distinta de la versión de los propios dectivos policiales, que confirme que los titulares del derecho de exclusión permitieron el ingreso y registro del predio.

Noveno.- Que cabe significar que no existió flagrancia delictiva. La droga o bienes vinculados a ella no eran observables por los policías. No consta que hubo una vigilancia del predio y que antes o en el acto de la intervención se advirtiera la presencia de movimientos propios de una actuación delictiva vinculada al tráfico de drogas. Es claro que en el presente caso no había constancia cierta de la comisión del delito a través de percepciones sensoriales, como eran, por ejemplo, la entrada y salida inmediata en el predio de personas conocidas por su adicción o comercialización de droga, de modo que exija de manera inexcusable una inmediata intervención policial. No era patente en este caso la desaparición de los agentes del delito o la destrucción u ocultación de los objetos o los instrumentos del mismo.

Es de rigor puntualizar que a las dos notas materiales de la flagrancia: inmediatez temporal e inmediatez personal. se añaden otras dos de orden adjetivo: percepción directa y dectiva –nunca meramente presuntiva o indiciaria– de las dos notas anteriores, y necesidad urgente de la intervención policial como medio de evitar ya la consumación del delito que está cometiendo, ya el agotamiento del que se acaba de cometer, ya la desaparición de los dectos y huellas del delito que

se está percibiendo directa y sensorialmente. Es evidente que en el *sub lila* estas notas no se presentaban, por ende, se requirió orden judicial –inexistente– o autorización del titular del derecho de exclusión –no acreditada, en tanto el comportamiento de los interesados, que no sabían el idioma, no permite concluir que medio aquiescencia libre y voluntaria–.

Décimo. Que en estas circunstancias se tiene que la ilegitimidad constitucional de la entrada y registro domiciliario determina que lo que se dice incautado –prueba originaria– y las pericias realizadas sobre el particular –prueba derivada– no sea utilizable, esto es, que carecen de valor legal de prueba. A ello se agrega que concurrió un supuesto de indefensión material por falta de intérprete, aunque es de acotar, desde una perspectiva general, que no es significativo la firma del intervenido en una acta policial para afirmar su eficacia procesal, pues lo relevante es el cumplimiento de las pautas legalmente establecidas en la realización de la propia diligencia en función a la obtención de fuentes de prueba –requisito incumplido en esta causa–.

En tal virtud, debe estimarse el recurso defensivo. Es de aplicación el artículo 301, primer párrafo del Código de Procedimientos Penales.

DECISIÓN

Por estas razones, con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas novecientos treinta y cuatro del treinta de enero de dos mil trece, en cuanto condenó a Aurimas Brasas o Tomas Butkus y Martynas Bambalas o Darius Krudauskas como autores del delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del listado a quince años de pena privativa de libertad, trescientos días multa y expulsión del país así como fijó en diez mil nuevos soles por concepto de reparación civil: con lo demás que al respecto contiene. Reformándola: los **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal formulada contra ellos por el referido delito en agravio del Estado: **ORDENARON** se archive el proceso definitivamente en este extremo y se **ANULEN** sus antecedentes policiales y judiciales como consecuencia del presente proceso, **DISPUSIERON** la inmediata libertad que se ejecutará siempre y cuando no exista contra ellos mandato detención emanada de autoridad competente cursándose las comunicaciones correspondientes. **MANDARON** se remitan los autos al Tribunal Superior para los fines legales correspondientes. Hágase saber a las partes personadas en esta sede suprema.

SS. SAN MARTIN CASTRO; LECAROS CORNEJO; PRADO SALDARRIAGA;
RODRÍGUEZ TINEO; NEYRA FLORES

Elementos del delito de desaparición forzada de personas

R.N. N° 1514-2013-Lima

SUMILLA: *El delito de desaparición forzada de personas, al ser un delito de infracción de deber, puede ser realizado por un determinado círculo de sujetos que ostentan un deber especial con relación al bien jurídico protegido. De ello se desprende que su realización se da a través de un funcionario público (como puede ser un militar), cuyo comportamiento típico se configura cuando no brinda la información legalmente impuesta acerca de la situación jurídica o paradero del agraviado. La no información, negación del hecho mismo de la detención, y el no brindar información alguna de lo que sucede con el detenido es un elemento esencial del tipo, cuyo fin y efecto automático es sustraer al agraviado de la protección de la ley. El deber de informar tiene como base lo dispuesto por el artículo XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Es un delito permanente que se mantiene mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida, y mientras no se aclaren los hechos, permanencia que se mantiene incluso después de que el sujeto activo deja el cargo público.*

Lima, veinte de noviembre de dos mil trece.

Vistos: el recurso de nulidad interpuesto por la parte civil, a cargo de José Antonio Barrantes Torres, y por el encausado contumaz Larry Esteban Rivera Azabache, contra la sentencia de fojas seis mil sesenta y cinco, del seis de febrero de dos mil trece, que absolvió a Jorge Ortiz Mantas o Jorge Enrique Ortiz Mantas y Gumercindo Zambrano Salazar, de la acusación fiscal formulada contra ellos, por el delito de desaparición forzada de personas (art. 320 del CP), en agravio de Marco Roberto Barrantes Torres; y ordenó mantener la reserva de la causa respecto del acusado contumaz Harry Esteben Rivera Azabache.

OÍDO el informe oral de la defensa.

Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

FUNDAMENTOS

1. Del itinerario procesal de la causa

Primero.- Que el día cuatro de mayo de mil novecientos ochenta y ocho, José Antonio y Mario Fernando Barrantes Torres denunciaron, ante la Oficina General de Derechos Humanos del Ministerio Público, la desaparición de su hermano, el agraviado Marco Roberto Barrantes Torres, ocurrida el dieciocho de marzo

de de mil novecientos ochenta y ocho, cuando salió de su domicilio para hacer trámites ante el Consejo Supremo de Justicia Militar [fojas tres]. Además, precisaron que, posteriormente, se personó a su domicilio una persona que se identificó ante ellos como Jacinto Romo Alca llamado verdaderamente Julio Hernán Ramos Álvarez, ya condenado, y luego de exhibir una carta presuntamente del agraviado les pidió que le entreguen fólderes con documentos. Se advirtió que el vehículo utilizado, Volkswagen GQ-cuatro mil seiscientos cincuenta y cuatro, color verde, pertenecía al Ministerio de Guerra, asignado al Servicio de Inteligencia del Ejército (en adelante, SIE).

Segundo.- Que en un primer momento se inició la persecución penal contra el llamado Jacinto Romo Alca, por delito contra la libertad personal, a quien se le formuló acusación por dicho ilícito penal y se solicitó la pena de dos años de privación de libertad [fojas ciento noventa y ocho, del veintiocho de mayo de mil novecientos noventa]; pero luego se declaró la extinción de la acción penal por prescripción, la cual, a continuación, se anuló por el Tribunal Superior que incluyó la acusación fiscal y se ordenó se amplíe la instrucción [auto de vista de fojas doscientos cincuenta y dos, del veintidós de julio de dos mil dos].

Tercero.- Que primero se abrió proceso penal por delito de secuestro [auto de apertura de instrucción de fojas quinientos ochenta y cuatro, del doce de agosto de dos mil tres], contra Julio Hernán Ramos Álvarez, Gumercindo Zambrano Salazar, Jorge Ortiz Mantas, Harry Esteban Rivera Azabache y Oswaldo Hanke Velasco; y, segundo, contra los cinco imputados por delito desaparición forzada [auto ampliatorio de apertura de instrucción de fojas ochocientos cincuenta y nueve, del veinticuatro de enero de dos mil cinco].

Cuarto.- Que el señor Fiscal Superior formuló acusación [fojas mil setenta y dos, del trece de julio de dos mil cinco] contra los cinco dectivos de inteligencia del Ejército Peruano, por el delito de desaparición forzada, y requirió se les imponga veinticinco años de pena privativa de libertad para cada uno, y fijó en trescientos cincuenta mil nuevos soles por concepto de reparación civil, que abonarán solidariamente a favor del pariente más cercano. Además, pidió el sobreseimiento respecto del delito de secuestro.

El Tribunal Superior emitió la resolución de fojas mil doscientos cincuenta y cuatro, del treinta de enero de dos mil seis, en virtud de la cual declaró el enjuiciamiento por el delito de desaparición forzada y el sobreseimiento archivo definitivo por el delito de secuestro.

Quinto.- Que la primera sentencia emitida [fojas dos mil ochocientos ochenta y cuatro, del catorce de febrero de dos mil siete] absolvió a los cinco acusados. Sin embargo, la Corte Suprema [fojas dos mil novecientos setenta y cuatro, del once de septiembre de dos mil ocho] ratificó la absolución de Oswaldo Hanke Velasco y anuló la absolución de los cuatro restantes, a la vez que dispuso la celebración de un segundo juicio oral para estos últimos.

La segunda sentencia proferida [fojas cuatro mil seiscientos noventa y uno, del nueve de marzo de dos mil diez], absolvió a Gumercindo Zambrano Salazar y Jorge o Jorge Enrique Ortiz Mantas, y condenó a Julio Hernán Ramos Álvarez,

como cómplice del delito de desaparición forzada, a ocho años de pena privativa de libertad y cinco años de inhabilitación; así como fijó en ciento cincuenta mil nuevos soles el monto de la reparación civil. Se reservó el juzgamiento contra el acusado contumaz Harry Esteban Rivera Azabache. Sin embargo, la Corte Suprema [fojas cuatro mil setecientos noventa y nueve, del veintiocho de marzo de dos mil once], ratificó la condena a Julio Hernán Ramos Alvarez, y anuló la absolución a Gumercindo Zambrano Salazar y Jorge o Jorge Enrique Ortiz Mantas; a la vez que dispuso la celebración de un tercer juicio oral. Siguió como reo contumaz Harry Esteban Rivera Azabache.

Sexto. Que el Tribunal Superior dictó el decreto de citación a juicio e inició el juicio oral contra los tres imputados restantes; esto es, Gumercindo Zambrano Salazar, Jorge Ortiz Mantas reos libres y Harry Esteban Rivera Azabache reo contumaz. No obstante, los fundamentos de la Corte Suprema, en su segunda Ejecutoria, el Tribunal Superior volvió a dictar una sentencia absolutoria contra los dos primeros encausados [fojas seis mil sesenta y cinco, del seis de febrero de dos mil trece].

Han recurrido en nulidad la parte civil por las absoluciones y el encausado Rivera Azabache por la reserva de la causa.

2. De los cargos e impugnaciones

Sétimo. Que, descontando al acusado absuelto. Coronel EP Oswaldo Hanke Velasco, jefe del SIE, los cargos formulados por el Ministerio Público en su requisitoria de fojas mil novecientos setenta y dos son:

1. El agraviado Barrantes Torres es un exteniente de reserva del Ejército Peruano, en adelante, EP. Los encausados pertenecían al aparato de inteligencia militar; así: el Comandante EP Rivera Azabache era Jefe de Contrainteligencia del SIE que elaboró el llamado “Plan Lucero”; mientras que los demás acusados eran Agentes de Inteligencia Operativa en adelante AIO, adscritos al SIE. Ese plan se formuló al descubrirse, en marzo de mil novecientos ochenta y ocho, una venta de información clasificada por dectivos militares, por lo que se ordenó al Jefe de Contrainteligencia, comandante EP Rivera Azabache, su confección fue aprobada por el Jefe del SIE. En su ejecución, para la ubicación y captura de los implicados en ese acto ilícito, intervinieron, entre otros, los tres Agentes de Inteligencia Operativa: Ramos Alvarez ya condenado, así como Ortiz Mantas y Zambrano Salazar absueltos ya en tres oportunidades. en primera instancia.
2. Es del caso que el día dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y ocho, el agraviado Barrantes Torres salió de su domicilio, ubicado en el distrito de San Martín de Porres, sin que haya retornado hasta la fecha ni se sepa su paradero. Se estableció que el indicado agraviado fue intervenido por Agentes de Inteligencia Operativa del SIE y conducido a las instalaciones del Cuartel General del Ejército concretamente a los calabozos del SIE, en San Borja. En esa sede, fue visto por el Suboficial EP Raúl Otto Gamonal Yaranga, también detenido por los mismos cargos en esa instalación militar por los AIO Zambrano Salazar y Ramos Alvarez.

3. Con motivo del Llamado Plan Lucero no solo fue detenido Gamonal Yaranaga, sino también el Teniente de Infantería EP César Augusto Sánchez, el Suboficial de Primera EP Luis Gonzalo Muñoz Tuesta, el Suboficial de Segunda Auxiliar de Inteligencia Nivardo David Leiva Rojas, el Suboficial de Segunda Auxiliar de Estado Mayor Hernando Natalio Alvarado Cuadros, el Suboficial de Segunda Auxiliar de Estado Mayor Gilberto Mercedo Saavedra Tello, el Suboficial EP Gaspar Jorge Neira Linares y el empleado civil oficinista Alejandro Atao Quintero, quienes fueron capturados y retenidos ilegalmente, aproximadamente por cuarenta días, en los calabozos del SIE, sometidos a castigos de rigor, y luego puestos a disposición del Fuero Militar; no así el agraviado Barrantes Torres, pese a su presencia en los calabozos del SIE.
4. A pocos días de producida la detención ilegal del agraviado Barrantes Torres y su traslado a los calabozos del SIE, el día veintitrés de marzo de mil novecientos ochenta y ocho, el AIO Ramos Alvarez, bajo la falsa identidad de Jacinto Romo Alca. se apersonó al domicilio del primero, con una carta presuntamente escrita por el agraviado y dirigida a sus familiares, para que le entreguen fólder con documentos lo que, en efecto, se hizo. Los familiares advirtieron que utilizó un vehículo Volkswagen verde, de placa de rodaje GQ guión cuatro mil seiscientos cincuenta y cuatro, asignado al SIE, donde prestaban servicio todos los detenidos, quienes fueron investigados por el presunto delito de infidencia.
5. Cabe destacar que, como consecuencia de la denuncia de los familiares del militar agraviado, Barrantes Torres, el Jefe del SIE, Comandante EP Hanke Velasco; el Jefe de Contrainteligencia, Comandante EP Rivera Azabache; el Jefe de la Dirección de Inteligencia del Ejército (DINTE), General EP Juan Campos Luque; y el Comandante General del Ejército, General EP Artemio Palomino Toledo; así como todos los AIO involucrados en el tema, negaron la privación de libertad del citado agraviado. Hasta ahora no se sabe nada del paradero del indicado militar.

Octavo. Que la parte civil, en su recurso formalizado de fojas seis mil doscientos treinta y ocho, insta la anulación de la absolución. Alega que el agraviado fue secuestrado en el contexto del Plan Operativo de Inteligencia Lucero, en el que participaron los encausados, AIO del SIE; que la desaparición del agraviado constituye una violación a los derechos humanos, que no se ha tomado en cuenta, respecto de Zambrano Salazar, que no se valoró la declaración jurada de Sosa Saavedra, ratificada en el acto oral, que le imputa haber capturado al agraviado; que el citado imputado participó en otras tres capturas; que el agraviado Barrantes Torres fue el primero en ser capturado. Por otro lado, Miranda Gutiérrez, Jefe del Operativo Lucero, refirió que Zambrano Salazar y Ortiz Mantas participaron en las investigaciones; que los detenidos en los calabozos del SIE, en los marcos de la citada operación de inteligencia, estaban en ambientes contiguos, cuyo control correspondía a Zambrano Salazar y Ortiz Mantas versiones de Gamonal Yaranaga, Alvarado Cuadros, Leyva Rojas y Sánchez Mendoza, quienes dijeron que los absueltos fueron sus custodios, y lo hacían con todos los detenidos; que Gamonal Yaranaga expuso que se reunió con Barrantes Torres y

conversaron por una hora en el baño; que el detenido Sánchez Mendoza refirió que el acusado Zambrano Salazar lo capturó y trasladó hasta los sótanos del SIE.

Noveno.- Que la defensa del encausado contumaz, Rivera Azabache, en su recurso formalizado de fojas seis mil doscientos cincuenta y uno, solicita la nulidad de la sentencia por infracción procesal. Arguye que se violaron tres garantías procesales: defensa, debido proceso tribunal imparcial y presunción de inocencia, al no cuestionarse la sentencia y Ejecutoria Suprema anterior, pues se mencionó que no era objeto de revisión, pese a que allí se le reservaba la causa; que lo expuesto se consolida porque se mencionó que la detención y reclusión de Barrantes Torres es un hecho probado en la sentencia anterior, por lo que reduce el objeto de prueba a la vinculación o no que tendría su patrocinado respecto al hecho.

3. De la sentencia recurrida

Décimo.- Que la sentencia recurrida, en primer lugar, sostiene que la sentencia anterior y su Ejecutoria Suprema, que condenó a Julio Hernán Ramos Álvarez, tiene como hecho probado la reclusión del agraviado en los calabozos del SIE.

En segundo lugar, afirma que la absolución de los encausados Zambrano Salazar y Ortiz Mantas se sustenta en que: (i) Ninguno de los familiares del agraviado reconoció que ambos encausados acompañaron al procesado Ramos Álvarez a la casa del agraviado, llevándoles la carta que se decía era del último de los nombrados. (ii) Ningún testigo presencié la forma, lugar ni las circunstancias de la detención del agraviado, ni su conducción a los calabozos del SIE. (iii) No se ha probado que dichos encausados tenían la función de custodios del agraviado, por lo que no conocían de su permanencia en el SIE guión dos; consecuentemente, al no ser custodios del agraviado, no han negado la información sobre su paradero o situación legal. (iv) La declaración jurada de Sosa Saavedra no tiene más fuerza que su declaración plenarial, en la que no aporta mayor información que vincule a los imputados con la desaparición del agraviado. (v) El testigo Ricardo Uceda es de referencia y no ha presenciado hecho alguno relativo al delito.

Por último, respecto del Comandante EP Rivera Azabache, se tiene que fue Jefe de Contrainteligencia del SIE, quien elaboró y controló la ejecución del Plan Lucero, desde cuya materialización se desapareció al agraviado. Como no se ha puesto a derecho para el juicio su situación jurídica, debe esclarecerse una vez que se presente al acto oral.

4. Del tipo legal de desaparición forzada

Décimo primero.- Que según el Acuerdo Plenario número cero nueve guión dos mil nueve diagonal CJ guión dieciséis del trece de noviembre de dos mil nueve, el artículo 320 del Código Penal, comprende dos acciones sucesivas: (i) privación de libertad del agraviado, cuyo origen puede ser legal o ilegal [en igual sentido, Sentencia de la Corte Interamericana de (Derechos Humanos en adelante, SCorteIDH, caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela, del veintiocho de noviembre de dos mil cinco, párrafo ciento cinco]; y, (ii) desaparición, debidamente comprobada, del sujeto pasivo, traducida en la no información sobre la suerte o el paradero de la persona privada de su libertad [en igual sentido, SCorteIDH,

caso Gómez Palomino vs. Perú, del veintidós de noviembre de dos mil cinco, párrafos ciento tres y siguientes]. Desde luego, otro elemento que se vincula al agente activo es la intervención de agentes gubernamentales, inclusive indirectamente por asentimiento [Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas de mil novecientos noventa y seis].

El delito se consolida cuando se cumple con este último elemento: no brindar la información legalmente impuesta sobre el paradero o situación jurídica del agraviado. La no información negación del hecho mismo de la detención y el no brindar información alguna de lo que sucedía con el detenido, en suma, es un elemento esencial del tipo legal, cuyo fin y efecto automático es sustraer al agraviado de la protección de la ley. El ocultamiento, pues, es un elemento central de este delito [tercer considerando del Preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas, artículo 2 de la Convención internacional para la protección de todas las personas víctimas de desapariciones forzadas de las Naciones Unidas y artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de la OEA.

Décimo segundo.- Que la privación de la libertad es presupuesto para el delito, pero no el elemento rector que lo configura. Es una exigencia de prueba del único escenario en el cual es posible desaparecer forzosamente a otra persona. El denominado “comportamiento típico” conducta específica fundamental, es la infracción del deber de informar que tiene el funcionario público, y que asume por injerencia, al intervenir, de uno u otro modo, en la detención, legal o ilegal del sujeto, o cuando sin haber participado materialmente en ella, tiene el deber de cautelar al detenido; es, pues, un delito de infracción de deber.

Es, por ello, asimismo, un delito de omisión pura de garante [SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “La regulación de la comisión por omisión en el artículo 111”. En *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Editorial Bosch, Barcelona, 1997, pp. 71 y 72], aunque su presupuesto sea una conducta comisiva de privación de la libertad una mera situación típica. La conducta específica fundamental está dada, desde el agente por la omisión de información o desaparición, lo que no permite reconocer un resultado típico separable espacio temporalmente de aquella omisión (ausencia de una acción determinada), y porque está en la posibilidad de informar acerca del paradero del sujeto pasivo (capacidad para realizar la conducta).

Esta infracción solo puede ser realizada por un determinado círculo de sujetos, caracterizados por un deber especial, con relación al bien jurídico protegido: caso de los funcionarios públicos. El deber de informar tiene como base lo dispuesto por el artículo XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Persona, que establece el deber de los agentes de las Fuerzas del Orden, de velar por la seguridad de los ciudadanos; y, sobre tal cometido, acota que: “Toda persona privada de libertad debe ser mantenida en lugares de detención oficialmente reconocidos y presentada sin demora, conforme a la legislación interna respectiva, a la autoridad competente. Los Estados Parte establecerán y mantendrán registros oficiales actualizados sobre sus detenidos y, conforme

a su legislación interna, los pondrán a disposición de los familiares, jueces, abogados, cualquier persona con interés legítimo y otras autoridades”.

Décimo tercero.- Que el sujeto activo del delito de desaparición forzada es un funcionario público, y los militares lo son (art. 425 numeral 5 del CP). Todo funcionario posee un deber especial sobre la intangibilidad del bien jurídico protegido que es la personalidad jurídica, y que abarca el derecho a acceder a los mecanismos legales de protección, incluido el debido proceso, pero se centra en la detracción del sujeto del sistema jurídico que ocurre, no en sentido material, sino en sentido normativo con la omisión de informar, sobre el reconocimiento de la personalidad del individuo que ha sido privado de su libertad.

Además, es un delito permanente [conforme: SCorteID1-I, caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, del doce de agosto de dos mil ocho, párrafo treinta y cuatro, y SCorteID1-I, caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia, del veintisiete de noviembre de dos mil ocho, párrafo veintiocho y siguientes], que se mantiene mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida, y mientras no se aclaren los hechos [según la SCorteIDH, en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, del veintinueve de julio de mil novecientos ochenta y ocho, párrafo ciento ochenta y uno], el deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida]; lo que equivale a decir que todos los que participan en el delito serán considerados coautores o cómplices según el caso, en razón de que hasta que la misma cese, perdurará la consumación. Se trata de una consumación material, que se prolonga en el tiempo, ello en atención a la naturaleza del bien jurídico y su forma de ataque.

Cabe enfatizar, asumiendo las críticas dogmáticas al citado acuerdo plenario y recogiendo lo que establece la doctrina nacional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Penal, que la permanencia del delito se mantiene incluso después de que el sujeto activo deja el cargo público, en cuyo ejercicio asumió el deber, pues es esto último lo trascendente desde la perspectiva típica [MEINI MÉNDEZ, Iván. *Imputación y responsabilidad penal*. Lima: Ara Editores, 2009, pp 384 y 385].

Décimo cuarto.- Que sobre la interpretación del artículo 320 del Código Penal, es de remitirse no solo a normas jurídicas internas sino también al Derecho Internacional Penal, según lo prescrito en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Así, no es posible desarrollar los elementos del delito de desaparición forzada, si no se tienen cuenta los tratados y las normas de *soft law* emitidos por las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos.

Respecto a los convenios normas jurídicas internacionales que, en virtud del artículo 55 de la Constitución, forman parte del Derecho nacional se debe tener presente la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro; el Estatuto de la Corte Penal Internacional, suscrito en Roma el diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho (art. 76 numeral 2 ap. i); y la Convención internacional para la protección de todas las personas víctimas de

desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas del veinte de diciembre de dos mil seis. La prohibición absoluta de la desaparición forzada es una norma de *ius cogens*, que afecta derechos que conforman el “núcleo duro” de los derechos.

El tipo legal nacional, al igual que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, no exige los elementos con figuradores generales: ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Estos elementos están presentes en el delito de desaparición forzada de 1 esa humanidad. No obstante, si no se presenta el elemento contextual, el hecho individual antes descrito (privación de libertad y posterior desaparición de Marco Barrantes), necesariamente se está ante una grave violación de derechos humanos, cuya criminalización e, incluso, exclusión de amnistías y establecimiento de excluyentes de responsabilidad, que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables [SCorteIDH, caso Barrios Altos vs. Perú, del catorce de marzo de dos mil uno, párrafo cuarenta y uno], se impone en virtud de las normas jurídicas internacionales tratados y normas de *soft law* expuestas en los párrafos precedentes [para el caso de este crimen internacional: SCorteIDH, caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, del uno de septiembre de dos mil diez, párrafo doscientos siete].

Este delito afecta tanto a las víctimas como a sus familiares [BATÁN CHACÓN, Iván Arturo. “El crimen internacional de desaparición forzada de personas”. En *Revista Advocatus*. N° 26. Lima, 2017, p. 68].

5. De la apreciación de la prueba en orden a los agravios impugnativos

Décimo quinto. Que del Informe número dos mil tres SIE punto dos E, del cuatro de abril de mil novecientos noventa y ocho, corriente a fojas quinientos tres, se desprende que el SIE a cargo de Hanke Velasco elaboró el Plan Operativo Lucero cuya confección, ejecución y cumplimiento correspondió al encausado Rivera Azabache, Jefe de Contrainteligencia del SIE, con motivo de haberse detectado una red de colaboradores que entregan información clasificada a un país extranjero. Allí se menciona que el agraviado Barrantes Torres, miembro del Ejército Peruano, era el organizador de esa red, y que había reclutado a efectivos de esa institución. El absuelto Hanke Velasco, tanto en su instructiva de fojas seiscientos setenta y dos, como en sus testificales de fojas noventa y ocho y cuatrocientos treinta y ocho, refirió que como jefe del SIE mandó elaborar el Plan Lucero al Jefe de Contrainteligencia Rivera Azabache; hecho que este último reconoce en su instructiva de fojas seiscientos sesenta y cuatro.

El SIE realizó las capturas del personal militar involucrado su ejecución en los calabozos de esa institución, las investigaciones e interrogatorios a los implicados y, luego, recomendó su denuncia ante la jurisdicción militar, lo que en efecto se hizo por su propio mérito [fojas uno a sesenta del incidente “A” del Fuero Militar].

Décimo sexto.- Que si bien es cierto las altas autoridades de inteligencia del Ejército, incluso el propio Rivera Azabache (también Juan Manuel Campos Luque, en su declaración plenaria de fojas cinco mil cuatrocientos veintisiete, quien reconoce la existencia del Plan Lucero pero no de la detención del agraviado),

niegan la detención de Barrantes Torres el mismo que aparece en el informe antes citado y en el proceso penal militar como no habido, en autos existen pruebas categóricas de que la privación de libertad se produjo por el SIE, y que sus autoridades negaron la detención y el paradero del agraviado Barrantes Torres. El acusado Contumaz Rivera Azabache adujo que ni siquiera lo conocía y que en la investigación respectiva no pudo ser capturado; que nunca estuvo internado en el SIE e, incluso, que en la fecha de los hechos, ni siquiera existían calabozos en la referida institución militar [instructiva de fojas seiscientos sesenta y cuatro]. Sin embargo, el preso Neira Linares dijo que vio a Rivera Azabache en los sótanos del SIE, mientras que Gumerindo Zambrano le expresó que era potestad del Comando poner al agraviado Barrantes Torres a disposición de la Zona Judicial del Ejército [fojas cuatrocientos cincuenta y seis y cinco mil cuatrocientos cincuenta y tres].

Décimo Sétimo.- Que, no obstante ello, se cuenta con la versión directa de Raúl Otto Gamonal Yaranga, prestada en sede jurisdiccional penal ordinaria, involucrado en los hechos investigados por el SIE y la jurisdicción castrense. Dicho encausado, testigo en esta causa, mencionó uniformemente que vio al agraviado detenido en los calabozos del SIE e, incluso, conversó con él. Es decir, el agraviado tenía la calidad de detenido, era custodiado por los dectivos militares, no con el rango de oficiales, involucrados en estos hechos, entre los que se encontraban los absueltos. Gamonal Yaranga, en sede de instrucción a fojas cuatrocientos noventa y cuatro, menciona que vio detenido al agraviado, y que el acusado absuelto Ortiz Mantas manifestó que el agraviado había sufrido represalias por esa conversación. Esa misma versión, en lo esencial, es reiterada en los dos plenarios anteriores [fojas dos mil cuatrocientos cincuenta y nueve y cuatro mil cuatrocientos uno].

En el ámbito de la jurisdicción castrense, a Gamonal Yaranga, como imputado, en sede del SIE sin fiscal ni defensor no se le preguntó si el agraviado se encontraba con él en los calabozos del SIE; en sede sumaria anotó que vio al agraviado por última vez el dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y ocho, en que fue a su casa, pero en sede plenaria rechaza la investigación militar, porque fue golpeado y condicionado para que se autoinculpe [fojas treinta, setenta y seis y trescientos diecinueve]. Esa es la línea de las declaraciones de los imputados en sede militar. No se les pregunta nada sobre la permanencia del agraviado en el SIE, declaran en sede de primera instructiva, pero luego denuncian maltratos y condicionamiento para que se autoinculpen. Así: 1. Sánchez Mendoza [fojas catorce, sesenta y uno, doscientos seis y trescientos dieciséis]. 2. Alvarado Cuadros [fojas diecinueve, noventa y dos y trescientos veinte vuelta]. 3. Neira Linares [fojas treinta y siete, ochenta y tres, doscientos veintiuno y trescientos dieciocho]. 4. Saavedra Telles [fojas cuarenta y dos, ochenta y siete, doscientos diez y trescientos diecinueve vuelta]. 5. Leiva Rojas [fojas cincuenta y tres, setenta y trescientos veinte vuelta].

Décimo octavo.- Que en este proceso penal, los cinco detenidos, como primer dato, expresaron que por referencias de su codetenido Gamonal Yaranga, se enteraron de que este último también se encontraba preso en los calabozos

del SIE [fojas dos mil cuatrocientos ochenta y nueve y cinco mil ciento treinta y ocho, fojas cuatrocientos setenta y tres y tres mil setecientos setenta y siete, fojas cuatrocientos cincuenta y seis, cinco mil cuatrocientos cincuenta y tres, y fojas cuatrocientos cincuenta y seis, dos mil quinientos treinta, tres mil ochocientos veintitrés y cinco mil cuatrocientos cincuenta y tres]. Relativizan su versión en juicio oral Saavedra Telles y Leiva Rojas, pues el primero dice que ni siquiera vio a Gamonal Yaranga, pese a decir con anterioridad que los otros detenidos le comentaron de la presencia del agraviado Barrantes Torres [fojas quinientos treinta y nueve y cuatro mil cuatrocientos sesenta]; y, el segundo acota que no sabía si el agraviado estaba en el SIE, pese a que en el primer juicio oral expresó que escuchó a Gamonal Yaranga de que Barrantes Torres estaba detenido en los calabozos del SIE [fojas dos mil quinientos treinta y siete y cuatro mil doscientos cuarenta y tres].

En todo caso, como segundo dato, se tiene que todos mencionaron la presencia de los imputados absueltos y del reservado Rivera Azabache en los calabozos del SIE.

Décimo noveno.- Que es importante dejar establecido que efectivos de inteligencia militar vigilaron y llegaron al domicilio del agraviado, y que cuando el dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y ocho salió de su casa ya no volvió a aparecer [en especial declaraciones plenarias de Yeny Mariela Medina Malpartida y Judy Patricia Sánchez Malpartida de fojas cinco mil sesenta y tres y cinco mil ochenta y ocho], pero la investigación del SIE lo comprendió, al punto de que se mintió sobre su paradero, pues se consignó que estaba en Arequipa y se le entregó una carta que los familiares reconocen es del imputado para obtener diversos documentos que sirvieron al proceso penal militar. El AIO que realizó ese engaño fue el condenado Julio Hernán Ramos Álvarez. Los hermanos del agraviado, Mario Fernando y José Antonio Barrantes Torres, afirmaron que el reo Gaspar Neira Linares, finalmente, les comunicó que su hermano estaba detenido en los sótanos del SIE [fojas doscientos ochenta y nueve y cinco mil doscientos sesenta y dos, y doscientos ochenta y seis y cinco mil ciento seis].

El AIO Sosa Saavedra, según el libro del periodista Manuel Uceda Pérez, *Muerte en El Pentagonito*, quien declaró a fojas cinco mil doscientos noventa y cuatro, señaló que junto con el espía ecuatoriano también se ejecutó al agraviado, quienes previamente se encontraban detenidos en los calabozos del SIE [capítulo VIII, del libro en cuestión, fojas tres mil ciento ochenta y siete]. No obstante, Sosa Saavedra, quien incluso redactó una declaración jurada y fue grabado [fojas cuatro mil cuatrocientos ochenta y nueve y dos mil setecientos veinte], en el juicio oral a fojas cinco mil trescientos sesenta niega todas esas referencias y expresiones que reconoce mencionó, incluso tal retracción la hace por escrito en una carta dirigida al propio periodista Uceda Pérez [fojas cinco mil cuatrocientos noventa y dos].

Vigésimo.- Que, por otra parte, los encausados absueltos Zambrano Salazar y Ortiz Mantas, niegan toda relación con el agraviado Barrantes Torres. El primero reconoce la investigación realizada, la captura de Gamonal Yaranga y el traslado de otros dos investigados entre ellos de Neira Linares, las órdenes del

comandante EP Rivera Azabache, y la vigilancia de los detenidos en los calabozos del SIE. El segundo admite conocer a sus coimputados, que los detenidos recibieron los castigos de rigor, que debía vigilarlos y que Sosa Saavedra lo acusa por venganza.

Cabe enfatizar, al respecto, que el contumaz Rivera Azabache, en su instructiva de fojas quinientos sesenta y cinco, señaló que tenía bajo su comando a los absueltos Zambrano Salazar y Ortiz Mantas. Ambos imputados recurridos reconocieron que trabajaron en mil novecientos ochenta y ocho en el SIE, y como tales se dedicaron al cumplimiento de la misión que entrañaba las investigaciones del Plan Lucero. Los detenidos Neira Linares, Alvarado Cuadros y Sánchez Mendoza mencionan a Ortiz Mantas como parte del equipo de investigación y quienes los vigilaron en los calabozos del SIE. Luego, sus labores no fueron solo de búsqueda de información, sino de captura, investigación y vigilancia de los detenidos.

Vigésimo primero.- Que más allá de la versión contradictoria de Sosa Saavedra y lo que expuso, en 'lógica referencia', el periodista Uceda Pérez, es a partir de los datos consolidados en la causa: primero, se capturó a Barrantes Torres sindicado como principal responsable de venta de información al extranjero; segundo, fue remitido a los calabozos del SIE como detenido; tercero, se omitió toda información sobre su detención y vínculos con sus familiares, quienes insistieron, constantemente, en saber dónde se encontraba [denuncia a la Comisión de la Verdad y Reconciliación de fojas doscientos treinta y cuatro, carta dirigida al Comandante General del Ejército de fojas mil ocho, escrito de fojas dos mil ochocientos tres dirigido a la Fiscalía Especial de Defensoría del Pueblo, carta a la Oficina General de Derechos Humanos del Ministerio Público de fojas dos mil ochocientos doce, y diversos oficios dirigidos por autoridades a instancia de ellos: fojas dos mil ochocientos ocho, dos mil ochocientos diez y dos mil ochocientos once]; cuarto, luego de su arresto, un AIO el sentenciado Ramos Alvarez entregó a sus familiares una carta del agraviado para la entrega de información y les dijo que se encontraba en Arequipa; y, quinto, hasta la fecha, tanto los imputados como todos los que participaron en el equipo de investigación, han negado información sobre el paradero del agraviado. Se trata, pues, de un desaparecido, cuya responsabilidad recae en todos los que, desde el rol que desempeñaron en el Plan Lucero, realizaron las investigaciones, sabían de su paradero y lo ocultaron. Es obvio, por lo demás, tener presente que se desapareció no solo al supuesto cabecilla de la red peruana, sino también al extranjero, que era el contacto para la fuga de información clasificada.

Vigésimo segundo.- Que los datos son claros y no se presentan contraindicios sólidos que permitan dudar razonablemente de que se desapareció al agraviado. Los involucrados en el delito contra la seguridad y el honor de la nación, si bien en sede castrense no mencionaron al agraviado; pero en esa misma sede, posteriormente, cuestionaron con énfasis y uniformidad los maltratos y coacciones sufridas durante su estancia en sede del SIE, así como la exigencia de su autoinculpación. Luego, ya en la jurisdicción penal ordinaria cuya imparcialidad y objetividad no puede ponerse en tela de juicio, refirieron lo que ya se estipuló en

orden a la presencia del agraviado en los calabozos del SIE; luego, si tal hecho es ocultado sistemáticamente por los imputados, es que ellos participaron en su desaparición. A sus versiones se tiene en cuenta lo expuesto por sus familiares y la propia realidad: el agraviado Barrantes Torres desapareció en plena investigación, bajo la guía del Plan Lucero, y ya producido el cambio de régimen político, no se ha resuelto y sigue en total misterio su paradero. Es, pues, un desaparecido. Esa es la única conclusión razonable.

Por las características del tipo legal de desaparición forzada [ver: fundamentos décimo primero a décimo tercero], como se afirma que los absueltos participaron en las investigaciones de los hechos atribuidos al agraviado y resguardaron a todos los arrestados, es obvio que sabían de su detención y, luego, omitieron dolosamente toda información al respecto. La sentencia absolutoria en este contexto es infundada. Presentó un análisis probatorio profundamente equivocado y, esencialmente, desde una concepción del tipo legal de desaparición forzada absolutamente insostenible. Es de aplicación el artículo 301, *in fine*, del Código de Procedimientos Penales.

El recurso acusatorio debe desestimarse y así se declara.

6. De la situación jurídica del contumaz Rivera Azabache

Vigésimo tercero.- Que, a partir de lo expuesto, en los fundamentos jurídicos precedentes, que incluyen la versión del contumaz y el análisis global del caso, la prueba actuada acreditó que habría participado, a nivel de mando, en la detención, encierro y ulterior desaparición por lo cual ocultó información del paradero del agraviado Barrantes Torres.

Como rehuyó el enjuiciamiento, es de aplicación el artículo 321 del Código de Procedimientos Penales. No cabe la absolución por lo ya anotado, pero sí la reserva, pues nadie puede ser juzgado ni condenado sin ser previamente oído, aun cuando tenga la condición de contumaz. Así lo estipula nuestro ordenamiento procesal y la jurisprudencia correspondiente.

Estas consideraciones y no otras, de mero carácter formal, son las que determinan la reserva. Sencillamente, de lo actuado no es posible una conclusión absolutoria.

Vigésimo cuarto.- Que es obvio que la declaración de hechos probados de una sentencia goza del valor de la prueba documental pública. Sin embargo, tratándose del mismo caso o hecho punible, su declaración de hechos probados y los fundamentos de derecho no pueden extenderse automáticamente para los ausentes y contumaces; aunque, tampoco, puede restársele todo mérito o estimarse simplemente como un mero dato referencial, con dictos valorativos nulos.

Es posible que concurren o se acrediten situaciones de hecho no contempladas o, luego, probadas o improbadas a la luz de una posible nueva prueba actuada. Por otra parte, pueden presentarse, en el caso del imputado ausente o contumaz, causas de exclusión de responsabilidad propia, ajenas a las de los otros coencausados.

Vigésimo quinto.- Que es evidente que no se puede estimar la existencia de cosa juzgada porque falta, como límite subjetivo, el imputado esta comprende el hecho

ya juzgado y la misma persona. Las anteriores sentencias se concretaron, como corresponde, frente a las pruebas de cargo actuadas hasta el momento, al reservar la causa contra Rivera Azabache, pero no condicionan la condena si este se presenta a juicio o fuera capturado. En estos casos, no se da eficacia positiva o prejudicial a las sentencias anteriores.

Dos son las razones de esta opción frente a las sentencias condenatorias diferente será el caso de las sentencias absolutorias: primera, porque se prefiere que los tribunales puedan, a veces, incurrir en contradictorios juicios de hecho y de Derecho, a que tengan coactada su libertad, para apreciar libremente las pruebas y aplicar sin cortapisas el Derecho; y, segunda, porque así se garantiza la integridad de la defensa del imputado, argumento de gran importancia y no meramente complementario del anterior [DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS y otros. *Derecho Procesal Penal*. 5ª edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid: 2002, p. 546].

Por tanto, desde la parte resolutive debe ratificarse la opción del Tribunal a quo. Las razones de la reserva son las fijadas en los parágrafos precedentes. El recurso defensivo, en suma, se desestima y así se declara.

DECISIÓN

Por estas razones, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal: 1. Declararon **NULA** la sentencia de fojas seis mil sesenta y cinco, del seis de febrero de dos mil trece, en cuanto absolvió a Jorge Ortiz Mantas o Jorge Enrique Ortiz Mantas y Gumercindo Zambrano Salazar de la acusación fiscal formulada contra ellos, por el delito de desaparición forzada de personas (art. 320 del CP), en agravio de Marco Roberto Barrantes Torres. **MANDARON** se realice un nuevo juicio oral por otro Colegiado. 2. Declararon **NO HABER NULIDAD** en la propia sentencia, en el extremo que ordenó mantener la reserva de la causa respecto el acusado contumaz Harry Esteben Rivera Azabache. 3. **DISPUSIERON** se remitan los autos al Tribunal de origen, para que proceda conforme está ordenado. Hágase saber a las partes personadas en esta sede suprema.

SS. SAN MARTÍN CASTRO; PRADO SALDARRIAGA; RODRÍGUEZ TINOCO; SALAS ARENAS; PRÍNCIPE TRUJILLO

Prueba indiciaria y presunción de inocencia (caso Chavín de Huantar)

R.N. N° 3521-2012-Lima

SUMILLA: *A falta de prueba directa, la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia. En el sub lite se tiene, desde la perspectiva de las partes acusadoras, tres testimonios sobre hechos inmediatamente previos a la muerte de los tres emerretistas agraviados y la prueba pericial forense sobre las lesiones por proyectil por arma de fuego que registran los aludidos agraviados, así como datos subsecuentes al hecho –lógicas de encubrimiento real– que fundan la pretensión acusatoria. Otro tema es, como se ha dejado claro, que tales datos o informaciones no son indicios –ante su falta definitiva de acreditación–, menos graves y concordantes, respecto de las que no es posible hacer uso de una inferencia correcta, la cual necesariamente debe partir de realidades constatables. Que, en el presente caso, la versión de Hidetaka Ogura, respecto de los agraviados Meléndez Cueva y Peceros Pedraza, no es creíble y no tiene puntos de corroboración; es decir, no constituye indicio, probado y concluyente y, menos, grave. Las pruebas de descargo enervan la atendibilidad de su versión. Por otro lado, las pruebas forenses hacen mención, finalmente, a un fuego cruzado, en combate, no a una ejecución sumaria de unos emerretistas vencidos y desarmados. La proporcionalidad y plena racionalidad de la operación Chavín de Huantar, unida a sus resultados, impiden considerar que formó parte de su ejecución, con el concurso de otros dectivos, propiamente los de inteligencia, el matar alevosamente a los emerretistas capturados. No está probado que se instituyó una cadena de mando paralela a la propiamente militar en la dirección y ejecución de la operación militar de rescate a fin de dar muerte a los emerretistas que pudieran resultar heridos o ilesos luego de la operación de rescate.*

Lima, veinticuatro de julio de dos mil trece.

Vistos; Oído el informe oral en audiencia pública; los recursos de nulidad interpuestos por (i) el señor Fiscal Adjunto Superior de Lima, especializado en delitos de corrupción de funcionarios; (ii) la parte civil, que representa a los familiares de los agraviados Víctor Salomón Peceros Pedraza y Herma Luz Meléndez Cueva; y, (iii) la parte civil que representa a los familiares del agraviado Eduardo Nicolás Cruz Sánchez, contra la sentencia emitida por la Tercera Sala Penal Especial Liquidadora de Lima de fojas veinticinco mil ochocientos treinta y seis, del quince de octubre de dos mil doce, en cuanto:

1. ABSOLVIÓ a Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Vladimiro Montesinos Torres y Roberto Edmundo Huamán Ascurra de la acusación fiscal formulada contra ellos por autoría mediata del delito de homicidio calificado (artículo 108, inciso 3, del Código Penal) en agravio de Herma Luz Meléndez Cueva y Víctor Salomón Peceros Pedraza; y
 2. ABSOLVIÓ a Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Vladimiro Montesinos Torres y Roberto Edmundo Huamán Ascurra de la acusación fiscal formulada contra ellos por autoría mediata del delito de homicidio calificado (artículo 108, inciso 3, del Código Penal) en agravio de Eduardo Nicolás Cruz Sánchez.
- Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

I. FUNDAMENTOS DE HECHO

1. Aspecto central del proceso jurisdiccional

Primero. Que el proceso objeto del presente recurso de nulidad está referido a la operación militar de rescate de los rehenes de la residencia del embajador de Japón acaecida en horas de la tarde –quince horas con veintisiete minutos–, del veintidós de abril de mil novecientos noventa y siete, cuyos actos precedentes se refieren a la incursión terrorista de catorce integrantes del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru –en adelante, MRTA–, respectivamente armados, llevada a cabo a las veintidós horas con veinte minutos del diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis en la residencia del embajador del Japón, ubicada en la calle Tomás Alva Edison número doscientos diez - San Isidro, donde se celebraba una recepción con motivo del natalicio del Emperador Akihito, con la concurrencia de numerosos altos funcionarios y dignatarios públicos, diplomáticos acreditados en el Perú, entre otras personalidades e invitados. Del conjunto de personalidades retenidas, finalmente quedaron en cautiverio setenta y dos personas.

Como consecuencia de la operación militar, también denominada “Chavín de Huantar”, en la que participaron ciento cuarenta y dos comandos de las Fuerzas Armadas –cuyo núcleo fue la Primera División de las Fuerzas Especiales del Ejército Peruano; en adelante, DIVFFEE–, y también dectivos de la Marina de Guerra del Perú bajo la calificación de “Patrulla Tenaz”, en términos de afectaciones personales, por armas de fuego y granadas, tenemos:

* Fallecidos (total: diecisiete personas).

A. Los catorce miembros del MRTA:

1. Alejandro Huamaní Contreras (NN01)
2. Adolfo Trigo Torres o Adolfo Trigozo Torres (NN02)
3. Roli Rojas Fernández (NN03)
4. Edgar Huamaní Cabrera (NN04)
5. Víctor Luber Luis Cáceres Taboada (NN05)
6. Néstor Fortunato Cerpa Cartolini (NN06)
7. Iván Meza Espíritu (NN07)

8. Artemio Shingari Rosque o Artemio Shingari Quinchocre (NN08)
9. Víctor Salomón Peceros Pedraza (NN09)
10. Herma Luz Meléndez Cueva (NN 10)
11. Bosco Honorato Salas Huamán (NN11)
12. Luz Dina Villoslada Rodríguez (NN12)
13. Eduardo Nicolás Cruz Sánchez (NN14)
14. No identificado (NN13).

B. Un rehén:

1. El Juez Supremo Ernesto Giusti Acuña.

C. Dos dectivos militares:

1. Teniente Coronel EP Juan Valer Sandoval
2. Teniente EP José Jiménez Chávez.

* Heridos por proyectiles por arma de fuego o granadas (total: veinte personas).

A. Cinco rehenes:

1. Juez Supremo Luis Serpa Segura
2. Juez Supremo Mario Antonio Urrelo Álvarez
3. Ex canceller Francisco Tudela van Breugel Douglas
4. Mayor EP Héctor García Chávez
5. Mayor EP Renán Miranda Vera.

B. Quince comandos:

1. Mayor EP Oscar David Vargas Ramos
2. Mayor EP Eduardo Martínez Ponce
3. Mayor EP Héctor García Chávez
4. Capitán EP Jorge Félix Díaz
5. Capitán EP Alfredo Tackas Cordero
6. Capitán EP Jesús Vera Ipinza
7. Capitán EP Oscar Vargas Ramos
8. Teniente EP Raúl Cruz Vargas
9. Teniente EP Ricardo Camino Antúnez de Mayolo
10. Teniente EP Ricardo Aníbal Benavides Febres

11. Teniente EP Julio Manuel Díaz León
12. Teniente EP José Béjar Alarcón
13. Oficial de Mar de Segunda AP Silvestre Castro Herrera
14. Oficial de Mar de Segunda AP Walter Morales Rojas
15. Suboficial de Primera EP Silvestre Castro Herrera

Los cargos objeto de la acusación, enjuiciamiento y recurso de nulidad estriban en que –según la Fiscalía y la parte civil que representa a los secuestradores agraviados y fallecidos– se dio muerte a tres de los emerretistas, que habían tomado la residencia del embajador del Japón y tenían en cautiverio a los setenta y dos rehenes, pese a que habían sido capturados y estaban rendidos. Estos son: Herma Luz Meléndez Cueva, Víctor Salomón Peceros Pedraza, y Eduardo Nicolás Cruz Sánchez.

2. Itinerario del procedimiento en las fases de instrucción e intermedia

Segundo. Que en sede de instrucción cabe resaltar lo siguiente:

1. La Fiscalía Provincial Especializada de Lima cursó el oficio número cero cero uno guión dos mil uno guión FPE guión MP guión FN, del cuatro de enero de dos mil uno, de fojas mil trescientos doce, mediante el cual disponía que la Policía Nacional investigue los hechos expuestos en la denuncia de fojas mil trescientos catorce, de esa misma fecha, formulada por María Genara Fernández Rosales contra Vladimiro Montesinos Torres, Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Julio Salazar Monroe y quienes resulten responsables por delito de homicidio calificado en agravio de su hijo Roli Rojas Fernández y otros integrantes del MRTA. Asimismo, con fecha diecinueve de enero de dos mil uno envió el oficio número cero cero uno guión dos mil uno diagonal FPE guión MP guión FN, de fojas mil trescientos diecinueve, y expidió igual mandato adjuntando la denuncia de fojas mil trescientos veintiuno interpuesta por Eligia Rodríguez de Villoslada, de fecha dieciocho de enero de ese mismo año, contra Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Julio Salazar Monroe y quienes resultaran responsables por el delito de homicidio calificado en agravio de Luz Dina Villoslada Rodríguez, miembro del MRTA. Por último, con fecha doce de marzo del mismo año dos mil uno, la Fiscalía Provincial Especializada de Lima expidió el oficio número cero cero uno guión dos mil uno diagonal FPE guión MP guión FN, por el que anexaba la denuncia presentada por Américo Gilvonio Conde y María Lucero Cumpa Miranda de fojas mil trescientos sesenta y cinco, del veintiocho de diciembre de dos mil, contra Vladimiro Montesinos Torres, Nicolás de Bari Hermoza Ríos y los que resultaran responsables por delito de homicidio calificado en agravio de Eduardo Cruz Sánchez y otros.
2. La Policía Nacional, con motivo de las averiguaciones que realizó con intervención del Ministerio Público, emitió el Atestado número cero cuatro

guión DIRPOCC guión DIVAMP guión PNP de fojas uno, de fecha dos de mayo de dos mil dos, enviado a la Fiscalía Provincial Especial de Lima el ocho de mayo de dos mil dos. La citada Fiscalía formalizó denuncia penal (fojas tres mil novecientos treinta y siete, del veinticuatro de mayo de dos mil dos) contra: 1. Vladimiro Montesinos Torres, 2. Nicolás de Bari Hermoza Ríos, 3. Roberto Edmundo Huamán Ascurra, 4. Jesús Salvador Zamudio Aliaga, 5. Augusto Jaime Patiño, 6. José Williams Zapata, 7. Luis Rubén Alatrística Rodríguez, 8. Carlos Alberto Tello Aliaga, 9. Hugo Víctor Robles del Castillo, 10. Víctor Hugo Sánchez Morales, 11. Raúl Huarcaya Lovón, 12. Walter Martín Becerra Noblecilla, 13. José Alvarado Díaz, 14. Manuel Antonio Paz Ramos, 15. Jorge Félix Díaz, 16. Juan Carlos Moral Rojas, 17. Tomás César Rojas Villanueva, 18. Jorge Orlando Fernández Robles y 19. Leonel Cabrera Pino, por delito de homicidio calificado en agravio de Eduardo Nicolás Cruz Sánchez, Henna Luz Meléndez Cueva y Víctor Salomón Peceros Pedraza. Asimismo, denunció a: 20. Juan Fernando Dianderas Ottone, 21. Martín Fortunato Luis Solari de la Fuente y 22. Herbert Danilo Ángeles Villanueva, por delito de encubrimiento real en agravio del Estado.

3. El Tercer Juzgado Penal Especial de Lima, mediante auto de fojas cuatro mil ciento setenta y tres, del once de junio de dos mil dos, abrió instrucción en la vía ordinaria contra: 1. Vladimiro Montesinos Torres, 2. Roberto Edmundo Huamán Ascurra, 3. Augusto Jaime Patiño, 4. José Williams Zapata Villanueva, 5. Luis Rubén Alatrística Rodríguez, 6. Carlos Alberto Tello Aliaga, 7. Hugo Víctor Robles del Castillo, 8. Víctor Hugo Sánchez Morales, 9. Raúl Huarcaya Lovón, 10. Walter Martín Becerra Noblecilla, 11. José Alvarado Díaz, 12. Manuel Antonio Paz Ramos, 13. Jorge Félix Díaz, 14. Juan Carlos Moral Rojas y 15. Tomás César Rojas Villanueva, por delito de homicidio calificado (artículo 108°, inciso 3 del Código Penal), en agravio de Herma Luz Meléndez Cueva y Víctor Salomón Peceros Pedraza; contra Vladimiro Montesinos Torres, Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Roberto Edmundo Huamán Ascurra, Augusto Jaime Patiño, José Williams Zapata, Luis Alatrística Rodríguez, Carlos Tello Aliaga, Benigno Leonel Cabrera Pino, Jorge Orlando Fernández Robles y Jesús Zamudio Aliaga, por delito de homicidio calificado en agravio de Edmundo Nicolás Cruz Sánchez. De otro lado, en esa misma resolución declaró no ha lugar a abrir instrucción contra: (i) Hugo Víctor Robles del Castillo, Víctor Hugo Sánchez Morales, Raúl Huarcaya Lovón, Walter Martín Becerra Noblecilla, José Alvarado Díaz, Manuel Antonio Paz Ramos, Jorge Félix Díaz, Juan Carlos Morales Rojas, Tomás César Rojas Villanueva por delito de homicidio calificado, en agravio de Eduardo Nicolás Cruz Sánchez; (ii) Benigno Leonel Cabrera Pino, Jorge Orlando Fernández Robles y Jesús Zamudio Aliaga por delito de homicidio calificado en agravio de Herma Luz Meléndez Cueva y Víctor Salomón Peceros Pedraza; y, (iii) Juan Fernando Dianderas Ottone, Martín Fortunato Luis Solari de la Fuente y Herbert Danilo Ángeles Villanueva por delito

de encubrimiento real en agravio del Estado [expediente número veinticuatro guión dos mil dos].

4. El último extremo denegatorio fue revocado por el auto de vista de fojas doce mil seiscientos cuatro, del dos de abril de dos mil tres.
5. Independientemente, en cuaderno aparte, por auto de fojas diez mil ochocientos cincuenta, del uno de octubre de dos mil tres, aclarado por auto de fojas diez mil ciento treinta y dos, del treinta de octubre de dos mil tres, el citado Tercer Juzgado Penal Especial de Lima, en cumplimiento de la orden del Tribunal Superior, abrió instrucción en la vía sumaria contra Juan Fernando Dianderas Ottone, Martín Fortunato Luis Solari de la Fuente y Herbert Danilo Ángeles Villanueva por delito de encubrimiento real en agravio del Estado [expediente número veinticuatro guión dos mil tres].
6. Ambos procesos penales (veinticuatro guión dos mil tres y diecinueve guión dos mil dos) se acumularon mediante auto de fojas siete mil setecientos cuarenta, del doce de agosto de dos mil tres, por decisión del auto de vista de fojas siete mil setecientos diecisiete, del veintiuno de julio de dos mil tres.
7. En atención a que la jurisdicción militar inició proceso penal por los mismos hechos, se produjo un conflicto de jurisdicción, resuelto por este Supremo Tribunal –Sala Penal Transitoria– mediante Ejecutoria Suprema de fojas cinco mil seiscientos cincuenta y nueve, del dieciséis de agosto de dos mil dos. Se resolvió: (i) que la instrucción seguida en la jurisdicción castrense continúe y que el Tercer Juzgado Penal Especial de Lima remita a la Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo de Justicia Militar copia certificada de todo lo actuado en la instrucción seguida contra Augusto Jaime Patiño y otras catorce personas; y, (ii) que permanezca en la jurisdicción penal ordinaria el conocimiento de los hechos atribuidos a Vladimiro Montesinos Torres, Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Roberto Huamán Ascurra y Jesús Zamudio Aliaga. Por auto de fojas cinco mil seiscientos sesenta y seis, del nueve de setiembre de dos mil dos, el Tercer Juzgado Penal Especial de Lima cumplió con lo ordenado por la Sala Penal Transitoria de esta Corte Suprema.
8. Por autos de fojas cuatro mil setecientos cuarenta, del once de julio de dos mil dos, se tiene por constituida en parte civil a Edgar Odón Cruz Acuña, padre del agraviado Eduardo Nicolás Cruz Sánchez; y, de fojas cinco mil quinientos setenta, del cuatro de setiembre de dos mil dos, se tiene por constituida en parte civil a Nemesia Pedraza Chávez, madre del agraviado Salomón Víctor Peceros Pedraza. Henna Luz Cueva Torres, madre de la agraviada Meléndez Cueva, se constituyó en parte civil por escrito de fojas cuatro mil setecientos noventa y nueve, del quince de julio de dos mil dos, pero se le requirió acreditar su entroncamiento, lo cual se probó con la partida de nacimiento de fojas seis mil ciento ochenta, con lo que se da por recibida la referida partida por resolución de fojas seis mil

ciento ochenta y dos, del veintiséis de diciembre de dos mil dos, aunque la resolución antes citada expresamente no la constituya en parte civil. La secuencia procesal glosada, y en aras de la garantía de tutela jurisdiccional, obliga a entender que Herma Luz Cueva Torres es parte civil en esta causa.

9. Por auto de fojas diez mil ochocientos sesenta y uno, del tres de octubre de dos mil tres, el Estado fue constituido como tercero civilmente responsable.

Tercero. Que culminada la fase de instrucción, el señor Fiscal Superior de la Tercera Fiscalía Superior Especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Lima mediante requerimiento de fojas doce mil trescientos veinticuatro, del veintidós de setiembre de dos mil seis, formuló acusación contra:

1. Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Vladimiro Montesinos Torres y Roberto Edmundo Huamán Ascurra como autores mediatos del delito de homicidio calificado (art. 108, inc. 3 del CP) en agravio de Herma Luz Meléndez Cueva y Víctor Salomón Peceros Pedraza.
2. Vladimiro Montesinos Torres, Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Roberto Edmundo Huamán Ascurra y Jesús Salvador Zamudio Aliaga como autores mediatos del delito de homicidio calificado (art. 108, inc. 3 del CP) en agravio de Eduardo Nicolás Cruz Sánchez.
3. Hebert Danilo Ángeles Villanueva como autor inmediato y Martín Fortunato Luis Solari de la Fuente y a Juan Fernando Dianderas Ottone como autores mediatos, del delito de encubrimiento real en agravio del Estado.
4. El señor Fiscal Superior solicitó se imponga a Vladimiro Montesinos Torres veinte años de pena privativa de libertad, a Nicolás de Bari Hermoza Ríos dieciocho años de pena privativa de libertad, y a Roberto Edmundo Huamán Ascurra y Jesús Salvador Zamudio Aliaga quince años de pena privativa de Libertad. Como reparación civil a favor de los herederos legales de cada uno de los agraviados, pidió la suma de quinientos mil nuevos soles, que abonarán en forma solidaria con el Estado.
5. También solicitó se imponga a Solari de la Fuente tres años de pena privativa de libertad, a Ángeles Villanueva cuatro años de pena privativa de libertad, y a Dianderas Ottone cinco años y cuatro meses de pena privativa de libertad, e inhabilitación. De igual manera, fijó en quinientos mil nuevos soles el monto de la reparación civil que solidariamente deben abonar a favor del Estado.

Cuarto. Que la Tercera Sala Penal Especial Liquidadora de Lima por autos de fojas doce mil seiscientos sesenta y uno, del treinta y uno de agosto de dos mil seis, y de fojas doce mil seiscientos setenta y cuatro, del veinte de octubre de dos mil seis, declaró extinguida por prescripción la acción penal incoada, en el primer caso, contra Dianderas Ottone y Solari de la Fuente y, en el segundo caso, contra Ángeles Villanueva, por delito de encubrimiento real en agravio del Estado.

Quinto. Que la mencionada Tercera Sala Penal Especial Liquidadora de Lima dictó el auto superior de enjuiciamiento de fojas doce mil seiscientos noventa y ocho, del veintiuno de noviembre de dos mil seis, contra Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Vladimiro Montesinos Torres y Roberto Edmundo Huamán Ascurra como autores mediatos del delito de homicidio calificado (artículo 108°, inciso 3 del Código Penal) en agravio de Herma Luz Meléndez Cueva y Víctor Salomón Peceros Pedraza; y, contra Vladimiro Montesinos Torres, Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Roberto Edmundo Huamán Ascurra y Jesús Salvador Zamudio Aliaga, como autores mediatos del delito de homicidio calificado (art. 108, inc. 3 del CP) en agravio de Eduardo Nicolás Cruz Sánchez.

Por auto de fojas diecinueve mil ciento cincuenta y nueve, del cinco de julio de dos mil diez, el proceso en atención a su entidad y dificultad fue declarado complejo.

3. Itinerario del procedimiento en la fase de enjuiciamiento

Sexto. Que el juicio oral se interrumpió o quebró en dos oportunidades. El primer auto de citación a juicio –de fojas doce mil setecientos sesenta y ocho, del tres de abril de dos mil siete– dio lugar a la audiencia que se inició el dieciocho de mayo de dos mil siete (fojas doce mil ochocientos setenta y ocho) y la última sesión –la centésima décima séptima– tuvo lugar el veinticinco de setiembre de dos mil nueve (fojas dieciocho mil quinientos noventa y nueve). Formalmente se declaró quebrado dicho juicio por auto de fojas dieciocho mil seiscientos veintiséis, del quince de octubre de dos mil nueve, en atención a que se produjo un cambio de los jueces superiores integrantes de la Sala de Juzgamiento.

El segundo auto de citación a juicio –de fojas dieciocho mil seiscientos setenta y dos, del siete de enero de dos mil diez– determinó la audiencia que se inició el diecinueve de marzo de dos mil diez (fojas dieciocho mil ochocientos seis) y la última sesión –la cuadragésima séptima– se realizó el cuatro de mayo de dos mil once (fojas veinte mil doscientos veintiocho). Dicho juicio se declaró formalmente quebrado mediante resolución de fojas veinte mil doscientos sesenta y cinco, del veinte de mayo de dos mil once, en mérito a que una juez superior se enfermó y no fue posible designar a otro juez.

Sétimo. Que el juicio oral definitivo se inició, previo auto de citación a juicio de fojas veinte mil doscientos sesenta y cinco, del veinte de mayo de dos mil once, el día uno de junio de dos mil once. Se realizaron ciento nueve sesiones hasta el cinco de octubre de dos mil doce (fojas veinticinco mil ochocientos veinte), fecha en que se clausuró el debate. La sentencia de instancia se expidió el día lunes quince de octubre de dos mil doce [fojas veinticinco mil ochocientos treinta y seis].

Cabe puntualizar que ante los problemas del enjuiciamiento de esta causa el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa Número ciento cuarenta y seis guión dos mil once guión CE guión PJ, del cinco de mayo de dos mil once, dispuso que la referida Sala Penal competente se dedique a exclusividad al conocimiento del juicio.

Esta sentencia, por mayoría, contiene la siguiente parte resolutive:

1. ABSOLVIÓ a Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Vladimiro Montesinos Torres y Roberto Edmundo Huamán Ascurra de la acusación fiscal formulada en su contra por autoría mediata del delito de homicidio calificado (artículo 108, inciso 3 del Código Penal) en agravio de Herma Luz Meléndez Cueva y Víctor Salomón Peceros Pedraza.
2. ABSOLVIÓ a Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Vladimiro Montesinos Torres y Roberto Edmundo Huamán Ascurra de la acusación fiscal formulada en su contra por autoría mediata del delito de homicidio calificado (art. 108, inc. 3 del CP) en agravio de Eduardo Nicolás Cruz Sánchez.
3. RESERVÓ el juzgamiento contra el acusado contumaz Jesús Salvador Zamudio Aliaga.
4. ELEVÓ copia certificada de lo actuado a la Fiscalía Suprema en lo Penal para que se dispongan las investigaciones correspondientes que determinen al autor o autores materiales del delito de homicidio calificado en agravio de Eduardo Nicolás Cruz Sánchez.

4. Del contenido fáctico de la acusación fiscal y la sentencia de instancia

Octavo. Que el Señor Fiscal, en su acusación escrita de fojas doce mil trescientos veinticuatro, del veintidós de setiembre de dos mil seis, define los siguientes hechos penalmente relevantes:

1. El día diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis, como a las veintidós horas con veinte minutos, catorce miembros del MRTA, dirigidos por Néstor Cerpa Cartolini (a) “Evaristo”, premunidos de armamento de guerra y granadas, incursionaron violentamente en la residencia del embajador del Japón Morihisa Aoki y, finalmente, tomaron como rehenes a setenta y dos invitados, entre ministros de Estado, congresistas, jueces supremos, otros altos funcionarios públicos, miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, diplomáticos y otros invitados, peruanos y extranjeros. Sus demandas eran: (i) liberación de los miembros del MRTA encarcelados, (ii) cambios en la política económica del gobierno, (iii) traslado de los emerretistas liberados y de ellos mismos a la selva central, y (iv) pago de un “impuesto de guerra”.
2. Paralelamente a las negociaciones en aras de una solución pacífica a la toma de la residencia del embajador del Japón, a cargo de una Comisión de Alto Nivel, el entonces presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori ordenó al presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas -en adelante, CCFFAA-, Nicolás de Bari Hermoza Ríos, al asesor presidencial y jefe real del Servicio de Inteligencia Nacional -en adelante, SIN-, Vladimiro Montesinos Torres, y otros altos militares, la elaboración de un Plan Operativo Militar de contingencia o de rescate de los rehenes y toma de la residencia del embajador japonés, a cuyo decto se instituyó un Centro de Operaciones Tácticas -en adelante, COT-. La preparación del Plan fue elaborado, por orden superior, por el Comandante General de la Primera División de

Fuerzas Especiales del Ejército, general de brigada EP Augusto Jaime Patiño, también jefe del COT. Este, a su vez, encomendó su ejecución al coronel de infantería EP José Williams Zapata, quien tenía como adjuntos al coronel Ejército Peruano Luis Alatrística Rodríguez y al capitán de fragata AP Carlos Tello Aliaga, a partir de los cuales se elaboró el Plan de Operaciones Nipón noventa y seis, conocido luego como “Chavín de Huantar”.

3. Ese Plan de Operaciones comprendía, luego de la jefatura a cargo del general Jaime Patiño, un segundo nivel de comando: coronel de infantería Alfredo Reyes Távara, mayor de infantería Jaime Muñoz Oviedo, coronel de infantería Paul da Silva Gamarra, coronel de infantería Edmundo Díaz Calderón, y capitán de comunicaciones José Fernández Fernández. Bajo el mando del coronel de infantería José Williams Zapata se formó la Unidad Contra Terrorista denominada “Patrulla Tenaz”, que se erigió en un tercer nivel de comando, el cual tenía como adjuntos al coronel de infantería Luis Alatrística Rodríguez y al capitán de fragata AP Carlos Tello Aliaga, y estaba integrado por ciento cuarenta y dos comandos, acuartelados y entrenados en la réplica de la residencia en el Cuartel de Chorrillos.
4. La “Patrulla Tenaz” se dividió en dos grupos, subdivididos a su vez en cuatro equipos. El Grupo de Asalto Alfa -encargado de dominar el primer piso de la residencia y rescatar a los rehenes que permanecían en ese lugar- tenía como jefe al coronel de infantería Benigno Leonel Cabrera Pino y como adjunto al teniente coronel de infantería Jorge Orlando Fernández Robles. El Grupo de Asalto Delta -encargado de dominar el segundo piso de la residencia y rescatar a los rehenes que permanecían en ese lugar- tenía como jefe al coronel de infantería Hugo Víctor Robles del Castillo y como adjuntos a los mayores de infantería Víctor Hugo Sánchez Morales y Renán Miranda Vera.
5. El Grupo de Asalto Alfa se subdividió en cuatro Equipos: 1. El equipo Alfa uno al mando del mayor de infantería César Augusto Astudillo Salcedo. 2. El equipo Alfa dos al mando del capitán de ingeniería Héctor García Chávez. 3. El equipo Alfa tres al mando del mayor de infantería Carlos Vásquez Ames. 4. El equipo Alfa cuatro al mando del mayor de ingeniería Raúl Pajares del Carpio. El Grupo de Asalto Delta, igualmente, se subdividió en cuatro Equipos: 1. El equipo Delta cinco al mando del mayor de infantería Luis Alberto Donoso Volpe. 2. El equipo Delta seis al mando del capitán de infantería Ciro Alegría Barrientos. 3. El grupo Delta siete al mando del capitán de infantería Armando Takac Cordero. 4. El grupo Delta ocho al mando del capitán de infantería Raúl Huarcaya Lovón.
6. Para la ejecución del Plan de Operaciones se contó, además, con el apoyo de otros siete grupos. 1. El Grupo de Francotiradores a cargo del mayor de ingeniería José Bustamante Albújar. 2. El Grupo de Seguridad al mando del teniente coronel de infantería Juan Chávez Núñez, subdividido en dos equipos. 3. El Grupo de Apoyo y Evacuación al mando del teniente coronel de infantería Juan Chávez Núñez, subdividido en tres equipos: A) Al mando del

- teniente coronel de infantería César Díaz Peche. B) Al mando del teniente coronel de infantería Roger Zevallos Rodríguez. C) Al mando del mayor de artillería José Flor Marca. 4. El Grupo de Personal de las casas aledañas al mando del teniente coronel EP Jesús Salvador Zamudio Aliaga –su misión era brindar seguridad a los diferentes inmuebles aledaños a la residencia y alquilados para la operación de rescate, y por orden del teniente coronel EP, integrante del SIN, Roberto Edmundo Huamán Ascurra–. 5. El Grupo de Personal de Seguridad de las calles aledañas, a cargo del coronel PNP Jesús Artemio Konja Chacón. 6. El Grupo Personal del SIN, al mando de Vladimiro Montesinos Torres –tenía a su cargo las labores de explotación de la información que se obtenía secretamente del interior de la residencia; interceptación de comunicaciones telefónicas, introducción de micrófonos y grabación de las actividades de los subversivos y rehenes; y formulación de la réplica de la residencia del embajador del Japón, tomas fotográficas, filmaciones y apoyo logístico a los que participarían en la operación militar–. 7. El Grupo de Personal SIN-DIE, encargado del traslado de los rehenes y comandos heridos a los hospitales de la Policía Nacional y Ejército Peruano.
7. La operación de rescate se inició el día veintidós de abril de mil novecientos noventa y siete a las quince horas, al tener comunicación interna –del rehén y vicealmirante AP Luis Giampietri Rojas– de que la vigilancia del inmueble estaba a cargo de un solo subversivo. El Grupo de Demolición de la Marina de Guerra inició su labor de conmoción y los Grupos Alfa y Delta, de la Patrulla Tenaz, iniciaron en simultáneo su incursión prestamente en la primera y segunda plantas del predio.
 8. Es de destacar que en el segundo piso los integrantes del Equipo Delta ocho –que ingresaron por el balcón del cuarto signado con la letra “P”–, lugar donde encontraban varios rehenes, entre ellos el secretario de la embajada Hidetaka Ogura, se produjo un enfrentamiento con los terroristas agravados Peceros Pedraza y Meléndez Cueva cuando se acercaban armados a la zona de evacuación. Quienes se enfrentaron con los citados subversivos fueron el capitán de infantería Raúl Huarcaya Lovón y el capitán de ingeniería Walter Martín Becerra Noblecilla.
 9. Sin embargo, conforme con la declaración de Hidetaka Ogura tal enfrentamiento no se produjo, pues los terroristas agravados fueron capturados vivos, de lo que se colige que fueron victimados cuando se hallaban rendidos. Los cadáveres se encontraron en el citado cuarto “I”. Por otra parte, acorde con la declaración del mayor de infantería Luis Alberto Donosso Volpe, durante el enfrentamiento con los terroristas, luego de producido este, uno de los comandos se encargaba de verificar si alguno se encontraba con vida y de acuerdo a la técnica ya trazada dectuar el tiro de seguridad. Por tanto, se actuó bajo las directivas impartidas por los altos mandos: Fujimori Fujimori, Hermoza Ríos y Montesinos Torres.
 10. Los rehenes del cuarto signado con la letra “H”: Serpa Segura, Urrelo Álvarez, Montes de Oca Begazo, Pantoja Rodulfo, Tsuboyaina Matsuda y Garrido

Garrido fueron conducidos a través de los túneles al jardín de la denominada Casa número Uno, donde se encontraba el Técnico EP Manuel Túllume Gonzales –que filmaba dicha escena–. Igualmente, pasaron a dicho espacio los rehenes del cuarto “I”, el testigo Hidetaka Ogura y otros funcionarios japoneses. En esas circunstancias, uno de los liberados, no identificado, alertó que entre los rehenes se encontraba un subversivo –que era el agraviado Cruz Sánchez (a) “Tito” –, por lo que los suboficiales PNP Raúl Reyes Robles Reynoso y Marcial Teodorico Torres Arteaga, miembros del SIN, lo capturaron y por radio comunicaron el suceso al jefe del Grupo de Personal de las casas aledañas, teniente coronel EP Jesús Salvador Zamudio Aliaga, quien ordenó –al decir de ambos deductivos policiales–que un deductivo se acercaría a recogerlo, lo que en efecto ocurrió: un comando se llevó al terrorista agraviado al interior de la residencia. No obstante, fue encontrado muerto sobre una plataforma de concreto ubicada en la parte posterior del pasadizo exterior de la residencia, colindante con la casa de la Cooperación Técnica Alemana y la Casa número uno, con un impacto por proyectil por arma de fuego con orificio de entrada en la región posterior del cuello y salida en la región lateral derecha de la cabeza. La detención del terrorista agraviado Cruz Sánchez también fue presenciada por el diplomático japonés Hidetaka Ogura, por lo que su muerte se imputa al teniente coronel EP Zamudio Aliaga, quien siguió la cadena de mando militar.

11. Existió una cadena de mando militar y una cadena de mando paralela. La primera que integraba la Patrulla Tenaz, bajo la autoridad del Jefe de la Unidad de Intervención, coronel EP Williams Zapata, y el jefe del COT, general EP Jaime Patiño, quien a su vez daba cuenta al Presidente del Comando Conjunto general EP Hermoza Ríos, el cual finalmente coordinaba con el jefe real del SIN Montesinos Torres y el Presidente de la República Fujimori Fujimori. La segunda, la cadena paralela, a cargo de las ejecuciones extrajudiciales, bajo la dirección del Presidente Fujimori Fujimori, el general EP Hermoza Ríos, el Jefe real del SIN Montesinos Torres, el cual se comunicaba con el teniente coronel EP Huamán Ascurra, el teniente coronel EP Zamudio Aliaga y el personal del SIN.
12. Por lo demás, no se previó en la ejecución de la operación capturar con vida a ningún emerretista. Ningún comando contaba con instrumentos para reducir y trasladar terroristas de un lugar a otro. Además, se tenía que aplicar la táctica del “Tiro Instintivo Selectivo” –en adelante, TIS–. La Fiscalía Superior agrega que el acusado ausente Zamudio Aliaga reportaba cualquier incidente a través de la cadena de mando paralela, la que era conocida por el general EP Jaime Patiño y el coronel Williams Zapata; que los comandos contaban con radios portátiles que permitían la comunicación con su cadena de mando militar; que, por ello, la información entre todos ellos era posible.

Noveno. Que el Fiscal Adjunto Superior en la acusación oral de fojas veinte mil cuatrocientos setenta, del seis de julio de dos mil once, insiste en la ejecución extrajudicial de los tres terroristas agraviados: los dos primeros en el segundo

piso de la residencia del embajador del Japón Narihisa Aoki, y el último en el primer piso de la residencia, en la parte exterior. La técnica del “TIS” consiste –a partir de la versión del coronel EP Williams Zapata– en ductuar tres disparos en dos segundos a las partes vitales del adversario: cabeza y tronco, y luego un tiro de seguridad o de remate en la cabeza del enemigo para asegurarse que esté fuera de combate. Además, cada Unidad y Equipo de la Patrulla Tenaz fue asignado a una tarea y zona específica, a fin de evitar fuego cruzado y un desorden en la operación de rescate.

Por otra parte, ratificada la existencia de una cadena de mando paralela, conocida por los altos mandos (Fujimori Fujimori, Hermoza Ríos, Montesinos Torres, Jaime Patiño, Williams Zapata), que un nivel intermedio integraba los tenientes coroneles EP, miembros del SIN, Huamán Ascurra y Zamudio Aliaga. Montesinos Torres y Huamán Ascurra, todos ellos participaron tanto en los actos preparatorios como en la ejecución del Plan de Operaciones, y más aun en la fase posterior para procurar la desaparición de las huellas y pruebas del delito. Esta cadena de mando paralela tuvo injerencia directa, de facto, en la cadena de mando militar: las muertes de los tres terroristas capturados vivos lo prueban. Los superiores de la cadena de mando militar conocieron de lo ocurrido al tener conocimiento de la captura de los tres terroristas y, por tanto, no fueron ajenos a su muerte.

Finalmente, reitera que los acusados tuvieron el dominio funcional, a título de autoría mediata, del asesinato de los tres terroristas agraviados y decidieron su muerte. Además, se siguió un esquema que impidió a los forenses y personal médico cumplir con su misión: extraer muestras orgánicas para la realización de pericias auxiliares, tomar fotografías y realizar filmaciones, así como acceder inmediatamente al teatro de los hechos.

Décimo. Que la sentencia de instancia de fojas veinticinco mil ochocientos treinta y seis, del quince de octubre de dos mil doce, apartándose de la acusación fiscal estableció lo siguiente:

1. En cuanto a los emerretistas agraviados Meléndez Cuevas y Peceros Pedraza señaló: A) Que ambos agraviados murieron en combate, para lo cual existe la admisión de dos comandos que admiten haberles dado muerte en combate cuando los terroristas ingresaron armados al cuarto “I” en el momento en que se realizaba la evacuación de los rehenes japoneses. B) Que todos los terroristas muertos presentan gran número de disparos, al igual que Meléndez Cuevas y Peceros Pedraza, lo que se debe a que los comandos se desplazaban en pareja por los ambientes de la residencia y ductuaban disparos al observar a un terrorista. C) Que las pericias no determinan la consecución de los disparos, por lo que no se puede determinar cuál de ellos fue de necesidad mortal. D) Que la única versión inculminatoria es la Hidetaka Ogura, quien no tuvo la visión suficiente para ver que los dos agraviados se rendían (la escalera metálica colocada en el balcón, por donde descendían los rehenes liberados, no permite observar claramente el cuarto en referencia).

2. Respecto al emerretista agraviado Cruz Sánchez (a) “Tito” puntualizó: A) Que fue detenido cuando había terminado el combate en la residencia, y los rehenes de los cuartos “H” e “I” ya se encontraban evacuados y esperaban ser recogidos en la casa aledaña número 01. B) Que el agraviado fue detenido por dos detectives policiales, miembros del SIN. C) Que la frecuencia del sistema de comunicaciones solo permitía contactos entre los miembros del SIN, por lo que los detectives policiales Robles Reynoso y Torres Arteaga solo podían comunicarse con su superior jerárquico, con el teniente coronel EP Zamudio Aliaga, y este con aquellos. D) Que las pericias acreditan que el agraviado falleció a causa de un solo disparo, calibre nueve milímetros, en la cabeza, que se produjo a una distancia entre sesenta centímetros a seis o siete metros; además, el cuerpo, al momento del impacto, tuvo una movilidad casi nula o la cabeza un tanto gacha.
3. En lo atinente a la existencia de una cadena de mando paralela estipuló: A) Que no se probó la realidad de una cadena de mando paralela, además entre la “Patrulla Tenaz” y los miembros del SIN no existió una única comunicación radial, ni entre ellos medió disposiciones u órdenes de acatamiento u obediencia. B) Que de constar tal cadena de mando paralela, tal situación sería de conocimiento, además, de los miembros de la “Patrulla Tenaz”, lo que ha sido negado por ellos. C) Que la directiva para eliminar a todos los terroristas secuestradores una vez rendidos pondría en cuestión al éxito de la operación militar y complicaría al Perú en la escena internacional, a propósito de las conversaciones realizadas con varios países en el marco de un proceso de negociación. D) Que el desarrollo de la operación militar obligaba acciones bajo los factores de rapidez y sorpresa, que impedían una intervención de los superiores jerárquicos y menos de personas ajenas a la operación al momento mismo de encontrarse frente a frente con subversivos armados. E) Que ninguna prueba testifical o documental permite dar por acreditada una orden o disposición ilícita bajo el supuesto de la dectiva existencia de una cadena de mando paralela. F) Que, finalmente, en tiempo corto y en plena acción de combate no es posible una transmisión de comunicaciones desde el nivel más bajo hacia el más alto y viceversa, tanto más si los imputados han negado ese hecho.
4. En lo concerniente a la situación jurídica del ausente teniente coronel Zamudio Aliaga, estableció: A) Que si bien no se ha probado la existencia de una “cadena de mando paralela”, se acreditó la muerte del agraviado Cruz Sánchez, luego de ser detenido por detectives del SIN, bajo las órdenes de Zamudio Aliaga. B) Que como el personal policial que capturó al agraviado Cruz Sánchez integraba el Grupo dirigido por Zamudio Aliaga, corresponde revisar en un juicio oral la situación jurídica del citado encausado, a la vez que investigar la forma y circunstancias de ese deceso a título de autoría material o directa.

5. De la impugnación por las partes procesales

Décimo primero. Que leída la sentencia en la última sesión del juicio oral –véase acta de fojas veintiséis mil ciento tres, del quince de octubre de dos mil doce– el Fiscal Adjunto Superior formuló recurso de nulidad en ese acto (fojas veintiséis mil ciento siete vuelta), y por escrito lo hicieron los representantes de la parte civil de los agraviados Peceros Pedraza y Meléndez Cueva, y de Cruz Sánchez, a fojas veintiséis mil ciento once y veintiséis mil ciento ocho, del dieciséis de octubre de dos mil doce y dieciséis de octubre de dos mil doce, respectivamente.

Los tres recursos de nulidad fueron admitidos por resoluciones de fojas veintiséis mil ciento siete vuelta, del quince de octubre de dos mil doce (Ministerio Público), veintiséis mil ciento nueve (parte civil de Cruz Sánchez) y veintiséis mil ciento doce (parte civil de Peceros Pedraza y Meléndez Cueva), ambos de fecha dieciséis de octubre de dos mil doce, respectivamente; y, tras ser formalizados a fojas veintiséis mil ciento dieciocho del veintinueve de octubre de dos mil doce (Fiscal), veintiséis mil doscientos uno del treinta y uno de octubre de dos mil doce (Cruz Sánchez), y veintiséis mil ciento setenta y uno del treinta y uno de octubre de dos mil doce (Peceros Pedraza y Meléndez Cueva) fueron concedidos por autos de fojas veintiséis mil ciento sesenta y siete, del veintinueve de octubre de dos mil doce (Ministerio Público), y de fojas veintiséis mil doscientos treinta y cuatro, del cinco de noviembre de dos mil doce (parte civil de todos los agraviados).

Décimo segundo. Que el señor Fiscal Adjunto Superior, en su recurso formalizado de fojas veintiséis mil ciento dieciocho, del veintiséis de octubre de dos mil doce, introduce como pretensión la nulidad de la sentencia absolutoria por no considerarla fundada al amparo implícito del artículo trescientos uno *in fine* del Código de Procedimientos Penales. Las infracciones jurídicas que integran la causa de pedir impugnativa se refieren a la incorrecta valoración de la prueba y a la inaplicación de la excepción estipulada en el artículo diecinueve del Código de Justicia militar, referida a la obediencia debida de órdenes superiores notoriamente ilícitas.

En el ámbito del derecho probatorio afirma: (i) la realización de las necropsias en lugar y por personas incompetentes al vulnerar el Reglamento de Servicio de Necropsia aprobado por Decreto Supremo número cero cero tres guión sesenta y nueve diagonal PCM; (ii) la valoración de documentos ilustrativos que no se sometieron al contradictorio; (iii) las irregularidades en el acta de identificación y levantamiento de cadáveres, pues se firmó en lugares y momentos distintos, lo que le resta validez legal y eficacia jurídica; (iv) la no aplicación de los “Principios relativos a la eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias”, aprobados por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas mediante resolución número mil novecientos ochenta y nueve diagonal sesenta y cinco, del veinticuatro de mayo de mil novecientos ochenta y nueve, y del artículo tres Común de los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve; y, (v) la inaplicación de las reglas de

la prueba indiciaria, pues por la naturaleza y características de los hechos no es posible exigir prueba directa.

Décimo tercero. Que la parte civil que representa a los agraviados Peceros Pedraza y Meléndez Cueva, en su recurso formalizado de fojas veintiséis mil ciento setenta y uno, del treinta y uno de octubre de dos mil doce, implícitamente introduce como pretensión la nulidad de la sentencia absolutoria por no considerarla fundada al amparo implícito del artículo 301 *in fine* del Código de Procedimientos Penales. Estima que existen suficientes elementos probatorios para sustentar una condena.

Las infracciones jurídicas que integran la causa de pedir impugnativa se refieren, de un lado, a la valoración de la revista “Base Tokio” que no fue propuesto por las partes ni se debatió en el juicio, y a la no valoración del Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación –en adelante, CVR–; y, de otro lado, a la incorrecta distinción entre cadena de mando y cadena de comando, contraviniendo lo señalado sobre el poder de mando en la autoría a través de aparatos organizados de poder.

Décimo cuarto. Que la parte civil que representa al agraviado Cruz Sánchez en su recurso formalizado de fojas veintiséis mil doscientos uno del treinta y uno de octubre de dos mil doce, formula igual pretensión impugnativa que la de los restantes agraviados. En cuanto a las infracciones jurídicas que integran la causa de pedir impugnativa destaca que se valoraron incorrectamente las pericias referentes a la posición de la víctima cuando fue ejecutada, así como las declaraciones de los policías captores Robles Reynoso y Torres Arteaga.

6. Del trámite en sede suprema

Décimo quinto. Que corrida vista al señor Fiscal Supremo en lo Penal por decreto de fojas doscientos setenta y cinco del cuaderno de recurso de nulidad, del trece de noviembre de dos mil doce, este cumplió con emitir el dictamen de fojas doscientos setenta y seis guión trescientos cuarenta y uno, del veintiséis de abril de dos mil trece, del citado cuaderno, en el que concluyó porque se declare NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida. El dictamen apoya el razonamiento y razonabilidad de la sentencia de instancia: los agraviados Peceros Pedraza y Meléndez Cueva murieron en acto de combate –las pericias no descartan esa conclusión–, el agraviado Cruz Sánchez fue victimado luego de ser capturado vivo, no está probada la existencia de una cadena de mando paralela, la muerte de Cruz Sánchez no se debe a una decisión superior, la operación de rescate no tenía como objetivo adicional eliminar extrajudicialmente a los subversivos secuestradores, los hechos no pueden calificarse de delitos de lesa humanidad, y la operación “Chavín de Huantar” no fue parte de un patrón de violación de derechos humanos.

Décimo sexto. Que han solicitado informe oral: 1) la parte civil que representa al agraviado Peceros Pedraza por escrito de fojas trescientos noventa y siete, del treinta de enero de dos mil trece, completado a fojas cuatrocientos cuarenta y dos, del seis de junio de dos mil trece; 2) la Procuraduría Pública del Consejo

de Ministros por escrito de fojas cuatrocientos dos, del treinta y uno de enero de dos mil trece; 3) la defensa del encausado Montesinos Torres por escrito de fojas cuatrocientos seis, del cuatro de abril de dos mil trece; 4) la Procuraduría Pública del Ministerio de Defensa por escrito de fojas cuatrocientos quince, del treinta de abril de dos mil trece; 5) la defensa del acusado Hermoza Ríos por escrito de fojas cuatrocientos veintisiete, del veintiocho de mayo de dos mil trece; 6) la defensa del encausado Zamudio Aliaga por escrito de fojas cuatrocientos treinta y ocho, del tres de junio de dos mil trece; y, 7) la parte civil que representa al agraviado Cruz Sánchez por escrito de fojas cuatrocientos cuarenta y nueve, del ocho de julio de dos mil trece.

La vista oral se fijó para el día miércoles diez de julio último, conforme al decreto de fojas cuatrocientos veintiuno, del veinticinco de mayo de dos mil trece.

Décimo Sétimo. Que la audiencia pública se llevó a cabo en esa fecha, ocasión en que informaron los siguientes letrados: 1. Gloria Cano Legua por los agraviados Peceros Pedraza, Meléndez Cueva y Cruz Sánchez. 2. César Pérez Escobar por el encausado Hermoza Ríos. 3. Gustavo Lino Adrianzén, Olaya Procurador Público del Ministerio de Defensa. 4. Carlos Enrique Cosa Valente Chamorro, Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros.

Llevada a cabo la deliberación y votada la causa, se ha cumplido con absolver el grado y emitir la presente Ejecutoria Suprema.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Del ámbito impugnativo general

Primero. Que como ha quedado expuesto en los fundamentos tácticos décimo segundo al décimo cuarto, han recurrido la sentencia de instancia la Fiscalía Superior, la parte civil que representa a los agraviados Peceros Pedraza y Meléndez Cueva, y la parte civil que representa al agraviado Cruz Sánchez.

En términos estrictos, las infracciones jurídicas denunciadas tienen su base en las norrrms de derecho probatorio, a partir de las cuales se fijaron los hechos declarados probados (distintos parcialmente a los propuestos por la Fiscalía).

Desde el Ministerio Público no se cuestionó la propia operación de rescate a cargo de los comandos de las Fuerzas Armadas, como sustento de la intervención del Estado para liberar a los rehenes y poner fin a un estado delictivo permanente, perpetrado por catorce individuos armados adscritos al MRTA. Lo que se impugna, desde la *questio facti* es, en primer lugar, si se mató a los tres agraviados una vez que fueron reducidos y estaban rendidos; y, en segundo lugar, si la muerte de los tres agraviados, integrantes del MRTA, se debió a la ejecución de directivas preordenadas desde las más altas instancias estatales. Con este último lineamiento, se incorporó como soporte dogmático material la autoría mediata mediante dominio de un aparato de poder organizado, ya asumido por este Supremo Tribunal en varios casos especialmente relevantes.

Segundo. Que desde la parte civil el cuestionamiento es más amplio. Alcanza, como contexto, la política antisubversiva del gobierno del presidente Fujimori Fujimori. Luego, en lo específico, la elaboración y ejecución del Plan Chavín de Huantar –orden de no tomar prisioneros, corroborado, según los recurrentes, con la utilización del denominado “TIS”–, la intervención de Montesinos Torres y de los efectivos del SIN en su desarrollo, y los actos posteriores a la culminación de la operación militar, *factum* último en el que también incide la Fiscalía.

Tercero. Que, de ser así, corresponde determinar, como marco base del caso, si el Plan Chavín de Huantar, en sí mismo considerado, vulneró alguna norma de Derecho ya sea del Derecho Internacional Humanitario, Derecho Internacional de los Derechos Humanos o del Derecho Interno. Básicamente, cabe establecer si, dadas las circunstancias que rodearon la toma en rehenes en la residencia del embajador del Japón y la permanencia en ese recinto de los setenta y dos rehenes –incluyendo la situación nacional e internacional que generó–, la operación –vista su ejecución y resultados– puede calificarse de desproporcionada e importó un uso indebido de la fuerza. Asimismo, cabe un pronunciamiento acerca del procedimiento llevado a cabo inmediatamente después de liberados los rehenes y los alcances de las investigaciones sobre lo acontecido.

Es de rigor tener presente, respecto al uso legítimo de la fuerza, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante, CDH– recaída en el asunto *Lazo Zambrano Vélez y otros versus Ecuador*, del cuatro de julio de dos mil siete –en adelante SCDH–. En esa oportunidad, la CDH puntualizó que la amenaza delincuencia, subversiva o terrorista, constituye una razón legítima para que el Estado despliegue sus fuerzas de seguridad en casos concretos. De igual manera, en la sentencia *Neyra Alegría versus Perú*, del diecinueve de enero de mil novecientos noventa y cinco, la CDH estableció que el derecho a usar la fuerza por parte del Estado, aunque ella implique la privación de la vida, en el mantenimiento del orden, no está en cuestión.

El uso de la fuerza, no obstante, ha de ser estrictamente excepcional, necesaria –será extrema cuando implique el uso de armas de fuego– y en la medida que lo requiera el cumplimiento de las tareas de defensa del orden público; esto es, de conformidad con el principio de proporcionalidad –incluye el uso de medios proporcionados– y en función a un objetivo legítimo. Desde ya cabe señalar que liberar rehenes de manos de terroristas, luego de una larga y frustrada negociación, para evitar el uso de la fuerza –secuestro en el que, con consecuencia de lo anterior, corría serio peligro la vida de los rehenes–, es una actividad por entero legítima de las Fuerzas del Orden en cumplimiento de disposiciones del más alto nivel de las autoridades del Estado.

2. De la operación Chavín de Huantar

Cuarto. Que cabe incidir, como datos preliminares, que al momento de ejecutar-se la operación Chavín de Huantar el distrito limeño de San Isidro, donde estaba situada la residencia del embajador del Japón, se encontraba bajo Estado de Emergencia, conforme al Decreto Supremo número cero veinte guión DE guión

CCFFAA, del dieciséis de abril de mil novecientos noventa y siete –seis días antes de la incursión militar– (fojas nueve mil novecientos veintiuno). esta era una nueva prórroga de la situación de excepción (Decretos Supremos número cero sesenta y tres guión noventa y seis guión DE guión CCFFAA, del diecisiete de diciembre de mil novecientos noventa y seis, de fojas nueve mil novecientos dieciocho; y, cero trece guión DE guión CCFFAA, del veintiuno de febrero de mil novecientos noventa y siete, de fojas nueve mil novecientos diecinueve), en la que se encargó a las Fuerzas Armadas asumir el control del orden interno en virtud de la entonces vigente Ley N° 24150 –ley que después fue declarada parcialmente inconstitucional, en especial su artículo 10 [Sentencia del Tribunal Constitucional cero cero diecisiete guión dos mil tres guión AI guión TC, publicada el veinticuatro de agosto de dos mil cuatro]–.

Al amparo de esa normativa, presenciaron la operación de rescate el Juez y el Fiscal militares y levantaron dos actas.

* La primera acta corre a fojas mil ochocientos uno, del veintidós de abril de mil novecientos noventa y siete. Es significativo resaltar, en esa acta, lo siguiente:

1. La operación de rescate, por orden del Presidente de la República, se inició a las quince horas con veinte minutos del veintidós de abril de mil novecientos noventa y siete. Duró, aproximadamente, trece minutos y, luego, dos minutos más tarde, un grupo de comandos desde la azotea del predio levantó las manos en señal de victoria.
2. El Presidente de la República llegó a la residencia aproximadamente a los treinta minutos.
3. En el breve recorrido que se hizo por las instalaciones objeto de intervención, se comprobó que junto a la puerta principal yacían sobre el suelo dos emerretistas muertos; a dos metros de distancia, y casi juntos, otros dos emerretistas, al igual que en el centro de la escalera que conduce al segundo piso.
4. En ese momento, se suspendió la diligencia –según se dice– por razones de seguridad, ya que se tenía conocimiento que lugares estratégicos de la residencia se encontraban minados y con trampas cazabobos. Se dispuso que la diligencia continuaría al día siguiente.

* Al día siguiente, en decto, se levantó el acta de identificación y levantamiento de cadáveres que corre a fojas mil ochocientos seis, del veintitrés de abril de mil novecientos noventa y siete. En el recorrido por la residencia se encontraron cadáveres con diversos impactos de bala, muchos de ellos tenían a su costado fusiles AKM y ametralladoras. En el primer piso, entrando a la izquierda, al fondo de la residencia, se encontró el cadáver que correspondía, al parecer, al agraviado Cruz Sánchez (a) “Tito”, con un orificio grande al lado derecho de la cabeza y parte superior de la oreja, quien tenía en la mano derecha una granada que no llegó a lanzar.

Quinto. Que como parte de la operación de rescate Chavín de Huantar, se cuenta con los siguientes documentos imprescindibles:

1. Directiva COFI guión DOP diagonal PLN, del Jefe del CCFFAA, general EP Hermoza Ríos de fojas seis mil setecientos cuarenta. Esta tiene como datos relevantes: (i) Su finalidad, entre otras, era disminuir el costo humano y garantizar la liberación de los rehenes con el menor costo humano posible. (ii) Los objetivos por alcanzar, entre otros, era una intervención rápida y eficaz para neutralizar a los captores; una evacuación ordenada, rápida, y en seguridad de los captores y rehenes, brindando el tratamiento médico oportuno; y una ejecución de la operación dentro de las normas legales y el irrestricto respeto a los derechos humanos. (iii) El concepto estratégico global importa que la operación es conducida bajo un solo comando; que los mandos son responsables de que no se cometa exceso alguno, sin que signifique dejar de actuar con energía; que el respeto irrestricto de los derechos humanos durante el desarrollo de la operación militar constituye una necesidad estratégica primordial; y que la evacuación de los rehenes debe realizarse en forma prioritaria respecto a la evacuación de los captores. (iv) La coordinación con el Consejo Supremo de Justicia Militar para garantizar el marco legal adecuado y la presencia de fiscales durante la operación.
2. Plan de Operaciones Nipón noventa y seis diagonal SZSNC guión dos diagonal seis guión tres diagonal JEMO diagonal primera DIVFFEE, mil novecientos noventa y siete, firmado por el Comandante General de la Primera DIVFFEE, general EP Augusto Jaime Patiño, de fojas seis mil setecientos cincuenta y uno. Señala que: (i) La misión de la patrulla tenaz es dominar la residencia para capturar o eliminar a los emerretistas y rescatar a los rehenes. (ii) La operación consistirá en una dominación del inmueble en forma rápida, violenta y eficaz de capturar o eliminar a los emerretistas. (iii) La ejecución de las operaciones deben enmarcarse en el respeto irrestricto de los derechos humanos. (iv) Las instrucciones de coordinación disponen que no se cometerá ningún exceso y se mantendrá un irrestricto respeto a los derechos humanos, sin que esto signifique dejar de actuar con energía.
3. Plan de Operaciones Nipón noventa y seis diagonal Tenaz (Patrulla Tenaz, mil novecientos noventa y siete), firmado por el coronel EP José Williams Zapata, de fojas seis mil setecientos cincuenta y siete. Agrega, en lo puntual, que el Grupo Alfa dominará el primer piso y el Grupo Delta el segundo piso. Dominado el inmueble se procederá a la evacuación de los heridos en el siguiente orden: primero rehenes, segundo comandos y tercero delincuentes terroristas. El anexo cinco precisa que la evacuación importa proporcionar tratamiento médico de emergencia y evacuación de los heridos, bajo las prioridades ya descritas. El elemento de apoyo, dominado el inmueble, procederá al tratamiento, clasificación y evacuación de rehenes y delincuentes terroristas. Los Grupos Alfa y Delta tienen como misión apoyar en el tratamiento, clasificación y evacuación de rehenes y delincuentes terroristas heridos e ilesos. Finalmente, el ejecutivo de la patrulla coordinará el empleo

de un equipo de filmación antes, durante y después de la operación, y para asuntos de entrenamiento. En este punto, cabe subrayar la declaración del Técnico de Tercera EP, adscrito al SIN, Pedro Jaime Tolentino García.

4. Informe Número uno diagonal primera DIVFFEE de fojas seis mil setecientos setenta y cuatro, firmado por el Comandante General de la Primera DIVFFEE, general EP Augusto Jaime Patiño, de fecha treinta de abril de mil novecientos noventa y siete, ocho días después de la operación de rescate. Allí se da cuenta de que: (i) El dieciséis de abril de mil novecientos noventa y siete se realizó el ensayo final con presencia del presidente Fujimori Fujimori. (ii) El SIN se encargó de la administración de las viviendas adyacentes a la residencia y de realizar maquetas a escala de la misma, así como de los artefactos mecánicos y de comunicación empleados durante la operación. (iii) Como parte del entrenamiento se realizaron diversas técnicas de dominación de inmueble con tiro real, TIS con tiro real diurno y nocturno, comunicaciones, explosivos, identificación del enemigo, entre otras. (iv) el dieciocho de abril se instaló el Centro de Operaciones Tácticas (COT), mientras que el veinte de diciembre se inició el entrenamiento y ensayos de la Patrulla Tenaz en base del Plan de Operaciones que inicialmente se denominó “Nipón”, y el dos de enero se reconoció como nuevo Comandante General de la Primera DIVFFEE al general EP Augusto Jaime Patiño. (v) En marzo de mil novecientos noventa y siete, paralelamente a los ensayos, el Estado Mayor de la Unidad de Intervención realizó el reajuste final al Plan en coordinación con los Jefes de Grupo. (vi) El canal de comando fue: Patrulla Tenaz, Centro de Operaciones Tácticas, Comandante General del Ejército y presidente de la República. (vii) Por disposición del Presidente el inicio de las operaciones debía darse cuando los terroristas se encuentren en la planta baja jugando fulbito, lejos de los rehenes; la orden de inicio de operaciones fue emitida por el presidente el veintidós de abril de mil novecientos noventa y siete. (viii) En la acción murieron dos comandos y todos los delinquentes terroristas (doce hombres y dos mujeres); correspondió el levantamiento de cadáveres a los jueces y cadáveres militares, con la participación o apoyo del SIN; y los procedimientos de ley para su entierro corrieron a cargo de la Policía Nacional del Perú –en adelante, PNP–. (ix) A través del rehén colaborador “MAR”, se conoció del plan de seguridad de los terroristas y se concluyó que la intención de los cabecillas era eliminar a los rehenes de connotación política una vez producido el asalto; así se llegó a saber el estado anímico de los cabecillas en las horas previas a la hora del inicio de la operación.
5. De lo consignado en la revista *Base Tokio*, *El Comercio*, páginas doscientos dieciocho guión doscientos diecinueve, remitida en DVD, se advierte que los comandos portaban casco de combate israelí de acero y fibra de vidrio, fusil de asalto GALIL de calibre siete punto cincuenta y seis milímetros, fusil automático soviético AKM de calibre siete punto sesenta y dos milímetros, subfusiles Herstal P guión noventa de calibre cinco punto cinco milímetros, anteojos de protección Uvex, subametralladora israelí Mini UZI de calibre nueve milímetros,

subametralladora alemana Heckler and Kosch de calibre nueve milímetros, chaleco antifragmentario israelí, pistolas Beretta y Browning norteamericanas de nueve milímetros, granadas de estruendo no letales, y uniformes de fabricación norteamericana. Esta prueba documental se refuerza con las declaraciones del acusado Huamán Ascurra (fojas quinientos veinticuatro), y de los testigos Williams Zapata (fojas quinientos veintiocho), Robles del Castillo (fojas quinientos treinta y siete), Donoso Volpe (fojas quinientos cuarenta y cinco) y Huarcaya Lovón (fojas quinientos cincuenta y cuatro).

Sexto. Que desde la prueba personal, se tiene lo siguiente:

1. El general EP Augusto Jaime Patiño, en sede preliminar y sumarial (fojas quinientos sesenta y ocho, tres mil seis, cuatro mil quinientos treinta, cuatro mil quinientos cincuenta y cinco, cinco mil doscientos cincuenta y seis y once mil setecientos veintiocho), apunta que el Plan Operativo Nipón guión noventa y siete fue entregado, en original y copia, al general EP Hermoza Ríos. La construcción de túneles estuvo a cargo del SIN. En los ensayos de la operación y la réplica de la residencia estaban presentes el presidente Fujimori Fujimori, Montesinos Torres, Hermoza Ríos y Huamán Ascurra. No fue informado de la captura o rendimiento de algún emerretista, los cuales murieron en combate y no hubo orden de matarlos; Solo se formuló el plan de Operaciones Nipón. No sabe de quién fue la orden para el ingreso, durante la operación, de Huamán Ascurra, tampoco sabía que durante la operación de rescate participó Zamudio Aliaga.
2. El coronel EP Williams Zapata, en sede preliminar, sumarial y plenarial (fojas quinientos veintiocho, mil doscientos cincuenta y ocho, seis mil ochocientos ochenta y tres, once mil quinientos sesenta y seis y veintiún mil seiscientos sesenta y seis y veintiún mil seiscientos setenta y seis), informa que el Plan de Operaciones lo hizo el general EP Jaime Patiño, mientras él formuló el Plan de Operaciones para la dominación de la residencia denominado “Plan de Operaciones Tenaz”. Reconoce que entrenó a la Patrulla Tenaz y la comandó. Se usó la técnica de dominación de inmueble –de origen israelí–, en la que se emplea la técnica del TIS –tres disparos a las partes vitales del enemigo: cabeza o tronco, y luego, si correspondiera, un tiro de seguridad para evitar que el enemigo pueda causar heridos o muertes [en igual sentido se pronuncia, por ejemplo, el capitán EP Tackas Cordero a fojas seis mil trescientos catorce, y el mayor EP Víctor Hugo Sánchez Morales, adjunto del Jefe del Grupo de Asalto Delta, a fojas once mil ciento veintiocho y cinco mil diecinueve, respectivamente]. Si un terrorista se rendía se debía respetar sus derechos y luego entregarlos a los jefes de equipo. Los comandos no utilizaron pasamontañas, sino los del SIN, quienes ingresaron luego del operativo a filmar [el técnico de tercera EP Jaime Tolentino García tenía a su cargo la filmación y tomas fotográficas con otros seis deductivos (fojas seiscientos diez y seis mil trescientos setenta y cuatro)]. Vio a los catorce terroristas muertos en el interior de la residencia. Montesinos Torres –responsable de inteligencia– no tuvo injerencia en la propia operación de

rescate. No existió orden de ejecutar extrajudicialmente a los emerretistas. El teniente coronel EP Zamudio Aliaga dependía del SIN –no integraba la patrulla de comandos– y con él no tenía comunicación alguna, al igual que con el teniente coronel EP Huamán Ascurra –tampoco le cursó orden alguna–, el cual durante la operación se abocó al tema de inteligencia y no participó en la parte operativa. Al día siguiente de la operación, conjuntamente con Hermoza Ríos y Montesinos Torres, recorrieron la residencia para ver los distintos ambientes y los cadáveres.

3. El adjunto del Jefe del Operativo, coronel EP Luis Rubén Alatrística Rodríguez, enfatizó que Huamán Ascurra, del SIN, era el enlace entre el SIN y la Fuerza Operativa y quien proporcionaba información de inteligencia; que se consideró la posibilidad de capturar con vida a los terroristas, tan es así que se ubicó un punto de reunión de detenidos situado en las inmediaciones del bar de la residencia, y si algún comando hubiera detenido a un terrorista debía entregarlo al personal del Grupo de Apoyo y, a su vez, dar cuenta a su Jefe de Patrulla y este al personal policial; que la técnica del tiro instintivo selectivo implica tres impactos inmediatos y uno de seguridad, además como los comandos deben pasar de un lugar a otro deben asegurarse que el terrorista esté neutralizado (fojas mil ciento trece, mil doscientos treinta y nueve y cuatro mil novecientos cuarenta y siete).
4. El teniente coronel EP Jorge Orlando Fernández Robles, Jefe Adjunto del Grupo de Asalto Alfa, declaró que para el rescate se utilizaron las técnicas de tiro instintivo selectivo (TIS) y de dominación de inmuebles; que si los terroristas se rendían tenían órdenes de reducirlos, desarmarlos y conducirlos a las inmediaciones del bar de la residencia para que se haga cargo el grupo de apoyo (fojas seiscientos cincuenta y tres y cinco mil doscientos cuarenta y tres).
5. El coronel EP Benigno Leonel Cabrera Pino, jefe del Grupo Alfa, que se encargó de la primera planta de la residencia, en sede preliminar a fojas quinientos setenta y seis y sumarial a fojas seis mil novecientos noventa y cuatro, sostuvo que no hubo orden de acabar con la vida de los terroristas, ni se victimó a ningún terrorista rendido; que se utilizó el tiro instintivo selectivo y la técnica de dominación de inmuebles; que todos los terroristas que murieron en su área de seguridad fueron abatidos en combate; que cuando él ingresó a la residencia los terroristas ya estaban abatidos.
6. El coronel EP Hugo Víctor Robles del Castillo, jefe del Grupo Delta, que se encargó de la primera planta de la residencia, en sede preliminar y sumarial (fojas quinientos treinta y siete, mil doscientos cuarenta y siete y cuatro mil novecientos setenta y cuatro), refirió que no se logró capturar a ningún emerretista por la rapidez de los hechos y la forma agresiva de su actuación; que no vio a ningún terrorista rendido o capturado vivo; que durante los preparativos y ensayos no se tocó el tema de tomar prisioneros; que en este tipo de operaciones el combatiente debe tener la certeza de que el subversivo está definitivamente fuera de combate; que se empleó la técnica israelita

- y americana, así como la técnica del TIS; que el escenario en que se dio el operativo, teniendo bajas, era difícil creer que un subversivo se rinda, lo que en todo caso queda a criterio de cada comando.
7. El teniente coronel EP Víctor Hugo Sánchez Morales, adjunto del coronel EP Robles del Castillo y Jefe del Equipo de Asalto número siete, anotó que se consideró la captura de los subversivos, pero en la ejecución de la operación no se capturó a ninguno de ellos; que el tiro de seguridad se utiliza dentro de la conducción misma de la operación, para asegurar la neutralización del elemento subversivo y continuar con el cumplimiento de la misión; que se utilizó la técnica israelí de dominación de inmuebles y el tiro instintivo selectivo (se selecciona un blanco y se dispara tres veces); que lo de ‘selectivo’ es para proteger al rehén; que no hubo orden de aniquilar terroristas (fojas mil ciento veintiocho y cinco mil ciento diecinueve).
 8. El mayor EP Renán Miranda Vera, adjunto del coronel EP Robles del Castillo, afirmó que la orden de ingresar la dio el coronel EP Williams Zapata; que cayó herido al ingresar a la residencia; que tenía la orden de respetar la vida y que los terroristas no se rindieron; que se les ordenó respetar los derechos humanos y que tomen prisioneros; que se empleó la técnica del tiro instintivo selectivo y no en ráfaga, con el fin de no herir a los rehenes.
 9. El suboficial de Infantería EP José Luis Alvarado Díaz, que integró el Equipo Delta ocho, en su declaración sumarial de fojas seis mil novecientos treinta y seis, reconoció que mató a los terroristas del segundo piso: los agraviados Meléndez Cueva y Peceros Pedraza, porque la primera tenía una granada y el segundo un arma UZI; que en ningún momento ambos agraviados dijeron que se rendían y que no los mataran; que habían practicado el tiro instintivo selectivo; que si un terrorista se rendía, debían desarmarlo y dar cuenta a su superior jerárquico inmediato.
 10. Tanto el capitán EP Rojas Villanueva (fojas mil cuarenta y siete y siete mil veintiséis) como el teniente EP Moral Rojas (fojas seis mil novecientos ochenta y dos) –del Equipo Delta 08– expresaron que igualmente dispararon contra los dos agraviados. El segundo afirma que observó que la agraviada Meléndez Cuevas tenía una granada en la mano y una bolsa de granadas en la otra, por lo que disparó contra ella, mientras el primero sostiene que disparó contra los dos: la mujer tenía una granada en la mano y el varón un fusil AKM.
 11. El capitán de Infantería EP Manuel Antonio Paz Ramos, integrante del Equipo Delta ocho, aludió que el procedimiento de rendición de un terrorista estaba estipulado en reglamentos y en el plan de operaciones, el cual era desarmarlo, revisarlo y entregarlo al jefe de Equipo para su debida evacuación a la zona de reunión de prisioneros –niega haber matado a alguno de los terroristas que se hallaban en el segundo piso– (fojas seis mil novecientos cincuenta y siete).

12. El capitán EP Becerra Noblecilla, integrante del Equipo Delta ocho, asimismo acotó que no se rindió ni capturó a ningún terrorista. Tampoco escuchó gritos de rendición (fojas mil treinta y tres).
13. El mayor EP Raúl Huarcaya Lovón precisó que, como responsable del Equipo Delta ocho, observó que los terroristas no se rindieron, ni hubo orden de ejecutarlos, y era del caso detenerlos si se rendían. Le dieron cuenta del abatimiento de una pareja de terroristas. Dice que fueron el capitán EP Paz Ramos y el suboficial Alvarado Díaz (fojas siete mil trece y mil doscientos sesenta y seis); aunque los tres que dispararon, por sus propias versiones, fueron Alvarado Díaz, Rojas Villanueva y Moral Rojas.
14. El oficial de mar de primera AP César Antonio Aguirre Legua, deslindó que recibió instrucciones de capturar con vida a los emerretistas en caso se rindieran, y que se diferenciaba a un emerretista de un rehén previa identificación por fotografías que se les había mostrado y si portaban armas (fojas cuatro mil ochocientos ochenta y cinco).

Sétimo. Que los imputados, en lo esencial, han ratificado lo expuesto en los fundamentos jurídicos precedentes. En deduco:

1. El general EP Hermoza Ríos declaró que la orden de preparar un plan de contingencia partió del Presidente de la República, quien ordenó que la operación esté a cargo de la Primera DIVFFEE, con intervención de elementos del Ejército y de la Marina; que tenía la máxima autoridad a nivel militar –el planeamiento y ejecución del plan corresponde al área militar, mientras que el campo de inteligencia estaba a cargo del SIN, que no dependía de él–; que se dispuso la utilización del tiro instintivo selectivo, de mucha precisión para evitar matar al rehén; que no se dio la orden que no se tomara ningún prisionero, y se dispuso que debían trasladar a los emerretistas que resultara heridos en la operación hacia los hospitales; que Montesinos Torres estaba a cargo del campo de inteligencia, pero no tenía ningún mando sobre las fuerzas de intervención (fojas seiscientos seis, seiscientos cuarenta, seis mil setecientos treinta y siete, veinte mil cuatrocientos ochenta y cinco vuelta y veinte mil quinientos veintiocho).
2. El asesor presidencial Montesinos Torres se limitó a decir que no participó en la operación de rescate, pues era competencia exclusiva de las Fuerzas Armadas; que el Presidente de la República decidió la formulación de un plan militar de contingencia, pero su prioridad fue una solución pacífica, incluso realizó una intensa diplomacia presidencial (fojas once mil seiscientos noventa y cinco).
3. El teniente coronel EP Huamán Ascurra, Director Ejecutivo de la Dirección de Información Electrónica del SIN, expresó que participó en la operación de rescate en la parte administrativa –no tenía relación con el operativo militar propiamente dicho–; que elaboró dos maquetas de la residencia e intervino en la construcción de los túneles; que la labor del SIN en la operación era filmar y tomar fotografías –sus dectivos estaban cubiertos con pasamontañas y

no llevaban armamento–, material que luego se entregó a Montesinos Torres; que durante la operación no tuvo contacto con Zamudio Aliaga, siendo imposible que se den dos líneas de comando pues eso entorpecería la ejecución del operativo; que los dectivos del SIN no tuvieron comunicación con los comandos porque los equipos de radio no estaban integrados; que no se dio la orden de victimar a los terroristas (fojas quinientos veinticuatro, cinco mil setenta y tres, cinco mil trescientos veintiséis, cinco mil quinientos tres, mil doscientos setenta y cuatro y veinte mil quinientos setenta y cuatro).

4. El teniente coronel EP Zamudio Aliaga, en su manifestación de fojas mil trescientos dos –quien no se puso a derecho en este proceso– mencionó que su puesto de comando era la casa número uno; que su misión específica era brindar seguridad al área comprendida en el boquerón y las casas uno, dos, tres y cuatro, así como la casa de UNIQUE; que en este punto su mando superior era el teniente coronel EP Williams Zapata, a quien daba cuenta de todo –se entiende, de su esfera de acción–; que ingresó a la residencia después de terminado el operativo –se entiende luego del ingreso de los comandos a la residencia–; que lo hizo por la cochera de la residencia y del callejón de la residencia adyacente a la misma; que en el momento que quiso ingresar por una puerta del callejón de la residencia se produjo una explosión, debido a que todo ese sector estaba minado, y al volar los vidrios le impactan en la mano derecha y en la pierna derecha, asimismo, la onda expansiva lo tumbó al suelo; que se paró y luego ingresó al segundo piso la residencia, al que subió por las escaleras que las fuerzas de intervención rápida habían colocado; que en el segundo piso apoyó al personal de rehenes para que pudieran bajar; que en una terraza del área de servicios apoyó a los rehenes y los ayudó a bajar, para que otros dectivos de la fuerza los bajaran de la residencia a las casas contiguas; que después de esto terminó y realizó gestiones para que ingresaran los bomberos; que luego de dirigirse al frontis de la residencia, donde los comandos cantaban el Himno Nacional, se fue a su puesto de comando en la casa de la GTZ.

Octavo. Que acerca del conocimiento que las Fuerzas del Orden tenían de lo sucedido en la residencia, caben resaltar las testificales de dos rehenes: almirante AP en situación de retiro Luis Alejandro Giampietri Rojas y el excanciller Francisco Tudela van Breugel Douglas.

1. Giampietri Rojas manifestó que tuvo conocimiento de la operación de rescate veinticuatro horas antes; que por el *beeper* proporcionado por el comandante Fernández –uno de los rehenes– se comunicaba con el exterior –bajo el seudónimo de “MAR” –; que a raíz de ello le enviaron una guitarra con un micrófono en el estuche, donde enviaban mensajes; que mediante los micrófonos y *beeper* señalaba el horario y actividades de terroristas; que por el *beeper* se le informó de la operación militar; que los terroristas amenazaron con volar el edificio si había una incursión militar, quienes hacían ejercicios sobre un posible rescate y decían que nadie se rendiría; que, finalmente, la mayoría de líderes (los denominados “Árabe”,

“Tito” y “Salvador” –salvo Cerpa Cartolini (a) “Evaristo”–) no aceptaban las negociaciones y decían que habían venido a morir –es especial el emerretista agraviado “Tito”, quien era uno de los más violentos–; que los terroristas tenían cuatro jefes y tres de ellos no aceptaron las condiciones del Gobierno, salvo Cerpa; que los terroristas los amenazaron con matarlos; que los emerretistas ponían a un militar rehén en cada una de las ventanas, por si acaso disparaban desde afuera; que en el suelo los pateaban e insultaban, incluso les pusieron un rifle en la cabeza; que permanentemente torturaban, con sus gestos y amenazas, a él, Tudela van Breugel Douglas, Pedro Aritomi, Pedro Fujimori y Gilberto Siura; que los emerretistas prohibieron el ingreso de la Cruz Roja en abril de mil novecientos noventa y siete, peligraban sus vidas; y fue entonces que supo que iba a ejecutarse una operación de rescate: la clave era “Mary está enferma”; que los terroristas, en sus entrenamientos diarios, repetían: “Aquí no se rinde nadie, carajo” (fojas ciento noventa y uno, seis mil novecientos veinticinco y veintiún mil novecientos dieciocho).

2. Tudela van Breugel Douglas dijo que los emerretistas nunca dejaron sus armas y lo amenazaron con matarlo; que los terroristas le mencionaron que matarían a los jueces; que Tito era muy agresivo y el más radical junto con “Salvador”, mientras que el “Árabe” era temeroso y Cerpa moderado, y era con quienes permanecía Hidetaka Ogura; que los emerretistas siempre estaban armados y no les daban comida; que se enteró del operativo de rescate cuando las negociaciones entre los terroristas y el Estado estaban por fracasar –pero no podía comentarlo para no generar pavor en los rehenes–; que ese punto, el fracaso, ocurrió cuando los terroristas no dejaron ingresar la atención médica; que habían minado la residencia con explosivo plástico, tenían tres minas antitanques, mochilas con granadas y explosivos plásticos; que los agentes que filmaban estaban sin pistolas y con pasamontañas (fojas trescientos treinta y nueve y veintiún mil setecientos setenta y tres).

Otra declaración importante es la del propio Roberto Rosendo Fernández Frantzan, quien en su declaración sumarial de fojas seis mil novecientos cuarenta y siete afirmó que los terroristas siempre les decían que en caso de un operativo militar, los dectivos militares y policiales rehenes iban a morir primero.

3. De la valoración de la ejecución y resultados de la operación de rescate

Noveno. Que la operación de rescate se realizó en un contexto complejo y como decisión final, frente a una situación de bloqueo de las negociaciones que importaban una vía pacífica, pese a la intensa actividad diplomática llevada a cabo al dicto, como se indica en el Informe de la CVR (páginas setecientos diecinueve guión setecientos veintitrés) –los testigos Giampietri Rojas y Tudela van Breugel Douglas, como fluye de sus declaraciones ya glosadas, son centrales en este aporte de información, y permiten entender la decisión del gobierno ante lo que sucedía con los rehenes a partir de la actitud reacia de los emerretistas–. La operación Chavín de Huantar se inició cuando se recibió información interna de

que estaban dadas las condiciones pues trece emerretistas se hallaban en el primer piso y uno de ellos en el segundo –los del primer piso jugaban un partido de fulbito–. Personal de inteligencia había logrado acceder, a través de mecanismos electrónicos, a escuchar lo que ocurría en el interior de la residencia y, además, a tener en cuenta determinadas rutinas y características de los líderes a través de la colaboración dectiva, por lo menos, de un rehén: el vicealmirante AP, en situación de retiro, Giampietri Rojas.

Décimo. Que sobre este último punto, cabe destacar lo que estipuló el “Manual de lucha contra el secuestro” de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito [Naciones Unidas, Nueva York, dos mil seis, Capítulo cuatro, apartado “Operaciones de Rescate”, página treinta y seis]. La operación de rescate agresiva es una opción de último recurso, dado que el objetivo primario es la preservación de la vida. Solo debe emprenderse después de un examen cuidadoso y de haber agotado las demás opciones. La operación de rescate debe ser cuidadosamente planificada y se debe realizarse una evaluación minuciosa del riesgo, la cual debe estar a cargo del personal especialmente adiestrado.

Una perspectiva más profunda en orden a un rescate –más aún contra elementos terroristas– tiene lugar cuando se trata de un secuestro y toma de numerosos rehenes por una agrupación terrorista en plena actividad delincencial, con integrantes ideologizados y fanáticos que portaban armamento de guerra, y también explosivos –propiamente fue una operación de Fuerzas Especiales ejecutadas por miembros terroristas–. Además, cuando existen factores internacionales de por medio y, sobre todo, en momentos en que después de largas y frustradas negociaciones –no por obra de las autoridades públicas– se produjo una lógica de rechazo al Estado por parte de los terroristas, y se conocía –por información interna– de su proceder incluso contra los rehenes. El uso la fuerza letal, en estas condiciones, era absolutamente necesaria en relación con la fuerza y amenaza que se quería repeler, a fin de liberar a los rehenes de la opresión terrorista –era absolutamente inevitable para proteger numerosas vidas–[en este sentido, SCDH Retén de Catia, del cinco de julio de dos mil seis, párrafos sesenta y siete guión sesenta y nueve].

Es de asumir, en lo pertinente, las disposiciones cuatro, cinco y nueve de los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptada por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente –La Habana, veintisiete de agosto al siete de septiembre de mil novecientos noventa–. Así las cosas, (i) era evidente la necesidad de una operación militar de rescate y la consiguiente utilización de armas de fuego, pues otros medios no resultarían eficaces o no garantizarían de manera segura el logro del resultado previsto: rescatar con vida a los rehenes; (ii) el empleo de armas de fuego debe ejercerse con moderación y en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga: los terroristas se hallaban armados, incluso con granadas tipo piña y estaban decididos a enfrentar a las Fuerzas Especiales para evitar el rescate de los rehenes –incluso colocaron minas en los accesos de la residencia– y,

por ello, se utilizaron armamento ligero, granadas aturdidoras y técnicas especializadas de acción: dominación de inmuebles y tiro instintivo selectivo, que minimizaron los riesgos; (iii) el uso intencional de armas letales debe ser estrictamente inevitable para proteger una vida y en defensa de otras personas, para soslayar una grave amenaza contra una persona (en este caso los rehenes) –y los propios agentes militares–, y con el propósito de alejar ese riesgo y restaurar la seguridad pública (todo ello se contempló en el Plan de Operaciones Chavín de Huantar y se verificó en su ejecución).

Cabe subrayar, a partir de lo expuesto, que una operación de rescate no está prohibida por el Derecho Internacional; pero, en todo caso, se fijan reglas para su debida y proporcionada ejecución. Un Estado está legitimado y autorizado para llevarla a cabo, pero dentro de los límites y conforme con los procedimientos que permiten preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana [Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Bulacio versus Argentina*, del dieciocho de setiembre de dos mil tres].

Décimo Primero. Que la operación de rescate, desde el Estado, como han narrado los comandos y oficiales jefes, estuvo precedida de un fuerte entrenamiento de los efectivos militares, en la sede de Chorrillos, donde se construyó una réplica de la residencia del embajador del Japón. Se utilizó, de fuentes estadounidenses e israelitas, las técnicas de dominación de inmuebles y de tiro instintivo selectivo –y no de ráfaga–, precisamente para evitar lesionar o matar a los rehenes. Es obvio, además, que esta acción militar de rescate, como dicta la experiencia comparada, se conduce dentro de hechos de notable complejidad militar y táctica, en recintos fuertemente defendidos y/o fortificados, incluso minados en sus puntos de acceso.

Décimo segundo. Que cabe enfatizar que el método militar de dominación de inmuebles y la técnica de tiro instintivo selectivo, tienen antecedentes en el ámbito militar –y en la experiencia internacional– y forman parte de la doctrina militar contemporánea, con la que se enseña y entrena a los efectivos militares para enfrentar situaciones críticas, entre ellas, el secuestro y la toma de rehenes en lugares cerrados. Se utilizó principios básicos de una incursión armada de rescate de rehenes, propiamente militar, como simplicidad, seguridad, repetición, sorpresa, velocidad y propósito, que funcionaron de manera interconectada.

El Ejército peruano, dos años antes de este suceso, ya enseñaba en la Escuela de Comandos el curso de dominación de rescate de rehenes de inmuebles, aplicando técnicas antiterroristas y de dominio de armamento ligero: UZI, MINI UZI calibre nueve milímetros, entre otros [véase fojas veintitrés mil trescientos ochenta y cinco], curso que incluía el TIS.

De igual manera, el Ejército peruano, con anterioridad a los hechos, había aprobado el Manual de Tiro Instintivo Selectivo, mediante resolución del Comandante General del Ejército Número mil ochenta y seis COINDE diagonal cero cinco punto veintiuno, del dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y cuatro.

Conforme con este Manual, los comandos debieron ser debidamente entrenados y capacitados –como en decto se hizo y por cuatro meses–, primero con un entrenamiento en seco –sin munición pero con el mismo realismo y perfeccionando cada movimiento–, y luego en un entrenamiento con tiro real –con munición de guerra: armas ligeras (pistola, pistola ametralladora y fusil de asalto)–. El TIS permite un tiro rápido por excelencia, con un alto grado de dectividad en campo abierto y cerrado. Se utilizan los órganos como punto de referencia y se permite disparar dos cartuchos en un tiempo promedio de dos segundos, eliminando al enemigo aunque se encuentre en una multitud haciendo uso de la selección. El tiro es de dos disparos rápidos sobre el blanco en un tiempo máximo de dos segundos; los disparos se realizan sobre la cabeza en distancias cortas (seis, ocho y diez metros) y, sobre el cuerpo, a distancias largas. Sin embargo, para reglar los órganos de puntería del arma se cumple con disparar sobre la guía de referencia: pecho y con tres cartuchos, luego de lo cual se procede a centrar los órganos de puntería del arma si las balas no hubieran impactado en forma correcta en el blanco.

Cabe aclarar que el denominado “tiro de seguridad” solo se ejecuta en una operación de combate, en el desarrollo del enfrentamiento frente a frente. Cuando el delincuente terrorista es impactado, el comando se asegura que ya no sea un peligro o amenaza, y sigue progresando en la operación. No hay, pues, en estas dramáticas circunstancias, nada de ilegítimo o desproporcionado en la conducta de un miembro de las Fuerzas Especiales en plena acción de combate.

Décimo tercero. Que desde esta perspectiva y a tenor de los resultados, cabe reconocer que, en este caso, desde el COT y demás órganos de planeamiento y ejecución, se realizaron y cumplieron los objetivos esenciales trazados: rescate de los rehenes vivos, salvo el caso lamentable de un juez supremo y de dos rehenes heridos. Los factores de sorpresa y desfase, siempre inevitables en esta clase de operaciones, a tenor de los resultados –mínimos, por cierto–, de ninguna manera pueden comprometer la bondad, rigor y éxito militar de la operación de rescate.

Si se toma en cuenta el conjunto de análisis que es menester realizar para evaluar una Operación de Fuerzas Especiales, se tiene: (i) análisis del entorno para identificar y justificar la operación –ya descriptos en los fundamentos jurídicos precedentes–; (ii) el análisis del objetivo, la residencia, en cuya virtud se dectuaron maquetas y se construyó una réplica de la misma; (iii) el análisis de las fuerzas enfrentadas [número de delincuentes, armamento que poseían, características del lugar de atrincheramiento y, entre otros factores, características y número de las personas retenidas] –la información valiosa, desde el punto de vista militar, de lo que ocurriría en la residencia y de las rutinas seguidas por los emerretistas, abonó mucho en esa línea–; (iv) el análisis del entrenamiento, que tuvo lugar en un lapso de cuatro meses, con la definición de las tácticas –ya enunciadas y de reconocida eficacia en la experiencia comparada– que se iban a utilizar; (v) el análisis de la misión, a partir de los planes aprobados y que siguieron los estamentos previamente estipulados –véase, en especial, fundamento jurídico quinto–; (vi) el análisis de la operación, que a la luz de los resultados fue lo

mejor que pudo hacerse en términos estrictamente castrenses y en argumentaciones de racionalidad.

Cabe resaltar, además, que toda operación de rescate tiene tres reglas fundamentales: 1) Salvar a cualquier costo la vida de los rehenes. 2) Proteger la vida de los militares en acción, siempre que no implique afectar la primera regla. 3) Evitar la muerte de los terroristas, siempre que no importen incumplir las dos reglas anteriores. Ello puede explicar, con claridad, los costes y resultados de la operación analizada.

Décimo cuarto. Que en estas circunstancias las preguntas clave serían: ¿se pudo evitar la muerte de los terroristas?, ¿se pudo evitar la muerte de un rehén?, ¿se pudo evitar la muerte de dos comandos y los heridos por parte de las Fuerzas Especiales?, ¿se pudo coordinar mejor la relación Fuerzas Especiales y SIN? Son preguntas sensibles y su evaluación *ex post* merece que se realice desde (i) la información que se tenía *ex ante*, (ii) las características y situación de la residencia, (iii) la actitud y aptitud de los emerretistas [importante resaltar, primero, que de las cuatro demandas de los terroristas, dos eran absolutamente inviables, al punto que frente a las negociaciones finalmente no aceptaron una salida a la crisis, lo que revela una disposición previa a un desenlace fatal en perjuicio de los rehenes; segundo, que portaban armamento de guerra; y, tercero, que diariamente hacían ejercicios militares], (iv) la cantidad (setenta y dos) y características de los rehenes (jueces, congresistas, militares y policías, altos funcionarios públicos, diplomáticos, familia del Presidente, etcétera), y (v) la experiencia, capacitación y decisión de los jefes y los comandos, que exigía el acceso a una instalación cerrada y múltiples pero coordinadas acciones para enfrentarse a los terroristas, reunir a los rehenes y sacarlos del predio.

Una sede o instalación que se sabía: a) minada parcialmente [tan cierto que el teniente EP Raúl Cruz Vargas sufrió la amputación del pie izquierdo y el teniente coronel EP Zamudio Aliaga fue levemente herido por las esquirlas tras una explosión; además, corre a fojas mil ochocientos uno que el Juez y el Fiscal militar debieron suspender la diligencia frente a la posibilidad de activación de explosivos]; b) con emerretistas decididos a enfrentarse a las Fuerzas Especiales –entrenaban diariamente en técnicas de combate frente a una incursión militar– y contaban con fusiles de asalto AKM, un lanzador de cohetes antitanque RPG guiño siete, chalecos antibalas, caretas antigás, granadas de fragmentación y explosivos–; así como, e) con una gran cantidad de rehenes, pese a los canales de comunicación interna que se logró instaurar, desde luego, exigía muchísimo al Estado y sus responsables estratégicos y tácticos, al igual que a sus ejecutores.

Décimo quinto. Que una evaluación de conjunto permite concluir que no se produjeron errores tácticos significativos, los que ni siquiera han sido insinuados por la parte acusadora.

Todos los emerretistas se erigieron, por su propia conducta y actuación antes –por su adscripción terrorista y su intervención en la toma de la residencia del embajador de Japón– y en el enfrentamiento propio tras la operación de rescate

mismo, en objetivos militares legítimos. Al respecto, como quedó expuesto, ellos eran la tercera prioridad en la operación misma, pues primero eran los rehenes y, luego, los comandos.

Cabe significar, por ejemplo, que el artículo cincuenta y dos, apartado dos, del artículo cincuenta y dos del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, relativos a la protección de víctimas de los conflictos armados internacionales, de mil novecientos setenta y siete, permite sostener –por extensión al ámbito de una operación de Fuerzas Especiales de recate de rehenes a manos de organizaciones terroristas alzadas en armas contra el Estado democrático– que los ataques deben limitarse estrictamente, como se hizo, a los objetivos militares, los cuales se circunscriben –entre otros supuestos– a todas aquellas personas que, por el rol que desempeñan, contribuyen eficazmente a la acción militar, o cuya captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida.

Es pertinente reiterar que una operación de rescate de rehenes, que es sorpresiva, violenta y rápida, importa la realización de explosiones que generan humo, polvo y gran confusión en los ambientes donde se encuentran captores y rehenes. Los rendidos, en esas circunstancias tan confusas, con visibilidad y audición disminuida, deben mostrar claramente su intención de rendirse con diversos gestos universalmente aceptados: levantar los brazos, arrojar las armas, enarbolar una bandera blanca. Esto último, no está probado que se produjo por parte de los emerretistas.

Décimo sexto. Que desde el Derecho Internacional Humanitario –en adelante, DIH–, en tanto parte del orden público internacional, de normas de *ius cogens* internacional y de carácter *erga omnes*, que son irrenunciables, es de aceptar que si bien el MRTA (i) tenía una estructura dectiva y centralizada, de carácter militar y una clara cadena de mando de arriba hacia abajo –que se reprodujo en la toma de la residencia del embajador del Japón–, sin embargo carecía (ii) de un control territorial, siquiera en parte mínima, del país –no se puede estimar que las instalaciones de la embajada equivalen a control territorial– que le permitiera (iii) realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, de duración e intensidad de cierto nivel; menos, (iv) poseía capacidad de aplicar el Protocolo Adicional II.

Ahora bien, como en el presente caso, los miembros del MRTA –los catorce terroristas– tomaron directa o personal intervención en esta acción terrorista de secuestro y toma en rehenes, que es un delito permanente y, por tanto actual, en perjuicio de inocentes –en decidida ejecución de sus planteamientos políticos inhumanos y antidemocráticos–, se tornaron en objetivos militares legítimos durante esa participación, en aras de la ejecución de una operación de rescate.

Décimo sétimo. Que, de otro lado, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos –en adelante, D1DH–, cabe acotar lo siguiente:

1. Está permitido el uso de fuerza letal en caso de defensa propia o de un tercero, o en caso de peligro inminente para uno o terceros, que es el caso de rescate de rehenes. Eso fue lo que llevó a cabo el COT y la Patrulla Tenaz.
2. La SCIDH *Zambrano Vélez versus Ecuador*, ya citada, del cuatro de julio de dos mil siete, ratificó los criterios que determinan el uso legítimo de la fuerza por parte de miembros de cuerpos de seguridad del Estado. Destacan los principios de excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad y humanidad. Así, en clave de excepcionalidad, el uso de la fuerza debe tener lugar cuando se han agotado y fracasado todos los demás medios de control; y el uso de fuerza letal se hará dectivo en casos absolutamente necesarios y en relación con la fuerza o amenaza que se pretende repeler. El principio de necesidad solo justifica las medidas de violencia militar no prohibidas por el Derecho Internacional, que son relevantes y proporcionadas para garantizar el pronto sometimiento del enemigo, con el menor gasto posible de recursos humanos y económicos. El principio de humanidad, como complementario y limitativo del de necesidad, prohíbe las medidas de violencia no necesarias, y en un enfrentamiento la fuerza debe usarse contra aquellas personas que constituyen una amenaza inminente de muerte o lesión grave. El principio de humanidad, como complementario y limitativo del de necesidad, prohíbe las medidas de violencia no necesarias, y en un enfrentamiento la fuerza debe usarse contra aquellas personas que constituyen una amenaza inminente de muerte o lesión grave.
3. En el *sub-lite*, no se trató, como resulta obvio, de un asesinato planificado. Se utilizaron medios legítimos, sin renuncia a la función estatal de restablecer el orden interno frente a una situación de violencia terrorista: armamento de guerra ligero y granadas aturdidoras (las explosiones de inicio solo fueron para abrir las puertas principales y generar confusión). El principio de proporcionalidad, aplicado aquí, permitió evitar sufrimientos y daños innecesarios. Solo se ejerció violencia indispensable para someter a los secuestradores terroristas. El resultado final, apreciado globalmente, da cuenta de la aplicación, en atención a las circunstancias de un enfrentamiento armado estrictamente focalizado, con bajas por parte de los terroristas y comandos –y con quince heridos por parte de los comandos–. Ello fue posible, a partir de un Plan Operativo previamente concebido, y de un entrenamiento riguroso y adecuado de las Fuerzas Especiales. En esa acción, además, medió la intervención –en ese mismo momento– de la jurisdicción militar, que al culminar el rescate inspeccionó el inmueble y el propio teatro de los hechos, levantando las actas respectivas. El diseño legal fue claro; luego se harán las puntualizaciones técnico jurídicas correspondientes.
4. Cabe destacar que los muertos y heridos, por parte de comandos de la Patrulla Tenaz, demuestran que los terroristas emerretistas se les enfrentaron y dispararon contra ellos. El dictamen pericial de análisis químico de ingeniería forense de fojas mil cuatrocientos sesenta y tres da cuenta que el análisis

de las muestras examinadas a seis emerretistas arrojó resultado positivo para plomo, antimonio y bario.

Décimo octavo. Que la cantidad de disparos que los emerretistas caídos recibieron por los comandos revela que se trató de fuego cruzado, como finalmente señala el informe de las pericias médico-legales realizadas por el Instituto de Medicina Legal de fojas mil quinientos cuarenta y ocho, reproducido a fojas tres mil noventa y seis, del dieciséis de agosto de dos mil uno: la multiplicidad de las lesiones en los diferentes segmentos corporales y sus variadas trayectorias son características observadas en los enfrentamientos de grupos armados, utilizando armas de fuego de disparos únicos o de múltiple secuencia (fuego cruzado).

En esta perspectiva, el informe del Profesor Derrick Pounder –admitido a fojas veinticuatro mil trescientos noventa y dos– es clarísimo. El patrón lesional en las trece personas fallecidas en conjunto es semejante y confoiine a lo que se esperaría de un combate en espacio cerrado, en una situación de rescate de rehenes. En la mayoría de los fallecidos se aprecia el patrón esperado de lesiones por proyectil de arma de fuego, con un gran número de lesiones letales (de sobredestrucción), que apuntan inicialmente como blanco el torso con lesiones dispersas que reflejan un blanco móvil, y luego apuntan hacia la cabeza y cuello de un adversario ya moribundo y/o reducido. En el caso de Peceros Pedraza y Meléndez Cueva, no hay elemento en el patrón lesional que sugiera que fallecieron bajo otra situación que no sea dentro de un enfrentamiento armado.

Finalmente, todos los rehenes, salvo uno –que falleció–, fueron rescatados, mientras que otros tres rehenes resultaron heridos por proyectil de arma de fuego.

Décimo noveno. Que un punto central de la operación de rescate es analizar si se cumplió el principio de proporcionalidad, si medió o no un excesivo uso de la fuerza en la operación.

El artículo tres del Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución número treinta y cuatro guión ciento sesenta y nueve, de diecisiete de diciembre de mil novecientos setenta y nueve, prescribe que “Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza solo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas”.

Ello implica, según el comentario incorporado a la norma, que el uso de la fuerza debe ser excepcional y lo pueden hacer en la medida en que razonablemente sea necesario para un objetivo legítimo. El uso de la fuerza importa, además, el empleo de armas de fuego como medida extrema, cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro, de algún modo, la vida de otras personas, de suerte que no pueda utilizarse, dadas las circunstancias, otras medidas menos extremas. Este era el caso, precisamente, de los emerretistas que ocuparon violentamente, con uso de explosivos, la residencia del embajador del Japón, y retenían durante varios meses a setenta y dos rehenes. Los delincuentes terroristas, además, estaban armados y se enfrentaron a los militares.

Es necesario tener en cuenta que ya habían amenazado con victimar, por lo menos, a algunos rehenes.

Vigésimo. Que si se tiene en consideración, como objetivo prioritario, la salvaguarda de la vida de los rehenes, los factores que deben tomarse en consideración están en función a lo siguiente: (i) que se trató de catorce terroristas con entrenamiento continuo; (ii) que tenían armamento de guerra: fusiles AKM, un lanzacohetes RPG guió siete y granadas de fragmentación, así como eran quienes controlaban la instalación cuyo acceso habían minado –lo que les daba una singular ventaja estratégica–; (iii) que se trataba de setenta y dos rehenes de especial significación por sus connotaciones políticas internas e internacionales; (iv) que los comandos tenían armamento ligero y varios de ellos solo disponían de granadas aturdidoras, no de fragmentación como poseían los terroristas –así lo han reconocido, por lo menos, cinco comandos: William Córdova, Camino Antúnez de Mayolo, Bendejú Echevarría, Castañeda Sánchez y Alatrística Rodríguez (fojas mil diez, mil veintidós, mil ciento uno, mil ciento siete y mil doscientos treinta y siete)–; (v) que el inmueble era extenso y con dos plantas, lo que obligó a la formación de varios Equipos y Grupos de acción para neutralizar a los terroristas y rescatar a los numerosos rehenes, en una operación que debía ser sorpresiva, rápida y efectiva.

Nada indica, como consecuencia del enfrentamiento habido, del fuego cruzado producido, del incendio y humo desatado en esas circunstancias, y del resultado final, que medió un uso desproporcionado de la fuerza; menos, que era parte del Plan de Operaciones eliminar a los emerretistas, así se rindieran. Se previó un protocolo de acción en caso se rindieran los terroristas y resulten heridos. Los patrones lesionales de los terroristas caídos no sugieren otra conclusión que su muerte en combate, por fuego cruzado.

Un caso con connotaciones propias, sin embargo, es la muerte de Cruz Sánchez, sobre el que se examinará en un apartado específico.

Vigésimo primero. Que cabe añadir, desde la perspectiva específica de una acción de rescate por Fuerzas Especiales frente, asimismo, a individuos integrantes de una organización terrorista, con entrenamiento militar, y en posesión y conocimiento de armas de guerra, que una operación militar será proporcionada cuando no ocasiona víctimas ni daños colaterales excesivos o innecesarios, en relación con el resultado global esperado. Si se toma en cuenta que solo un rehén falleció, dos comandos murieron, cinco rehenes resultaron heridos, quince comandos igualmente resultaron heridos y los catorce terroristas fueron abatidos, es razonable deducir que se empleó, incluso a partir del armamento utilizado por el Estado, la fuerza necesaria para liberar a los rehenes y poner fin al secuestro. Además, se alquilaron casas alrededor de la residencia del embajador del Japón, para disminuir sensiblemente o restar el daño colateral, esto es, que se extienda a otros civiles y otros inmuebles.

Vigésimo segundo. Que, en esta perspectiva, los comandos, y quienes los dirigieron, actuaron en el estricto cumplimiento de un deber jurídico, de defensa

de la sociedad sustentada en razones de seguridad jurídica. Esta causa de justificación, desde la seguridad jurídica, se explica en la exigencia de una ausencia de contrariedad en el sistema jurídico. El ordenamiento jurídico, en estos casos concretos –como los que son materia de análisis– autoriza excepcionalmente una conducta que implica afectar bienes jurídicos de terceros, en razón a la existencia de un interés público predominante: defensa de la vida y libertad de los rehenes, en correspondencia con la afirmación de la seguridad ciudadana, frente al respeto de la vida o integridad corporal de los emerretistas. Los comandos y quienes lo dirigieron, dado lo ya expuesto, se mantuvieron dentro de lo que le impone el deber, por lo que su conducta está plenamente justificada. La finalidad del deber y la necesidad de realizar el acto típico, en cuanto parámetro del cumplimiento del deber, no han sido vulnerados, de ahí la plena vigencia de la referida causa de justificación [Conforme: GARCÍA CAVERO, PERCY. *Derecho Penal. Parte general*. Segunda Edición. Jurista Editores, Lima, dos mil doce, páginas seiscientos cuatro a seiscientos siete].

4. De la muerte de los agraviados Peceros Pedraza y Meléndez Cueva

Vigésimo tercero. Que acerca de la muerte de los agraviados Peceros Pedraza y Meléndez Cueva, desde la acusación se destaca, primero, la versión del diplomático japonés Hidetaka Ogura; y, segundo, las características de las lesiones que presentan, las cuales no serían compatibles con la versión proporcionada por los comandos que indicaron que les dispararon.

Menciona la Fiscalía Superior (i) que cuando se lleva a cabo el rescate de Hidetaka Ogura, desde el segundo piso, al pretender descender por la escalera, al dar vuelta y mirar dentro del ambiente, observó como dos terroristas (un hombre y una mujer) habían sido capturados por los comandos, los cuales los tenían rodeados. Luego, los agraviados fueron encontrados muertos. Por otro lado, (ii) que las lesiones que presentan los dos emerretistas agraviados, con trayectoria de atrás hacia delante y de arriba hacia abajo, difieren de las versiones de los comandos que dicen les dispararon. Todo ello significa, a juicio del Ministerio Público, y también de la parte civil, que los dos agraviados fueron víctimas de ejecución extrajudicial.

Vigésimo cuarto. Que la sentencia recurrida destaca que Hidetaka Ogura no tuvo la visión suficiente para ver que los agraviados se rendían, pues la escalera se encontraba sostenida en la baranda metálica del balcón, de suerte que no tenía suficiente visión hacia el interior de la habitación, pues el ancho del muro que hace colindar la entrada a la habitación con el extremo de la reja de la baranda del balcón no lo permite. Es más, los rehenes eran evacuados, para su mayor seguridad, uno por uno. Si como Hidetaka Ogura indica, era el penúltimo rehén, y como aparece de lo actuado, el último rehén se aprestaba a bajar pero reingresa a la habitación por sus medicinas, ello significa que Hidetaka Ogura ya no estaba en el lugar o sea en pos de bajar la escalera.

Este planteamiento no es compartido por la jueza Lizárraga Houghton, quien expresa que la observación de Hidetaka Ogura se produjo antes de subir la

escalera, y su apreciación es coherente con las fotografías mostradas en el acto de la audiencia.

Vigésimo quinto. Que Hidetaka Ogura declaró que después que los comandos intervinieron el cuarto “I” –allí se encontraban como rehenes los magistrados; mientras que en el cuarto del costado, el cuarto “H”, estaban once ciudadanos japoneses, incluido el citado. Al hacerlo voltear a mirar hacia la entrada principal del cuarto “I” observó que dos miembros del MRTA estaban rodeados por militares de estatura alta –una de ellas era Cynthia–; que antes de bajar por la escalera portátil escuchó que Cynthia gritaba algo así como: “*No lo maten*” o “*No me maten*” [carta de fojas dos mil ochocientos ochenta y siete, del veinte de agosto de dos mil uno; acta de interrogatorio de fojas diez mil cuatrocientos treinta y uno, confeccionada en Japón; y declaración plenarial vía teleconferencia de fojas veinte dos mil novecientos noventa y cinco vuelta].

Vigésimo sexto. Que para el juicio de credibilidad del testimonio de Hidetaka Ogura cabe tener en cuenta varios factores. Así: (i) Que recién hizo saber lo ya expuesto en diciembre de dos mil, en una entrevista que salió publicada el dieciocho de diciembre de ese año en el diario *El Comercio*; es decir, tres años y ocho meses con posterioridad a los hechos, que por lo tardío de denunciar o poner en conocimiento público tan grave acontecimiento permite relativizar su versión; (ii) que tanto Carlos Tsuboyama Matsuda (fojas ciento cuarenta y cinco y cinco mil doscientos treinta y siete) –que fue rehén del cuarto “H”– y los jueces supremos Montes de Oca (fojas ciento cincuenta), Pantoja Rodulfo (fojas ciento cincuenta y cinco y mil doscientos treinta y ocho) y Sivina Hurtado (fojas ciento setenta y cinco y veintidós mil ciento ochenta y tres) –que fueron rehenes del cuarto “I”–, como los rehenes Giampietri Rojas (fojas ciento noventa y uno, seis mil ochocientos veinticinco y veintiún mil novecientos dieciocho) y Rosas Domínguez (fojas doscientos y diez mil seiscientos setenta y dos) –marino uno y policía otro, respectivamente–, acotaron que no pudieron ver nada porque había mucho humo, tanto por la balacera como por las detonaciones de bombas [Giampietri Rojas llegó a puntualizar que había muy poca visibilidad, mucho humo porque con las granadas el tapizón y las alfombras se quemaron]; (iii) que, en igual sentido, declaran los comandos del Grupo Delta ocho: Becerra Noblecilla (fojas mil treinta y dos), Moral Rojas (fojas mil cuarenta) y Huaracaya Lovón (fojas quinientos cincuenta y cuatro y siete mil trece), al expresar que no vieron nada por las detonaciones y humo; siendo de enfatizar que el rehén César Aguirre Legua perdió el conocimiento producto del humo negro que había en el interior de la residencia (fojas cuatro mil ochocientos ochenta y cinco); (iv) que, en línea de corroboración de la precisión que contiene la sentencia de instancia, el rehén Giampietri Rojas acotó que Hidetaka Ogura estaba en el balcón que da al cuarto “I”, y bajaba al primer piso por las escaleras puestas por los comandos, no era posible que pudiera mirar hacia atrás.

Vigésimo Sétimo. Que un testimonio escrito de relevante significación es el proporcionado en el libro *Rehén Voluntario* del padre Juan Julio Wicht S. J. (Lima: editorial Alfaguara, mil novecientos noventa y ocho). En la acción de rescate

—dice—no solo se produjeron explosiones, sino advirtió sonidos de granadas y metralletas, y producto de las explosiones vio el humo denso, oscuro, tóxico; humo que penetró las habitaciones y pasillos cubriéndolo todo, a tal punto que,, echado en el suelo, pudo ver solo las botas de los comandos. Además, conforme pasaban los minutos, insiste, el humo seguía tan denso que hacía imposible saber qué ocurría a dos o tres metros de su rincón (fojas tres mil ochocientos ochenta y uno a tres mil ochocientos ochenta y cuatro).

Otro dato notable que aporta es que el comando que se le acercó lo había identificado. Ello le permitió comprender que los comandos prepararon todo al detalle, estudiaron cada rincón de la casa, y conocían y aprendieron los nombres de todos, además de sus caras (fojas tres mil ochocientos ochenta a tres mil ochocientos ochenta y siete).

Vigésimo octavo. Que no solo tres comandos —y no dos como dice la sentencia recurrida— admiten que dispararon contra los terroristas agraviados en acto de combate, sino que todos los comandos niegan la escena que dice observó Hidetaka Ogura. En una entrevista periodística, ya citada publicada, en el diario *El Comercio*, cuyo texto corre a fojas mil trescientos dieciocho, hizo mención, algo contradictoriamente, que dentro de la residencia no logró ver completamente bien, aunque alcanzó a ver a dos terroristas que habían sido capturados. Todos los testigos apuntan que no podían ver por el humo y lo rápido de lo ocurrido —no es creíble que solo él observe lo que todos los que estaban allí no lo hicieron—. Este hecho, unido a que nadie escuchó gritos de rendición y a lo tardío de su denuncia, no permiten concederle credibilidad, ante la falta de datos, aunque sea periféricos, de corroboración. Además, dos rehenes de especial significación: Giampietri Rojas y Tudela van Breugel Douglas, expusieron en sus declaraciones que Hidetaka Ogura estaba muy vinculado a los emerretistas y que pasaba mucho tiempo con ellos, dato que —aunque no definitivo— contribuye a restar aún más la credibilidad a su testimonio. También disminuye su nivel de sinceridad el hecho de que mencionó en el acto oral [sesión sexagésima octava del veintitrés de abril de dos mil doce] que el Ministerio de Relaciones Exteriores del Japón obligó a todos los rehenes japoneses someterse a una terapia psicológica, lo que ha sido expresamente negado por el gobierno del Japón [Nota Diplomática de foja veinticuatro mil ciento cincuenta].

Vigésimo noveno. Que, de igual manera, la prueba médico forense no corrobora la imputación y lo expuesto por Hidetaka Ogura. Es más, la descarta definitivamente. No es correcto afirmar que al momento de recibir los disparos, las víctimas se encontraban incapacitadas. En deducto:

1. El Informe médico legal de fojas mil quinientos cuarenta y ocho, reproducido a fojas tres mil noventa y seis, puntualiza que por la multiplicidad de lesiones que presentan dichos agraviados y sus varias trayectorias, se trata de características observadas en los enfrentamientos de grupos armados, que utilizaron armas de fuego de disparos únicos o múltiple frecuencia (fuego cruzado).

2. La pericia de medicina forense de fojas mil quinientos cuarenta y ocho, reproducida a fojas dos mil setecientos cincuenta y ocho, ratificada en el acto oral, da cuenta de que no se comprobó evidencia de “tatuaje”, por lo que no se puede determinar si el disparo se efectuó a corta o larga distancia.
3. Las pericias de balística forense de fojas dos mil setecientos cincuenta y ocho, dos mil setecientos veintinueve y dos mil setecientos treinta y cuatro establecen que los cadáveres de los dos agraviados no presentaron signos de disparo o cañón aplicado ni presentaron signos de Benassi –proprios de disparos a corta distancia, que en restos óseos no desaparecen–. No se encontraron, por tanto, restos de disparos a corta distancia.
4. Las pericias enuncian, respecto a la posición de las víctimas en relación al tirador, que puede tratarse de combate cruzado y que los disparos no son de corta distancia. Además, revelan que los proyectiles que impactaron en las víctimas eran de nueve milímetros.
5. El Informe del profesor Derrick Pounder, igualmente, precisa que el patrón lesional en las trece personas fallecidas en conjunto es semejante y es conforme a lo que se esperaría de un combate en espacio cerrado, en una situación de rescate de rehenes.
6. El Informe del Equipo Peruano de Antropología Forense (fojas mil quinientos cuatro) se menciona que es factible concluir, por lo menos en ocho de los catorce casos, en que las víctimas se habrían hallado incapacitadas al ser disparadas. La movilidad de la víctima fue mínima o igual a cero. No obstante, el perito José Pablo Baraybar Do Carmo, en sede sumarial y plenarial (fojas cinco mil cuatrocientos ochenta y ocho y veintiún mil cuatrocientos treinta y siete), narra que el informe que elaboró conjuntamente con Clyde Collins Snow no hace referencia a la posición específica de la víctima en relación al victimario, y que el informe es de cuello y cabeza, y se tiene que leer en forma complementaria con el de medicina legal.
7. Esto último, es criticado por Derrick Pounder, que lo califica de una debilidad fundamental e irrepetible, pues no es posible realizar una reconstrucción significativa de los disparos sin tomar en consideración las lesiones infringidas en el torso, así como en la cabeza y en el cuello del occiso. El Informe antes aludido es parcial, no toma en cuenta los hallazgos encontrados en las necropsias iniciales, cuando las personas acababan de morir y las lesiones por proyectil de arma de fuego en la piel estaban disponibles para su examen y documentación.

5. De los agravios de las partes recurrentes

Trigésimo. Que a pesar que lo expuesto en los fundamentos jurídicos precedentes desestima la pretensión impugnativa de las partes acusadoras, al concluir que no existió una ejecución extrajudicial –cabe insistir que el caso de Cruz Sánchez (a) “Tito” tiene un encuadre específico, que luego se analizará–, y que la operación militar Chavín de Huantar cumplió con los estándares del Derecho

Internacional y con los propios del Derecho Penal nacional (los comandos militares –miembros del Ejército y de la Marina– y quienes los dirigieron –de uno u otro modo, los imputados a quienes se les atribuye autovía mediata e, incluso, a otros más desde diversas perspectivas jerárquicas en la cadena de mando– actuaron en cumplimiento de un deber jurídico), es menester responder algunos motivos –puntos o cuestiones planteados– de su pretensión en cumplimiento de los principios de exhaustividad y congruencia.

Trigésimo primero. Que una primera cuestión se refiere a que los cadáveres se llevaron al Hospital Central de la Policía Nacional del Perú y no a la Morgue Central de Lima. Ello, además, importó que se impida a los peritos de Criminalística de la Policía Nacional el acceso a la residencia del embajador del Japón. Todo lo cual implicaría una voluntad de ocultar o desaparecer las pruebas o vestigios de la comisión de delito. Este motivo se desestima.

Trigésimo segundo. Que es cierto que el Decreto Supremo número cero cero tres guión sesenta y nueve guión PM guión JC, que aprobó el Reglamento de Necropsias, disponía que estas se realicen por los médicos legistas y que la necropsia comprende siempre la apertura de las cavidades craneales, pectoral y abdominal. Ello supone, como es lógico, la intervención de la jurisdicción penal ordinaria.

No obstante, no sucedió así. En esa ocasión, no solo el ámbito territorial, donde se encontraba la residencia del embajador del Japón, estaba bajo el Estado de Emergencia –tal como ha sido puntualizado anteriormente– sino que la jurisdicción que la regía era la castrense; de conformidad con el artículo 10 de la Ley N° 24150, de modo que la autoridad judicial militar era la competente para realizar los actos de investigación y levantamiento de los cadáveres.

Las primeras diligencias las hizo el Juez Militar, acompañado del fiscal militar, como fluye de las dos actas respectivas: de intervención de las Fuerzas del Orden en cumplimiento al Plan de Operaciones Chavín de Huantar, y de identificación y levantamiento de cadáveres de los delincuentes terroristas pertenecientes al Movimiento Revolucionario Túpac Amaru encontrados en la residencia del embajador del Japón, de veintidós y veintitrés de abril de mil novecientos noventa y siete, respectivamente.

Trigésimo tercero. Que es evidente que la norma que sustentó el concurso de la jurisdicción militar fue declarada inconstitucional y que, también posteriormente, la jurisprudencia tanto nacional [Sentencia del Tribunal Constitucional número cero diez guión dos mil dos guión AI diagonal TC, del tres de enero de dos mil tres, párrafos noventa y cuatro al ciento nueve] como internacional consideró que las imputaciones acerca de crímenes contra los derechos humanos no pueden ser de conocimiento por la jurisdicción militar –esta línea jurisprudencial, luego de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Sentencia Castillo Petruzzi versus Perú, del treinta de mayo de mil novecientos noventa y nueve, párrafos ciento veintiocho al ciento treinta] y del Tribunal Constitucional, está plenamente asumida por este Supremo Tribunal–. Como el análisis es *ex ante* y no *ex post*, no es posible cuestionar, aquí y ahora, la legalidad de esa

decisión normativa y, luego, judicial de intervenir la justicia castrense, a los decetos de estimar que los imputados y otras altas autoridades, a sabiendas o dolosamente, negaron el acceso a la justicia penal ordinaria, el juez legal del caso, e impidieran una investigación alternativa e independiente de los hechos.

Dos datos pueden mencionarse. Primero, que los imputados actuaron –visto el encuadre normativo en el momento de la actuación– de buena fe, al definir la intervención de la jurisdicción militar y coordinar con ella, como se menciona en el Plan Operativo, por lo que, por tal razón, medió, en todo caso, error de prohibición invencible. Así las cosas, no es posible sostener desde el Derecho Penal que se actuó delictivamente. Segundo, que las denuncias sobre ejecuciones extrajudiciales recién se produjeron, por obra del diplomático Japonés Hidetaka Ogura, el dieciocho de diciembre de dos mil a un medio de comunicación social –*El Comercio*–, no a la Fiscalía, y las denuncias formales de los familiares de las víctimas el cuatro de enero de dos mil uno: tres años y ocho meses después de los hechos. Inicialmente, las actas de la jurisdicción castrense, ya mencionadas, no dan cuenta de dato relevante alguno que importe indicio de criminalidad; incluso de Cruz Sánchez se menciona que tenía una granada en la mano que no llegó a lanzar [folio siete del acta respectiva].

Trigésimo cuarto. Que mal se puede sostener, entonces, que estaba preestablecido un procedimiento para ocultar una voluntad delictiva de ejecuciones extrajudiciales dispuestas por las más altas escalas de la cadena de mando. El noveno principio, relativo a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, aprobado por el Consejo Económico y Social en su Resolución número mil novecientos ochenta y nueve diagonal sesenta y cinco, del veinticuatro de mayo de mil novecientos ochenta y nueve, estipula que se procederá a una investigación exhaustiva, inmediata e imparcial, de todos los casos en que haya sospecha de ejecuciones, incluidos aquellos en los que las quejas de parientes u otros informes fiables hagan pensar que se produjo una muerte no debida a causas naturales en las circunstancias referidas. La investigación es la que ha dado lugar a este proceso, ya con intervención de la justicia penal ordinaria, independiente, objetiva e imparcial, frente a las denuncia de ilicitudes penales.

Trigésimo quinto. Que resta deslindar la denunciada influencia negativa de las necropsias realizadas en el Hospital Central de la Policía Nacional del Perú. Si bien las necropsias inicialmente elaboradas no fueron completas y se ha explicado que la autopsia es parcial cuando se tiene la certeza diagnóstica de que la causa de muerte está localizada en algún órgano del cuerpo humano [ver necropsias preferenciales de los tres agraviados de fojas mil setecientos nueve, mil setecientos doce y mil setecientos trece, analizadas por los pertinentes informes médico-legales de fojas mil quinientos cuarenta y ocho y siguientes], es de acotar que la orden de realización de las pericias provino de la autoridad judicial militar, orden que cumplieron los médicos del Hospital Central, en cuyo resultado el Jefe del Departamento de Anatomía Patológica cumplió con ratificarse –atento a su carácter de pericia institucional–, como se advierte de las declaraciones de fojas

trescientos sesenta y uno, trescientos noventa y siete y trescientos setenta y dos, en concordancia con los médicos de sanidad que participaron en las necropsias, que declararon a fojas cuatro mil setecientos ochenta, cuatrocientos setenta y seis y cuatrocientos ochenta y dos.

Las opiniones forenses del Instituto de Medicina Legal sostienen que tales necropsias no aportaron datos conclusivos sólidos [ver observaciones del Informe Médico Legal de fojas mil quinientos cuarenta y ocho]. Además, luego se dispuso el entierro de once cadáveres como NN en diversos cementerios de la ciudad.

En el primer caso, a los efectos de determinar las causas de la muerte, aunque se oscureció parcialmente un correcto resultado forense, posteriormente se realizó la exhumación de cadáveres [ver Partes de fojas dos mil quinientos treinta y siete, dos mil quinientos cuarenta y dos mil quinientos cincuenta y dos, así como protocolos de exhumación de fojas tres mil trescientos dos, tres mil trescientos trece y tres mil trescientos noventa y cinco] y se emitió el Informe de Medicina Legal de fojas mil quinientos cuarenta y ocho, que ha permitido determinar la existencia de un “fuego cruzado”.

Cabe destacar que Baraybar Do Carmo, experto del Equipo Peruano de Antropología Forense, que por lo demás no es una institución de carácter oficial –no son expertos habilitados y sometidos a la carrera administrativa integrada al Instituto de Medicina Legal, encargados por ley de este tipo de pericias forenses– señaló que no puede afirmar la posición en que se encontraban los tres agraviados. A lo mucho puede establecer un patrón de conducta, de cómo ingresó la bala; mas no dice, en algún momento, cómo fueron victimados los terroristas.

De ser así, en lo que es relevante a los efectos de esta causa, tales limitaciones, suplidas en lo esencial con las diligencias forenses realizadas en el proceso, no son significativas ni permiten sostener que sus deficiencias determinaron una pérdida total del material probatorio que impidió una conclusión científica aceptable de los hechos. Por último, cabe puntualizar que el entierro de cadáveres como NN solo se produjo respecto de aquellos que no fueron identificados. De tres de ellos, previa identificación, se entregó los cadáveres a sus parientes, incluyendo el del jefe terrorista Cerpa Cartolini (a) “Evaristo” –el resto eran Cruz Sánchez y Rolly Loli Fernández– [ver Memorando de fojas Un mil setecientos cincuenta y cuatro].

Trigésimo sexto. Que la Fiscalía Superior denuncia la inaplicación del artículo 19 del Código de Justicia Militar, pues se cumplió con ejecutar órdenes notoriamente ilícitas. El citado Código, a diferencia del Código Penal común, añade el requisito de que la orden no debe ser notoriamente ilícita. Es claro, sin embargo, (i) que el artículo 20, inciso 9, del Código Penal, supone, de acuerdo con la Constitución, que no existe el deber de cumplir órdenes ilícitas, y (ii) que la locución “notoriamente ilícita” alude, en principio, a los delitos más graves (un asesinato, sin duda, lo es), los mismos que constituyen una violación a las reglas

fundamentales de la convivencia social [Conforme: HURTADO POZO. *Manual de Derecho Penal*. 3ª edición, Grijley, Lima, 2005, pp. 584 a 585].

Tal motivo no puede prosperar.

Trigésimo Sétimo. Que, en decto, la denuncia de inaplicación de la norma material parte de entender, con carácter previo, que se produjeron ejecuciones extra-legales, arbitrarias o sumarias por parte de las Fuerzas Especiales y por mandato de los imputados. Lo analizado en la tercera y cuarta sección de la parte Fundamentos de Derecho de la presente Ejecutoria Suprema, y lo indicado en los fundamentos jurídicos quinto al Sétimo de esta misma Parte, constituyen motivación razonada y razonable suficiente y a ella se ha referido la sentencia de instancia.

Cabe sí destacar, primero, que existe prueba testifical y documental que revela no solo la exigencia de las autoridades del respeto de los derechos humanos [véase fojas seis mil setecientos treinta y nueve, seis mil setecientos cincuenta y uno, seis mil setecientos cincuenta y siete y seis mil setecientos setenta y cuatro] y que incluso en los planes de ejecución se tenía prevista la posibilidad de rendición y la forma en que debía procederse frente a ellos [véase declaraciones de los comandos de fojas quinientos veinte y siete, quinientos veinte y ocho, quinientos cuarenta y cinco, quinientos sesenta y tres, quinientos setenta y seis, seis mil noventa y dos, novecientos dieciséis y siete mil trece]. Segundo, decir que no se contaba con instrumentos para asegurar a un rendido o capturado, en el contexto de una operación de Fuerzas Especiales de rescate de rehenes y según la forma como se llevó a cabo, con secuestradores terroristas que anunciaron enfrentamientos armados y que en el acto de la acción de rescate se luchó con los comandos, no tiene solvencia técnica ni rigor para analizar operaciones de esta naturaleza.

Trigésimo octavo. Que es importante precisar que los actos permitidos por el ordenamiento comprenden dos requisitos y exigen tres condiciones para su debida aplicación [Conforme: Sentencia del Tribunal Supremo Español del cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro]. El primer requisito es que el sujeto activo sea una autoridad o funcionario público autorizado por las normas jurídicas a hacer uso de medios letales, y el segundo es que el hecho típico se haya producido en el ejercicio de sus funciones; sin duda, se trató de una operación militar de rescate que, dadas las circunstancias, era de indispensable realización y estaba conforme con el ordenamiento jurídico.

La primera condición, en cuanto a la conducta del agente oficial, es que para el cumplimiento de su deber tenga necesidad de hacer uso de medios violentos. La segunda es que se utilice el medio violento menos peligroso y del modo menos lesivo posible en consideración a las circunstancias. Y la tercera estriba en que sea proporcional la violencia utilizada en relación con el hecho que origina la intervención de las Fuerzas Especiales. Esas condiciones ya han sido analizadas. La necesidad de la operación militar de rescate se dio cuando se frustró la negociación y se contaba con información de una conducta agresiva de los secuestradores contra los rehenes, además se utilizó armamento de guerra ligero

y las técnicas militares de dominación de inmuebles y de tiro instintivo selectivo, frente a terroristas fuertemente armados y decididos, como en efecto hicieron, al enfrentarse a los comandos.

Trigésimo noveno. Que la Fiscalía Superior, como tercer motivo, establece que se vulneró el juicio de fiabilidad al valorar dos informes técnicos, médicos forenses, presentados por la Procuraduría del Estado del Ministerio de Defensa de los doctores Juan Manuel Cartagena y Derrick Pounder.

El motivo no puede tener éxito.

Cuadragésimo. Que, en principio, los informes en cuestión han formado parte de las actuaciones. El del profesor Derrick Pounder (fojas veinticuatro mil ciento cincuenta y cinco) fue admitido por decisión dictada en audiencia y oralizado (fojas veinticuatro mil trescientos treinta y siete). Los dos Informes del médico forense español Juan Manuel Cartagena (fojas veintitrés mil seiscientos treinta y dos y veintitrés novecientos noventa y nueve), si bien medió oposición de la parte civil, la Sala los admitió y oralizó a fojas veintitrés mil setecientos cincuenta y uno y veinticuatro mil ciento seis. La oposición, en este caso, carece de virtualidad. Se trata de documentos, sin duda técnicos, cuyo análisis está reservado a las partes y, fundamentalmente, están sujetos a la verificación jurisdiccional.

Si bien fueron considerados como “documentos ilustrativos”, tal carácter ilustrativo o no otorgado por la Sala Sentenciadora es irrelevante, en tanto que puede ampararse en él, como prueba documental –no puede ser otra cosa que un medio de prueba, ni siquiera atípico–, para examinar, con arreglo a la sana crítica racional –a la luz de la experiencia, la lógica y el recto entendimiento humano, que apuntan a una justificación racional–, las pericias médico y antropológico forenses. Son puntos de apoyo técnico que extienden el espectro del análisis que debe hacerse de toda pericia y, como tal, tienen un carácter complementario (uno de los elementos que compone el concepto mismo de sana crítica es el de los conocimientos científicamente aceptados socialmente, de ahí que toda información que permita profundizar en este análisis no puede dejar de tomarse en cuenta).

En tanto la meta del proceso es el esclarecimiento sobre el hecho y la responsabilidad atribuida a los acusados, negar su análisis contraría ese objetivo, constitucionalmente legítimo. Cabe añadir que las conclusiones periciales serán obviamente más confiables cuando se vean armoniosamente corroboradas por el resto del material probatorio incorporado a la causa; cuando concuerde con el dicho de los testigos, documentos y demás constancias, su eficacia aumenta [JAU-CHEN, EDUARDO. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo III, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2012, pp. 55 y 59].

En tanto los informes fueron ofrecidos por parte legitimada y constan en las actuaciones que no se afectó el derecho de defensa ni el principio de contradicción. Muy bien pudieron hacer referencia a ellos en la fase respectiva y, concretamente, en los alegatos. Como ha estado disponible en las actuaciones, examinarlos constituye una labor que hace compatible la valoración de la prueba con el principio de exhaustividad, en cuya virtud todos los elementos

probatorios integran una unidad y el juez debe analizarlos y comprobar su vinculación, o los grados de conformación o rechazo de las hipótesis en juego [RIVERA MORALES, Rodrigo. *La prueba: un análisis racional y práctico*. Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 241 a 242].

Cuadragésimo primero. Que la Fiscalía Superior denuncia, como cuarto motivo, que el acta de identificación y levantamiento de los cadáveres de los delincentes terroristas no fue realmente firmado por los peritos que participaron en dicha diligencia, pues fueron impedidos de ingresar a la residencia, acta que firmaron en lugares y momentos distintos. Estima, por consiguiente, que carece de eficacia y es inválida por vicios insalvables.

El motivo carece de consistencia para ser aceptado.

Cuadragésimo segundo. Que se trata de un acta judicial, realizada al día siguiente de la operación militar de rescate por el Juez Militar, en compañía del fiscal militar, y refrendada por el Secretario Letrado. Cabe significar, primero, que la diligencia materia del acta de intervención de las Fuerzas del Orden de fojas un mil ochocientos uno, levantada el mismo día de la operación militar de rescate, tuvo que suspenderse porque existía peligro para la seguridad del personal judicial porque “[...] se tenía conocimiento de que lugares estratégicos de la residencia se encontraban minados y con trampas ‘cazabobos’.

Segundo, que la diligencia de identificación y levantamiento de cadáveres, materia del acta de fojas un mil ochocientos seis y siguientes, fue dirigida por el Juez Militar, con intervención del Fiscal militar, y refrendada por el Secretario Letrado. En las páginas siete y ocho se precisó que la diligencia inicial se suspendió por la presencia de artefactos explosivos que el personal especializado desactivó –lo que confirma este aserto, que tipifica una causa de fuerza mayor insuperable para no continuar ese mismo día la diligencia judicial–. En la página ocho del acta en cuestión, se anotó que el Juez Militar dispuso el levantamiento de los cadáveres y ordenó el traslado de los mismos al Hospital Central de la Policía Nacional para las autopsias respectivas, así como que los funcionarios judiciales se constituyen a dicho hospital y se ordenó al médico de patología, comandante PNP Herbert Ángeles Villanueva, practique las necropsias de ley, igualmente dispuso que personal especializado realice la identificación respectiva de los cadáveres. Esa acta fue firmada, además del personal judicial, por seis miembros de la PNP: dos peritos dactiloscópicos, dos odontólogos y dos oficiales médicos de Anatomía Patológica del Hospital Central de la Policía Nacional. La Nota Informativa de fojas un mil setecientos, da cuenta del traslado de los cadáveres de los terroristas al Hospital Central de la Policía Nacional del Perú. Por orden del Juez Militar no se realizaron actas de Inspección Técnica Policial (Informe Policial de fojas un mil seiscientos noventa y siete). Las necropsias se remitieron conforme aparece del oficio de fojas un mil setecientos siete, del treinta de junio del dos mil uno, cursado por el Director General del referido Hospital Central. El Jefe del Departamento de Anatomía Patológica, en su ampliación de manifestación de fojas un mil doscientas setenta y nueve, informó de la actividad que le

tocó cumplir, por orden judicial, al Hospital Central, al punto de concluir que los catorce cadáveres muestran disparos a larga distancia.

Los peritos de dactiloscopia cumplieron con su rol al tomar las huellas de los cadáveres, aunque según menciona uno de ellos se le obligó firmar el acta judicial de levantamiento de cadáver [ver declaraciones de fojas trescientos setenta y siete y trescientos ochenta y cinco]. Este último dato no es particularmente significativo, porque solo está referido al mandato judicial y al momento en que el Juez Militar se trasladó al Hospital Central de Policía, no a toda la fase previa y esencial, de lo que se halló en el teatro de los hechos y su descripción. El traslado se cumplió, se acató la orden judicial y las pericias anatómicas se realizaron.

Cuadragésimo tercero. Que el motivo por el cual el acta de levantamiento de cadáver culminó al día siguiente está absolutamente justificado. No puede formularse reparo por esa circunstancia de fuerza mayor. Es evidente que la escena de los hechos fue removida, pues se requería auxiliar a los heridos, apagar el fuego y, luego, revisarla para eliminar el peligro de artefactos explosivos [declaraciones de detectives de la Unidad de Desactivación de Explosivos Reyna Zelada y Párraga Zapatero, de fojas quinientos quince y quinientos veinte]. Nada indica que durante ese lapso manos extrañas alteraran dolosamente el teatro de los hechos para ocultar ilícitudes penales. Recuérdese que el inmueble constituía un recinto diplomático, lo que contribuía a las exigencias de mayor cuidado y a coordinaciones con el personal diplomático japonés. Luego de la operación de rescate no ingresaron personas ajenas a la residencia, apuntó el general PNP Gamero Febres, encargado de la custodia [declaración sumarial de fojas once mil ochocientos cincuenta y ocho].

Determinados cuestionamientos a la última acta, acerca de la firma del personal del Hospital Central de la Policía Nacional del Perú y de Criminalística de la propia Policía Nacional del Perú, aun cuando completan la actuación judicial, no son relevantes respecto del propio levantamiento de cadáveres y de la específica descripción del teatro de los hechos, que solo corresponde definirlo a la autoridad judicial. Los peritos habían intervenido, según el acta, recién cuando el personal judicial se trasladó al Hospital Central: cabe señalar que se trasladó a los cadáveres, que las autopsias se realizaron en ese hospital y que las huellas se tomaron.

Cuadragésimo cuarto. Que la Fiscalía y la parte civil insisten en que se produjo una “cadena de mando paralela”, que partía desde el presidente Fujimori Fujimori, el jefe del CCFFAA Hennoza Ríos, el asesor presidencial Montesinos Torres, el comandante general de la DIVFFEE Jaime Patiño, el jefe de la Patrulla Tenaz y los miembros del SIN, Huamán Ascurra y Zamudio Aliaga. Los detectives del SIN, con Montesinos Torres como eje rector y la intervención del general EP Hermoza Ríos, tenían injerencia de facto en la operación militar, al punto que se encargaron de matar a los subversivos que quedaban vivos.

Se parte de la afirmación de que Montesinos Torres integraba el COT; que él coordinaba directamente con el presidente Fujimori Fujimori y recibía informes de los tenientes coroneles EP Huamán Ascurra y Zamudio Aliaga. La cadena de mando paralela era conocida por el general EP Jaime Patiño y el coronel EP William Zapata. A través de la cadena de mando militar llegó la información de los tres detenidos y fue al más alto nivel que se decidió la muerte de los rendidos por las instancias ejecutoras. Este motivo no es viable.

Cuadragésimo quinto. Que, como es evidente, todos los integrantes de la Patrulla Tenaz han negado vínculo alguno con los miembros del SIN, al punto de estar supeditados a ellos o, cuanto menos, entregarle a los emerretistas rendidos para su ejecución extrajudicial. Esa negativa alcanza a los jefes de la cadena de mando militar. En las operaciones propiamente militares de rescate no participó Zamudio Aliaga, tal como declara el suboficial PNP Raúl Robles Reynoso, en su testimonial sumarial de fojas once mil novecientos cinco. Zamudio Aliaga mencionó que solo ingresó después de terminada la operación de rescate para ayudar a la evacuación de heridos y rehenes, y su posición de mando estaba ubicada en el exterior de la residencia [manifestación de fojas un mil trescientos dos]. El suboficial de tercera PNP Marcial Teodorico Torres Arteaga apuntó que terminado el operativo, los detectives del SIN ayudaron a que los rehenes salgan de los túneles; a estos mismos les correspondió la filmación del operativo [declaración de fojas seis mil quinientos cinco]. Montesinos Tones, en el momento de la operación, se encontraba en el SIN, como declaró el detective de inteligencia Alejandro Montes Walters [instructiva de fojas seis mil seiscientos], luego de lo cual se desplazó a la residencia [instructiva de Javier Pérez Pezo de fojas seis mil seiscientos dieciséis].

El teniente coronel EP Pajares del Carpio es enfático: no tenían que obedecer ninguna orden de Huamán Ascurra –quien se encontraba en el Bunker, en la Casa número uno, cuando se produjo el operativo [declaración del Suboficial PNP Churata Apaza de fojas seis mil cuatrocientos noventa y seis], ni Zamudio Aliaga, porque no figuraban en la línea de comando, a quienes ni siquiera vio durante la operación [declaración de fojas tres mil veintisiete].

Cuadragésimo sexto. Que no hay duda de la intervención en el COT de Montesinos Torres, por orden del presidente Fujimori Fujimori. El SIN realizó, además, tareas de información, interceptación telefónica, comunicación con rehenes y análisis de la información copiada, así como la elaboración de maquetas de la réplica de la embajada y la construcción de túneles. Tenía a su cargo, además, la custodia y control de las casas aledañas a la residencia, la filmación y tomas fotográficas de lo sucedido en la operación, y el apoyo en el traslado de heridos –Ramos Viera, del SIN, agregó que también les correspondió la logística: uniformes, materiales y municiones para las Fuerzas Especiales [fojas quinientos ochenta y tres]–. Los mecanismos de comunicación eran propios para cada institución: los comandos y sus mandos, y del SIN y sus mandos.

Aclaró Hermoza Ríos que Montesinos Torres llegó luego de que acabó la operación Chavín de Huantar y no tenía ningún mando sobre las fuerzas de intervención

y, por ende, no podía dar órdenes [declaración plenaria de fojas veinte mil quinientos veintisiete]. El general EP Jaime Patiño, comandante general de la DIVFFEE, precisó que no recibió información de Montesinos Tones durante el desarrollo de la operación. La no injerencia de Montesinos Tones en el aspecto militar es afirmada por el coronel EP Williams Zapata en su declaración sumaria de fojas once mil quinientos sesenta y seis y en su declaración plenaria de fojas veintiún mil seiscientos setenta y ocho.

El suboficial PNP Olivares Príncipe que estaba como personal de seguridad en la Casa número tres, bajo el mando del suboficial PNP Clavijo Arrece, se limita a decir que Montesinos Torres estaba a cargo de la operación. Esa información, por provenir de un suboficial con un puesto menor en la operación no tiene mayor fundamento, tanto más si Clavijo Arrece no la corrobora, quien además alude a la ausencia de Huamán Ascuna ese día [fojas un mil ciento cuarenta y un mil ciento cincuenta y nueve]. El técnico de tercera EP Tolentino Tapia, en su manifestación de fojas seiscientos diez y testifical de fojas seis mil trescientos setenta y cuatro sostiene, primero, que era el encargado de filmar el operativo, que la información la revisaba y evaluaba el teniente coronel EP Huamán Ascuna, y que el día del rescate Huamán Ascuna y el coronel EP William Zapata informaban todos los detalles a Montesinos Torres; y, segundo, que Huamán Ascurra y William Zapata estuvieron en los puestos de comando, pero quien comunicaba lo ocurrido a Montesinos Torres era el primero, que ingresó a la vivienda inmediatamente después de cesar el combate para filmar, y que Huamán Ascurra estaba a cargo de la operación de inteligencia.

Esta última declaración no es uniforme, aunque confirma lo que todos han expresado: Huamán Ascurra tenía a su cargo labores típicamente de inteligencia, y que él daba cuenta a Montesinos Torres –su grado y puesto de ocupación, sin duda, no le permitía acceso a las líneas más delicadas de comunicación durante la operación militar–. No está probada una interferencia del área de inteligencia del área de intervención propiamente dicha, menos que Montesinos Torres, por encima del jefe del CCFFAA y del comandante general de la Primera DIVFFEE cursara órdenes a William Zapata, jefe de la Patrulla Tenaz. Como ha quedado establecido, a partir del análisis que se ha efectuado, no se produjo, respecto de los emerretistas Meléndez Cueva y Peceros Pedraza una ejecución sumaria o arbitraria.

Cuadragésimo Séptimo. Que los documentos fílmicos se entregaron a Montesinos Torres, pero no se ha podido contar con ellos: han desaparecido. Sin embargo, tal circunstancia y determinadas afirmaciones, no uniformes y sin contrastar, no permiten sostener que existía un comando paralelo, por lo demás de muy difícil presencia en el curso de una operación militar –compleja y de gran precisión, cuyo éxito dependía de una sola orden centralizada del más alto nivel de la cadena de mando– que alcanzó los resultados esperados. La declaración plenaria del ministro de defensa Aurelio Loret de Mola de fojas veintiún mil cuarenta y ocho, como anota el Fiscal Supremo, formulando interrogantes y descalificaciones a los integrantes del SIN, es solo una apreciación que en el contexto

del caso y en el marco de las investigaciones judiciales realizadas no consolida los cargos de la existencia de una línea de mando paralela y una misión específica por aquella de eliminar emerretistas heridos o capturados.

Cuadragésimo octavo. Que la Fiscalía, en línea de acreditación de los hechos, como quinto motivo, menciona que, a falta de prueba directa, se debió recurrir a prueba indiciaria. La acusación recurrió a ese tipo de prueba, lo que le permitió estimar, primero, que existió una línea de mando paralela y, segundo, que se ejecutó arbitrariamente a tres emerretistas rendidos y capturados.

Tampoco este motivo es viable.

Cuadragésimo noveno. Que, por lo demás, es claro que en el presente proceso –o en otros– a falta de prueba directa, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia. Cabe recordar que en el *sub lite* se tiene, siempre desde la perspectiva de las partes acusadoras, tres testimonios sobre hechos inmediatamente previos a la muerte de los tres emerretistas agraviados y prueba pericial forense sobre las lesiones por proyectil por arma de fuego que registran los aludidos agraviados, así como datos subsecuentes al hecho –lógicas de encubrimiento real– que fundan la pretensión acusatoria.

Otro tema es, como se ha dejado claro, que tales datos o informaciones no son indicios –ante su falta definitiva de acreditación–, menos graves y concordantes, respecto de las que no es posible hacer uso de una inferencia correcta, la cual necesariamente debe partir de realidades constatables.

Quincuagésimo. Que la prueba por indicios requiere, como es sabido, (i) que los indicios –su objeto no es el directamente final de la prueba: la conducta delictiva– se basen en hechos plenamente probados y no en meras sospechas, rumores o conjeturas; y, (ii) que los hechos constitutivos de delito y la participación de los acusados en el mismo, se deduzcan de los indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, detallado en la sentencia condenatoria.

El control impugnativo de la racionalidad y solidez de la inferencia puede decutarse tanto (i) desde el canon de su lógica o coherencia –de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho de que se hace desprender de ellos o no conduzcan naturalmente a él–, como (ii) desde el de su suficiencia o carácter concluyente –no siendo razonable cuando la inferencia es excesivamente abierta, débil o imprecisa–. Es de rechazar no solo los supuestos de inferencias ilógicas o inconsistentes, sino también las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial.

Quincuagésimo primero. Que, en el presente caso, la versión de Hidetaka Ogura, respecto de los agraviados Meléndez Cueva y Peceros Pedraza, no es creíble y no tiene puntos de corroboración; es decir, no constituye indicio, probado y concluyente y, menos, grave. Las pruebas de descargo enervan la atendibilidad

de su versión. Por otro lado, las pruebas forenses hacen mención, finalmente, a un fuego cruzado, en combate, no a una ejecución sumaria de unos emerretistas vencidos y desarmados.

La proporcionalidad y plena racionalidad de la operación Chavín de Huantar, unida a sus resultados, impiden considerar que formó parte de su ejecución, con el concurso de otros dectivos, propiamente los de inteligencia, el matar alevosamente a los emerretistas capturados. No está probado que se instituyó una cadena de mando paralela a la propiamente militar en la dirección y ejecución de la operación militar de rescate a fin de dar muerte a los emerretistas que pudieran resultar heridos o ilesos luego de la operación de rescate. De ser así, tampoco puede admitirse que se pretendiera generar mecanismos de impunidad al borrar los vestigios materiales y el cuerpo del delito. La actuación de la justicia militar —más allá de la jurisprudencia ulterior a la ley de la materia en sentido negativo a esa regulación— fue inmediata y el presente proceso revela que se dectuó un conjunto de actos de esclarecimiento para determinar si hubo o no ejecuciones sumarias o arbitrarias, como pauta o línea acción de las máximas autoridades del Estado, de las Fuerzas Armadas y el aparato de inteligencia.

En tal virtud, los puntos de partida de la acusación se basan en meras conjeturas y las inferencias utilizadas son inconsistentes y no concluyentes.

Quincuagésimo segundo. Que la Fiscalía Superior, como sexto motivo, enfatiza que los asesinatos materia de acusación, desde el Derecho Internacional, son delitos de lesa humanidad y, como tales, debieron calificarse.

El problema, en principio, no es de si se acepta o no esa categoría jurídico penal internacional, sino si, en decto, en virtud a las pruebas actuadas y al marco fáctico específico, con sus implicancias internacionales, los hechos, que importarían la ejecución sumaria de tres emerretistas, pueden calificarse de delitos de lesa humanidad según el Derecho Internacional.

No es así. Por tanto, este motivo decae también.

Quincuagésimo tercero. Que desde el año mil novecientos cuarenta y cinco [artículo seis, numeral c) del Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg] se tiene una definición de los elementos del tipo legal de lesa humanidad en el Derecho Internacional Penal, que ha adquirido una mayor concreción, por ejemplo, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (suscrito el diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho en Roma y vigente desde el primero de junio del dos mil dos) —en adelante, ECPI—, lo cual no quiere decir, desde luego, que desde su vigencia pueden ser invocados por los Estados, pues el Estatuto de Roma regula el ámbito de competencia material y temporal de la Corte Penal Internacional (artículos cinco y once del ECPI); no crea e incorpora al ordenamiento internacional tal tipo legal, pues el delito de lesa humanidad, desde mil novecientos cuarenta y cinco, forma parte de la costumbre jurídica internacional, fuente del Derecho Internacional. La omisión del Estado peruano en este ámbito es patente.

Los elementos del tipo legal internacional de lesa humanidad son:

1. El comportamiento típico, en el que destacan los denominados “elementos de contexto” requieren de la existencia de un ataque y que este sea generalizado o sistemático. En primer lugar, debe configurarse una línea de conducta que implique la comisión de múltiples actos de asesinato, exterminio, esclavitud, entre otras formas delictivas. En segundo lugar, el ataque debe realizarse a gran escala –es una acción masiva o frecuente– contra un número importante de personas atacadas o a múltiples víctimas. En tercer lugar, los actos de violencia deben tener una naturaleza organizada –política común o plan preconcebido, que supone la existencia de importantes recursos públicos o privados–, al punto que es improbable su ocurrencia esporádica.
2. Sujeto pasivo. El ataque está dirigido contra la población civil, esta puede ser definida como el conjunto de individuos que ocupan un espacio geográfico determinado, ajenas completamente a las hostilidades. Pero no solo comprende a los no combatientes, sino a los que no forman parte de las hostilidades por haber depuesto las armas, por encontrarse enfermos o detenidos. Los integrantes de las fuerzas armadas o paramilitares serán calificados como población civil siempre que no ejecuten ataques contra los bienes jurídicos penales y que no estén inmersos en las hostilidades.
3. Sujeto activo. El funcionario estatal que cumpla o promueva una política de Estado de violación de derechos humanos o el miembro de una organización destinada a violar derechos humanos. Sus actos han de ser parte del ataque. Su finalidad es excluir los actos aislados; es decir, cuando tengan que ver tan poco con el ataque, considerando el contexto y las circunstancias en que fue cometido.
4. Conocimiento del ataque. El autor debe saber que existe un ataque contra la población civil -no es necesario que el perpetrador tenga un conocimiento detallado del ataque y sus motivos no son relevantes ni que comparta la finalidad del ataque, pues puede hacerlo por razones meramente personales-, y que su acto individual forma parte de aquel. Debe conocer el contexto del ataque, que ha de ser generalizado o sistemático contra una población civil.

Quincuagésimo cuarto. Que, en el presente caso, la operación militar de rescate, más allá de la calificación que merezca el régimen del presidente Fujimori Fujimori –sobre la que incide la acusación y la parte civil–, no constituyó, para el Derecho Internacional Penal, un delito de lesa humanidad pues, fundamentalmente, carece de los *elementos configuradores generales*, también denominados *elementos de contexto*, para ser calificado como tal. No se trató de un ataque sistemático y generalizado, sino una operación de rescate focalizada que cumplió su finalidad: rescatar rehenes sometidos a esa condición por integrantes del MRTA. Los resultados de la acción de rescate no importaron un ataque generalizado, de grandes proporciones –que puedan enlazarse con otros hechos atribuidos a los órganos de poder en ese periodo–, ni se llevó a cabo mediante un plan común para matar, de modo sistemático, a los emerretistas, quienes por lo

demás no pueden calificarse de población civil: no se rindieron ni depusieron las armas –es de insistir que un caso singular es el de Cruz Sánchez (a) “Tito”–. Los planes de operaciones, los entrenamientos realizados, las labores preparatorias, el hecho de que varios comandos resultaron heridos –al punto que uno de ellos sufrió la amputación de una pierna– y dos fallecieron en acto de combate, da cuenta de que se trató de un enfrentamiento, luego de agotarse todas las posibilidades de diálogo pacífico, pese a que se acudió a la comprensión de otros países. Además, había directivas acerca de cómo tratar a los terroristas capturados y heridos.

Más allá de esta conclusión es pertinente reafirmar, con arreglo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en especial la *Sentencia Almonacid Arellano versus Chile*, del veintiséis de septiembre de dos mil seis, y *Barrios Altos versus Perú*, del catorce de marzo de dos mil uno, que estos delitos proscriben las disposiciones de amnistía, las disposiciones sobre prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que impidan la investigación y sanción de las violaciones graves de los derechos humanos.

Quincuagésimo quinto. Que como el Perú no tiene tipificado expresamente el tipo legal de delito de lesa humanidad, ha de acudirse a lo que se denomina “doble subsunción”. Esta figura se da cuando la conducta se adecúa a un delito nacional y, paralelamente, a las normas internacionales, a fin de calificarla como crimen de lesa humanidad, de suerte que se da pleno efecto al régimen jurídico específico de los crímenes internacionales. La falta de tipificación nacional, por tanto, no elimina el carácter de crimen internacional de la conducta en cuestión, al punto de reconocerse en sede interna, por mandato internacional, la no aplicabilidad de normas sobre prescripción, amnistía o cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la posibilidad de reproche.

Por otro lado, aun cuando una violación de derechos humanos no pueda subsumirse en un delito de lesa humanidad, por no estar presentes los *elementos configuradores generales*, existen hechos graves que el Derecho Internacional ordena su tipificación penal y sanción en el orden interno, como es el caso de las torturas, la desaparición forzada y las ejecuciones sumarias o arbitrarias, o cuando se trata de hechos calificados como violación de derechos humanos por una Corte Internacional y que según la legislación interna tienen carácter delictivo –en tanto se han perpetrado en el ejercicio abusivo del poder del Estado–. En estos supuestos se les reconoce una limitación de derecho internacional: la prescripción no procede a partir de conductas negligentes o de mala fe por parte de las autoridades a cargo del proceso [Corte Interamericana de Derechos Humanos. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Casos *Loayza Tamayo e Ivcher Bronstein*, ambos *versus Perú*, del primero de julio de dos mil once y veintisiete de agosto de dos mil diez, respectivamente].

Quincuagésimo sexto. Que la parte civil sostiene que no se ha valorado el Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación y, por el contrario, se le ha dado valor al libro Base Tokio pese a que no fue propuesto por ninguna de las partes.

El motivo ha de claudicar.

Quincuagésimo Sétimo. Que el informe de la CVR si bien no se leyó, por oposición de cuatro de los imputados, la Sala lo consideró como “documento referencial”. El citado informe consta en autos y ha podido ser revisado y examinado por las partes, a la vez que ser utilizado en sus alegatos. Es, en pureza, una prueba documental y aun cuando no se leyó estuvo a la vista de las partes, de modo que su análisis no vulnera el principio de contradicción y la garantía de defensa procesal.

El Informe de la CVR, de un lado, a partir de la información global y el análisis pormenorizado que hace de una situación general, tiene un claro valor y utilidad para apreciar el contexto de hechos específicos –incluso ha sido citado en esta Ejecutoria Suprema–. Por otro lado, cuando dicho Informe incorpora detalles sobre hechos individuales, penalmente relevantes, puede asumirse por la justicia penal como meros aportes fácticos, pero de ninguna manera como prueba plena que impida ulteriores esclarecimientos y que exija una valoración autosuficiente para decidir la inocencia o culpabilidad de una persona, pues de ser así el proceso jurisdiccional no tendría razón de ser.

Sobre el presente caso, el Informe de la CVR (páginas setecientos diecinueve y setecientos treinta y seis) aporta referencias de lo sucedido en la residencia del embajador del Japón, pero sus fuentes son el Atestado Policial y la declaración de Hidetaka Ogura, además de informaciones periodísticas y parte de la instrucción de la presente causa –diferentes piezas procesales–. Como se entenderá, a partir del conjunto, completo, del proceso, el Tribunal Superior y, ahora, este Tribunal Supremo cuentan con mucha más información de la que en su día revisó la CVR; y la información que procesalmente es prueba es la que consta en esta causa, y en virtud del principio de exhaustividad e integridad a ella es de remitirse para absolver el grado –rigen además los principios de inmediación y contradicción–. En parte, el Informe de la CVR ha servido para explicar el contexto situacional de la toma de rehenes, pero no es útil o autosuficiente para definir en cada supuesto concreto la responsabilidad penal de los acusados. No puede decirnos –ni siquiera lo dice enfáticamente– si uno o algunos imputados son responsables, o si un testimonio o documento es asumible enteramente para dictar un fallo en un determinado sentido.

El Libro Base Tokio ha sido materia de debate plenarial. La defensa del acusado Montesinos Torres –sesiones décimo séptima y décimo octava– hizo reconocer y explicar varias fotografías que contenía. No hubo oposición de parte. De tal suerte que su valoración no es ilegal ni viola algún principio de la prueba y de su valoración.

Quincuagésimo octavo. Que el rol jugado por Montesinos Torres –según las partes acusadoras– excedía el campo de inteligencia tradicional y era quien dirigía el operativo e, incluso, ingresó a la residencia del embajador del Japón el día de los hechos. En puridad, esta denuncia apunta a sostener que él, por el mando que ostentaba, dispuso la ejecución arbitraria de los agraviados.

La inviabilidad del motivo es patente.

Quincuagésimo noveno. Que es verdad que Montesinos expresó ante un visitante en el SIN que, cuando ocurrieron los hechos, se encontraba en la embajada, en la parte de atrás, en el puesto de comando de inteligencia –este se encontraba ubicado, según Zamudio Aliaga, en la casa numero Uno– (página dos mil seiscientos ocho del libro “En la Sala de la Corrupción”, fojas dieciocho mil ochocientos veintiséis) –pero en su declaración sumarial anotó que se hallaba en las instalaciones del SIN [fojas seis mil doscientos veintiocho]–. El teniente coronel EP Zamudio Aliaga a fojas un mil trescientos dos mencionó que después de la operación vio a Montesinos Torres en el frontis de la embajada, mientras que el coronel EP Jaime Patiño precisó que al final del operativo lo saludó en el COT (se encontraba ubicado en el Cuartel General de la Marina en la Avenida Salaverry).

El SIN, como ha quedado expuesto, tenía a su cargo el control de las casas alejadas a la residencia, la intervención de comunicaciones y el apoyo al personal militar, incluso filmaba las escenas de combate. Además, cuatro de los detectives del SIN ingresaron a la residencia detrás de los comandos para filmar y tomar fotografías; y, fuera del plan, el teniente coronel Zamudio Aliaga, como él mismo lo reconoce, ingresó –luego de finalizar el tiroteo y las bombas– para ayudar a los rehenes y heridos. No existe prueba testifical que revele que este último u otro detective del SIN –incluso Huamán Ascurra– ingresaron a la residencia dectuando disparos o enfrentándose a los emerretistas. No había comunicación radial entre los operativos y los de inteligencia [instructiva del teniente coronel PNP Konja Chacón de fojas seis mil quinientos catorce].

En sede preliminar el Técnico Tercera EP Pedro Jaime Tolentino García [fojas seiscientos diez y seiscientos treinta y cinco] sostiene que se encargaba de las filmaciones, antes y en el momento de la operación de rescate –incluso al día siguiente filmó el cadáver de “Tito”–, información que se la daba al teniente coronel EP Huamán Ascurra. Agrega que este último y el coronel EP Williams Zapata el día de la operación de rescate le informaban todos los detalles a Montesinos Torres. Sin embargo, en su declaración instructiva de fojas seis mil trescientos setenta y cuatro precisa la información que proporcionó: Huamán Ascurra era el único que comunicaba de todo lo ocurrido a Montesinos Tones, y que solo estaba a cargo de la operación de inteligencia.

El coronel EP Williams Zapata reitera que estuvo a cargo de la operación de rescate; que el SIN no tuvo injerencia en la parte operativa, su misión se relacionaba con la parte de inteligencia; que los agentes de inteligencia ingresaron a la residencia con pasamontañas negras, luego del operativo, para filmar y fotografiar (fojas seis mil ochocientos ochenta y tres); que Montesinos Torres no estaba en la cadena de mando de la operación de rescate; que no sabe si cuando se produjo la intervención Montesinos Torres se encontraba en el COT; que Huamán Ascurra estaba a cargo de la Inteligencia y no tuvo comunicación con él en el momento de la operación militar [declaración sumarial de fojas once mil quinientos sesenta y seis y declaración plenarial de

fojas veintiún mil seiscientos setenta y ocho]. Solo el detective del SIN, Mayor EP Cortijo Arbulú, llega a decir que Montesinos Torres planificó la operación, y que Huamán Ascurra ordenaba las acciones que debían realizar William Zapata y Cabrera Pinto [fojas un mil cincuenta y ocho y cincuenta y siete mil novecientos diecinueve], pero ni William Zapata ni Cabrera Pinto aceptan ese hecho [fojas quinientos setenta y seis].

El suboficial brigadier PNP Olivares Príncipe a fojas un mil ciento cuarenta, también expresó que Montesinos Torres dirigió el operativo, lo que fundamenta en la versión de Huamán Ascurra, pero este último, en su declaración plenaria de fojas veinte mil quinientos setenta y cuatro, señaló que no es así.

El general EP Hermoza Ríos, Jefe del CCFFAA, precisó que Montesinos Torres no tenía ningún mando sobre las Fuerzas de Intervención, sobre la Patrulla Tenaz, solo tenía mando de su personal del SIN, los cuales no podían participar en la operación. Acota que Montesinos Torres llegó a la residencia del embajador del Japón luego de que esta se había tomado [declaración plenaria de fojas veinte mil cuatrocientos ochenta y siete y veinte mil quinientos veintisiete].

Sexagésimo. Que lo glosado permite sostener que el ámbito operativo militar de la operación de rescate estaba a cargo de la Patrulla Tenaz y, con ella, de la Primera DIVFFEE y el Jefe del CCFFAA. El ámbito de inteligencia, por su propia naturaleza, tuvo su injerencia en el área de su competencia, sin que los roles de las fuerzas de intervención y de inteligencia se confundan. Luego, no podía existir –como no hubo– mandos paralelos. Es claro que Montesinos Tones tenía intervención por integrar el COT, pero en lo específicamente castrense carecía de mando.

La prueba actuada, por otro lado, no autoriza a sostener que Montesinos Torres y su equipo de inteligencia dirigieron, por lo menos, una línea de la operación de rescate, con su propia lógica de funcionamiento, y no solo para filmar y tomar fotografías, sino para enfrentarse a los emenettistas y, eventualmente, matarlos –técnicamente de imposible ejecución, que por lo demás hubiera sido causa eficiente del fracaso de la operación, lo que no sucedió–. Ni Montesinos Tones mandaba a la Patrulla Tenaz por encima del Jefe del CCFFAA y del comandante general de la Primera DIVFFEE, ni podía interferir en las decisiones propiamente militares una vez aprobadas –el Plan de Operaciones es definitivo al respecto–.

Está comprobado, por lo demás, que no se ejecutó arbitrariamente a los agraviados Meléndez Cueva y Peceros Pedraza, quienes murieron en acto de combate. También está probado que Montesinos Torres transmitió la orden al general PNP Gamero Febres, por disposición del Presidente de la República, para enterrar los cadáveres de los emerretistas [declaración de fojas un mil doscientos treinta y tres], pero tal referencia tenía su correlato en la disposición de la jurisdicción castrense, como puntualizó el Director General de la Policía Nacional Dianderas Otonne [instructiva de fojas un mil setenta y ocho].

6. De la muerte del agraviado Eduardo Nicolás Cruz Sánchez

Sexagésimo primero. Que, en principio, el ámbito recursal no estriba en controlar jurisdiccionalmente la decisión de la Sala Penal Superior acerca de la forma y circunstancias de la muerte del emerretista Cruz Sánchez (a) “Tito”. Tampoco se ha cuestionado **–en relación al gravamen que ello significaba para el Estado como tercero civil–** la disposición del Tribunal de elevar a la Fiscalía Suprema en lo Penal para determinar a los responsables, como autores directos, de su muerte, respecto de quien se entendió que se produjo una ejecución extrajudicial, arbitraria o sumaria, luego de haber sido arrestado, desarmado y merced de las Fuerzas del Orden.

La Fiscalía Superior entendió que en ese hecho no participaron comandos de la Patrulla Tenaz, aunque estimó que necesariamente existió una orden que pasó por una cadena de mando, en cuya ejecución, sin embargo, no es responsable ningún comando. El Tribunal Superior, a su vez, concluyó que en la muerte del referido agraviado intervino personal del Servicio de Inteligencia Nacional (aunque el voto en minoría concibió que tal reducción del espectro de posibles autores materiales o directos a los dectivos del SIN no puede, desde ya, aceptarse con carácter definitivo).

En tal virtud, la Sala Penal Superior dispuso elevar copia de las actuaciones al Fiscal Supremo de lo Penal para que dicte las disposiciones correspondientes para investigar la autoría material.

Sexagésimo segundo. Que cabe aclarar, sin embargo, que como el Ministerio Público es un órgano autónomo de derecho Constitucional del Estado y con potestad investigativa plena –titular de la persecución penal pública–, de aceptarse el pedido del Tribunal Superior, desde luego, la investigación fiscal tendrá un ámbito que dicha institución delimitará conforme avanza sus propias investigaciones. Por tanto, podrá comprender en sus averiguaciones a todas aquellas personas que estime, desde los actos de investigación que surjan, puedan estar implicadas, de uno u otro modo, en los hechos y según el título de imputación que corresponda.

La comunicación judicial es solo una exigencia de investigar. Su especificidad, respecto de determinadas personas por un título de imputación determinado, tiene un carácter necesario pero provisorio que se confirmará, descartará o ampliará según el resultado de las indagaciones preliminares. El único límite que tiene la Fiscalía, como es obvio, es el del *ne bis in idem*, en cuanto a aquellos imputados respecto de quienes ya se resolvió su situación jurídica por la muerte del emerretista Cruz Sánchez (a) “Tito”.

Sexagésimo tercero. Que corresponde examinar, a mérito de los agravios tanto de la Fiscalía Superior –no aceptado, sin embargo, por el señor Fiscal Supremo en lo Penal conforme con su dictamen precedente– como de la parte civil, si en la ejecución extralegal, sumaria o arbitraria –así calificada por el Tribunal Superior– medió la intervención a título de autoría mediata de los encausados Hermoza Ríos, Montesinos Torres y Huamán Acurra.

En esta presunta cadena de autores mediatos también está incluido el ausente Zamudio Aliaga, sobre el cual se reservó la causa en función a la prueba testifical que, de una u otra manera, lo involucra. Por ende, su situación jurídica necesariamente debe esclarecerse en un juicio oral. Este extremo de la decisión no ha sido impugnado, por lo que el conocimiento del Supremo Tribunal –para afirmar o descartar tal conclusión–no puede comprenderlo. Es de aplicación el principio *“tantum devolutum, quantum appellatum”*, esto es, la imposibilidad de que la Ejecutoria Suprema entre a conocer de extremos consentidos.

Sexagésimo cuarto. Que, siguiendo parcialmente el *facturo* de la acusación, el Tribunal Superior estimó acreditados seis hechos sustanciales:

1. La detención de Cruz Sánchez se produjo cuando había terminado el combate en la residencia, y los rehenes de las habitaciones “H” e “I” se encontraban evacuados en la casa número Uno, pero a la espera de ser recogidos.
2. Uno de los rehenes, no identificado, comunicó por señas a los detectives policiales, adscritos al SIN, que cuidaban la Casa número Uno, Suboficial de Tercera PNP Torres Arteaga y Suboficial de Primera PNP Robles Reynoso, de la presencia de un infiltrado emerretista (que sería “Tito”).
3. Los detectives policiales detuvieron a “Tito”, pese a que intentó huir, lo redujeron, lo echaron al suelo y le amarraron las manos con una correa. Ambos policías, como corresponde, estaban vestidos con uniforme policial y, como es obvio, eran ajenos a la Patrulla Tenaz.
4. Los policías llamaron vía radio a su jefe, el teniente coronel EP Zamudio Aliaga –era imposible comunicarse con superiores de la Patrulla Tenaz porque la frecuencia de radio no coincidía–, y le comunicaron la detención, el mismo que les dijo que esperaran, que vendrían por él.
5. Al poco rato, un detective vestido de comando lo recogió y se lo llevó con dirección a la residencia del embajador del Japón.
6. El agraviado Cruz Sánchez (a) “Tito” fue hallado muerto en el primer piso, entrando a la izquierda, al fondo de la residencia, con un orificio grande en el lado derecho de la cabeza, parte superior de la oreja; además tenía en la mano derecha una granada que no llegó a lanzar, según fluye del acta de levantamiento de cadáver realizada por el Juez Militar.

Sexagésimo quinto. Que la realidad de la captura de “Tito” parte de tres testimonios. De los dos detectives policiales, adscritos al SIN, suboficial Técnico PNP Marcial Teodorico Torres Arteaga y suboficial de primera PNP Raúl Robles Reynoso, quienes se encontraban en su rol de vigilantes de la Casa número Uno, así como del diplomático japonés Hidetaka Ogura.

Ambos agentes de inteligencia relatan que a la Casa número Uno llegaron entre diez y quince rehenes –japoneses y autoridades peruanas–. Torres Arteaga solo recuerda la presencia del juez supremo Serpa Segura y del técnico EP del SIN Manuel Tullume Gomales –quien filmaba todo lo sucedido en la Casa

número Uno y los jardines-. Uno de los rehenes, no se acuerdan cuál, les indicó con las manos de un infiltrado –era “Tito”– en su grupo, por lo que lo capturaron, apartaron del grupo de rehenes y lo colocaron en un costado del jardín de la casa. Robles Reynoso se comunicó por radio con su jefe, el teniente coronel EP Zamudio Aliaga, quien le dijo que iba a mandar a recogerlo. Al poco tiempo uno vestido de comando y a viva voz, pese a la oposición de “Tito”, lo condujo por el túnel en dirección a la residencia [manifestaciones de fojas un mil ciento cuarenta y cinco y un mil ciento cincuenta y dos, y declaraciones plenariales de fojas veintiún mil doscientos treinta y ocho vuelta y veintiún mil doscientos uno].

Esa versión, por lo demás, solo ha sido confirmada por el diplomático japonés Hidetaka Ogura, quien dice que vio a “Tito” vivo, pero también agrega que esa escena fue observada por el vice ministro de la presidencia Tsuboyama Matsuda y el coronel FAP Garrido Garrido [declaración plenarial vía teleconferencia de fojas veintidós mil novecientos noventa y cinco vuelta].

Cabe acotar, no obstante, que los cuatro testigos mencionados por los policías e Hidetaka Ogura no corroboran esas citas [declaración de Serpa Segura de fojas ciento cincuenta y cinco, un mil doscientos ochenta y nueve, cinco mil cuarenta y diez mil seiscientos cuarenta y ocho; de Tullume Gomales de fojas novecientos diez; de Tsuboyama Matsuda de fojas ciento cuarenta y uno y cinco mil doscientos treinta y siete –quien llega a decir, al igual que Giampietri Rojas y Tudela van Breugel Douglas, que no podía hablarse nada delante de él por sus vinculaciones con los emerretistas–; y del coronel FAP Garrido Garrido de fojas ciento treinta y siete y un mil doscientos noventa y cinco].

Sexagésimo sexto. Que, conforme consta del acta de identificación y levantamiento de cadáver que elaboró por el Juez Militar, el cadáver de “Tito” se encontró en el primer piso entrando a la izquierda, al fondo de la residencia, con un orificio grande en la cabeza, lado derecho, parte superior de la oreja. Además, tenía en la mano derecha una granada, que no llegó a lanzar.

Los Informes Médicos Legales –específicamente el protocolo de necropsia número cero ochocientos setenta y ocho guion cero uno– indicaron que el agraviado presentó una lesión perforante por proyectil de arma de fuego, con entrada en la región posterior izquierda del cuello y salida en la región lateral derecha de la cabeza. Fue producto de un proyectil de arma de fuego disparado por un arma de alta velocidad. La víctima estaba en un plano inferior al victimario, quien se encontraba atrás y a la izquierda de ella. Las lesiones pueden corresponder a disparos de larga o corta distancia. La pericia balística forense número un mil ciento dieciocho diagonal cero uno, de fojas dos mil setecientos cincuenta y ocho, precisó que el proyectil era de calibre nueve milímetros. En el examen de los peritos balísticos en el plenario aclararon que el disparo se produjo desde una distancia, con un rango que va desde centímetros hasta los seis metros [fojas veintidós mil ochocientos treinta y ocho].

Cabe añadir que el médico forense español Juan Manuel Cartagena señaló que el disparo, ante el hecho de que no se mencionó que el polo verde que vestía el agraviado tenía adherido plomo, antimonio y bario, fue dectuado a larga distancia. No hay vestigio que acredite que el disparo se produjo a cañón tocante o bocajarro, no quemarropa, no corta distancia, pues no consta el círculo de Benassi en los huesos del cráneo y, en todo caso, hubiese dado positivo al estudio químico a componentes de la pólvora. La muerte se produjo en forma fulminante, no ha podido llegar a una situación de shock [fojas veintitrés mil seiscientos treinta dos]. El profesor Pounder, por su parte, anotó que “Tito” fue disparado probablemente encontrándose de pie, aunque posiblemente estaba agazapado (flexionado hacia adelante), inmóvil o moviéndose lentamente. No estuvo atado y llevaba una granada defensiva en su mano. Si bien es probable que haya sido disparado a una distancia relativamente corta no fue a cañón tocante ni a corta distancia (inferior a un metro) [fojas veinticuatro mil ciento cincuenta y tres].

Sexagésimo sétimo. Que en atención (i) a la declaración de los dectivos del SIN y a lo mencionado por Hidetaka Ogura –que en este extremo de su declaración el Tribunal Superior le otorga credibilidad–, sin perjuicio de que existen testimonios en otro sentido, y (ii) al resultado médico y balístico forense –del Instituto de Medicina Legal y de la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional–, más allá de las acotaciones de los informes médico forenses de Pounder y Cartagena, la Sala Sentenciadora estimó que tales indicios son graves, concordantes y pertinentes [univocidad de los indicios], así como que, ante la ausencia de contraindicios sólidos, no existe otra explicación razonable que concluir que el agraviado Cruz Sánchez (a) “Tito” fue ejecutado extrajudicialmente. Entienden los jueces superiores que si es capturado vivo, es conducido a la residencia y, luego, se le encuentra muerto con una bala en la cabeza, bajo un patrón lesional distinto a los trece emerretistas muertos, la inferencia razonable es que fue ejecutado extrajudicialmente.

El aludido agraviado –cabe insistir– ya había sido capturado y fue llevado al interior de la residencia, donde fue encontrado muerto, incluso –como ha quedado expuesto– con un patrón lesional distinto a los demás emerretistas muertos. Esta conclusión se asumió, más allá de que el mayor EP Donosso Volpe, jefe del Equipo Delta cinco, expresó que de acuerdo al enfrentamiento armado es posible que el terrorista reciba un solo impacto por proyectil por arma de fuego [declaración de fojas quinientos cuarenta y cinco], y pese a que llama la atención la granada que tenía en la mano –salvo que terceras personas se la hubieran colocado una vez que cayó y falleció inmediatamente–. La posesión de una granada, en esas condiciones, no es imposible a tenor del informe del forense José Manuel Cartagena.

Sexagésimo octavo. Que, en suma, son estos hechos y la evaluación realizada en la sentencia de instancia que demandan razonablemente el esclarecimiento fiscal requerido por la Sala Penal Superior y que este Supremo Tribunal, en los términos expuestos, principalmente, en los fundamentos jurídicos sexagésimo segundo

y sexagésimo tercero –sin dejar de tomar en consideración el fundamento precedente–, estima pertinente para la realización plena del derecho a la verdad, de la meta del esclarecimiento propia del proceso jurisdiccional penal. Existen todavía algunos pasajes de los hechos, vinculados al agraviado Cruz Sánchez, que deben y pueden esclarecerse en una línea investigativa más intensa.

Sexagésimo noveno. Que, ahora bien, respecto de la muerte de Cruz Sánchez, solo queda definir si la ejecución extrajudicial del aludido agraviado –en función al hecho declarado probado en la sentencia de instancia– fue ordenada por los encausados Hermoza Ríos, Montesinos Torres y Huamán Ascurra.

Ya se ha descartado la existencia de una supuesta línea de mando paralela. Los policías Torres Arteaga y Robles Reynoso solo mencionan a Zamudio Aliaga, aunque este último lo niegue.

Es cierto que el teniente coronel EP Zamudio Aliaga era miembro del SIN y en su línea de mando se encontraba el teniente coronel EP Huamán Ascurra y el asesor presidencial Montesinos Torres, y el COT lo integraba este último, así como el general EP Hermoza Ríos, Jefe del CCFFAA, entre otros. Tal hecho, empero, tiene el carácter de un indicio lejano –su grado de probabilidad en relación al hecho indicado no posee un alto grado de probabilidad– y, por cierto, de carácter contingente –no necesario–. La operación militar duró muy poco tiempo, fue precisa y efectiva, y se contó, conforme se ha dejado sentado, con unas directivas en caso de heridos y capturados del MRTA.

Septuagésimo. Que, en consecuencia, solo puede afirmarse que esa ejecución extrajudicial –así considerada por la Sala Sentenciadora, lo que no ha sido materia de impugnación– fue un crimen aislado, que no formó parte de la operación y de los planes elaborados en las instancias superiores. Nada indica, menos está probado, que alguno de los altos mandos o Huamán Ascurra, solo o por disposición de Montesinos Torres –y este *motu proprio* o por indicación de otra alta autoridad del Estado– dio la orden de matarlo. El hecho de que en la residencia solo tenían acceso efectivos militares y policiales e integrantes del SIN, no necesariamente permite inferir, sin otra posibilidad razonable y ante la ausencia de corroboraciones periféricas, que alguno de ellos mató intencional y alevosamente al agraviado y solo por orden de los imputados. La prueba de cargo es, pues, insuficiente y no concluyente. La regla de prueba, que clausura la garantía de presunción de inocencia y que exige prueba de cargo bastante actuada con todas las garantías, no ha podido cumplirse. En consecuencia, al no haberse enervado la presunción constitucional de inocencia, corresponde dictar sentencia absolutoria, como lo ha hecho el Tribunal Superior.

La absolución es fundada. No cabe anularla ni revocarla, solo ratificarla.

7. De los otros agravios

Septuagésimo primero. Que por la Fiscalía y la parte civil se ha planteado la necesidad de aplicar la autoría mediata por dominio de aparato de poder organizado,

y por la parte civil la existencia de documentación que acredita que la orden a los comandos era de no tornar prisioneros.

Ambos motivos no pueden aceptarse.

Septuagésimo segundo. Que el artículo 23 del Código Penal reconoce la autoría mediata, y tanto la doctrina penalista como la jurisprudencia mayoritaria de este Supremo Tribunal, en varias Ejecutorias, admitió como una de sus expresiones o modalidades, la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Incluso hoy en día ya lo tiene reconocido expresamente el artículo 28 del ECPI.

En el presente caso no corresponde aplicar este título de imputación por razones de derecho procesal, probatorio concretamente. No se ha probado, en los casos de los agraviados Meléndez Cueva y Peceros Pedraza, que fueron víctimas de ejecución extrajudicial –según el Derecho Internacional– o de homicidio calificado –según nuestro Derecho nacional–. En el caso de Cruz Sánchez tampoco se ha probado que la orden de ejecutarlo o matarlo fue dispuesta por las más altas instancias públicas vinculadas a la operación de rescate Chavín de Huantar.

Septuagésimo tercero. Que, finalmente, no existe documentación alguna, como alega la parte civil, que revele que los comandos o los integrantes del SIN tenían la orden de ejecutar a los emerretistas heridos o rendidos. La prueba documental ya glosada fija el ámbito de acción de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, mientras la prueba testifical acopiada establece que incluso existía un protocolo de conducta en caso un emerretista se rinda o resulte herido.

Las técnicas de dominación de inmuebles y de tiro instintivo selectivo perseguían, precisamente, evitar matar a los rehenes y ocasionar el menor daño colateral. Trece emerretistas murieron en combate como indica la prueba pericial forense, entre ellos los que son materia de este proceso: Meléndez Cueva y Peceros Pedraza –sin contar con los comandos muertos y heridos en acción, que denota un combate dectivo con los emerretistas–. Solo uno: Cruz Sánchez, murió en condiciones distintas a los demás emerretistas; pero, precisamente, ese solo secuestrador muerto –víctima de ejecución extrajudicial según la sentencia de instancia, no impugnada en ese extremo– no permite deducir con certeza que es la prueba evidente o el elemento indicador revelador de que el plan de operaciones de rescate tenía un sesgo criminal. No existe el menor punto de apoyo sólido para tan aventurada incriminación.

Septuagésimo cuarto. Que, en atención a lo expuesto, atento a la prueba positiva de descargo en un primer plano –de los agraviados Meléndez Cueva y Peceros Pedraza– y a la falta de prueba bastante para justificar la acusación en el segundo plano: ejecución por orden superior siguiendo una cadena de mando en los marcos de una estructura de poder estatal –del agraviado Cruz Sánchez–, corresponde concluir que los recursos acusatorios objeto de análisis deben desestimarse y así se declara.

DECISIÓN

Por estas razones, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal:

I. Declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia emitida por la Tercera Sala Penal Especial Liquidadora de Lima de fojas veinticinco mil ochocientos treinta y seis, del quince de octubre de dos mil doce, en los extremos recurridos en cuanto:

1. **ABSOLVIÓ** a Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Vladimiro Montesinos Torres y Roberto Edmundo Huamán Ascurra –y no Roberto Edmundo Huamán Ascurra como se consigna en la sentencia– de la acusación fiscal formulada en su contra por autoría mediata del delito de homicidio calificado (artículo ciento ocho, inciso tres, del Código Penal), en agravio de Herma Luz Meléndez Cueva y Víctor Salomón Peceros Pedraza.
2. **ABSOLVIÓ** a Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Vladimiro Montesinos Torres y Roberto Edmundo Huamán Ascurra –y no Roberto Edmundo Huamán Ascurra como se consigna en la sentencia– de la acusación fiscal formulada en su contra por autoría mediata del delito de homicidio calificado (artículo ciento ocho, inciso tres, del Código Penal), en agravio de Eduardo Nicolás Cruz Sánchez.

II. Declararon NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene y es materia del recurso.

III. DISPUSIERON se devuelvan los actuados al Tribunal de origen para los fines de Ley correspondientes. Hágase saber a las partes personadas en esta instancia. Interviene el señor juez supremo Hugo Príncipe Trujillo por impedimento del señor juez supremo José Neyra Flores.

SS. SAN MARTÍN CASTRO; LECAROS CORNEJO; PRADO SALDARRIAGA; RODRÍGUEZ TINEO; PRÍNCIPE TRUJILLO

Inaplicación de la prescripción por imperio del *ius cogens*

R.N. N° 2117-2010-Lima

SUMILLA: *Como la propia CIDH ha determinado reiteradamente, (i) el derecho a la tutela judicial efectiva exige a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección de los derechos humanos. Asimismo, que (ii) corresponde a los jueces velar por que los efectos de las disposiciones de la CADH no se vean mermadas. Es decir, que la prescripción cede ante los derechos de las víctimas cuando se presentan situaciones de obstrucción de la obligación de identificar, juzgar y sancionar a los responsables de un delito. Que, en el presente caso, el tiempo transcurrido hasta la expedición de las resoluciones impugnadas es entre ocho años y más de diez años y dos meses. Si bien es de entender la complejidad de la causa, las peculiaridades de la investigación y enjuiciamiento de crímenes de sistema, ello no justifica, desde ningún punto de vista, un tiempo tan dilatado por parte de la justicia nacional. De hecho, y objetivamente, se han presentado situaciones de obstrucción por falta de una diligencia debida de la autoridad judicial que, a final de cuentas, al amparo de la prescripción, están impidiendo el debido esclarecimiento y, en su caso, sanción a los responsables de las violaciones a los derechos humanos garantizados en la CADH y tuteladas por el Derecho Penal nacional. Que, en tal virtud, se presenta una causal de Derecho Internacional de los Derechos Humanos que impide aplicar las reglas sobre la prescripción que consagra nuestra legislación interna. Por consiguiente, no puede invocarse impedimento procesal alguno derivado del transcurso del tiempo, puesto que la justificación de la prescripción, basada en la falta de lesividad de los hechos enjuiciados, al no poner en peligro el modelo social vigente y, por tanto, carecer de contenido lesivo que justifique su sanción, no se presenta, precisamente por lo que la CIDH ha fijado en su jurisprudencia reseñada.*

Lima, treinta y uno de enero de dos mil trece.

Vistos; con la razón emitida por Secretaría de este Supremo Tribunal; el recurso de nulidad interpuesto por el señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR DE LIMA y los abogados de las acusadas Kathia Karina Chávez Aragón e Hilda Rosa Valladares Alarcón contra:

1. El auto superior de fojas cuatrocientos ochenta y tres, del veintinueve de abril de dos mil diez, que declaró fundada las excepciones de prescripción deducidas por los encausados Fernando Orestes Egas Contreras y Segundo Nicolás Trujillo López por delito de asociación ilícita para delinquir (art. 317

del CP), y contra este último también por delito de prevaricato (art. 418 del CP), en agravio del Estado; y, de oficio, declaró prescrita la acción penal incoada contra los encausados Rolando Percy Escobar Lino, Víctor Raúl Martínez Candela y Víctor Hugo Salvatierra Valdivia por delito de asociación ilícita para delinquir en agravio del Estado [recurso acusatorio del Ministerio Público].

2. El auto superior de fojas quinientos seis, del veintinueve de abril de dos mil diez, que declaró la nulidad parcial del auto de fojas cuatrocientos ochenta y tres, del veintinueve de abril de dos mil diez, en cuanto se comprendió en la extinción de la acción penal por prescripción a las encausadas Hilda Rosa Valladares Alarcón y Kathia Karina Chávez Aragón respecto del delito de asociación ilícita para delinquir [recurso defensivo de ambas encausadas].

La primera resolución recurrida precisó, además, que la causa continuará en lo concerniente a los acusados Trujillo López, Escobar Lino, Martínez Candela, Valladares Alarcón y Salvatierra Valdivia por delito de corrupción de funcionario cohecho pasivo específico.

Interviene como ponente el señor San Martín Castro.

CONSIDERANDO:

Primero.- Que el señor Fiscal Adjunto Superior en su recurso formalizado de fojas quinientos nueve alega lo siguiente: 1) Que al presente caso se aplica el artículo 46°-A del Código Penal, que crea un nuevo marco penal abstracto, cuyo extremo máximo corresponde a un tercio por encima del máximo de la pena fijada para el delito imputado, por lo que si se toma en cuenta la fecha de referencia consignada por la Sala Superior: el dieciséis de septiembre de dos mil, a la fecha la acción penal no ha prescrito. 2) Que el delito de asociación ilícita para delinquir es permanente, por lo que el plazo de prescripción empieza a contarse desde la detención de las personas en flagrante delito o por mandato judicial, en consecuencia, no es de recibo tomar como fecha de referencia el dieciséis de septiembre de dos mil. 3) Que la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída en el caso Ivcher Bronstein contra Perú, del seis de febrero de dos mil uno, determinó que el Estado debía investigar los hechos que generaron las violaciones contra los derechos del afectado Ivcher Bronstein para identificar y sancionar a los responsables, en este caso, a los miembros de la organización criminal liderada por Alberto Fujimori y Vladimiro Montesinos Torres, en cuya virtud son inadmisibles las disposiciones de prescripción que pretenda impedir el procesamiento y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos del citado afectado.

Segundo.- Que el abogado de la encausada Chávez Aragón en su recurso formalizado de fojas quinientos veintiuno sostiene que su patrocinada nunca se personó al proceso, que no conoce del proceso abierto en su contra y que al quebrarse la audiencia con fecha veintitrés de octubre de dos mil dos la causa se retrotrae al inicio del proceso de enjuiciamiento, por lo que no cabe suspensión de la acción penal y las reglas de la prescripción no pueden ser inaplicadas.

Tercero.- Que la defensa de la encausada Valladares Alarcón en su recurso formalizado de fojas quinientos veintidós afirma que la resolución impugnada no tiene carácter aclaratorio, ni tampoco se trata de un error en la consignación de nombres. De otro lado, el hecho de haberse interrumpido o quebrado la audiencia importa la nulidad de todas las decisiones que puedan perjudicar a los acusados.

Cuarto.- Que la imputación, como base inicial, se sustenta en que en el aparato estatal se formó una organización criminal con múltiples ámbitos de acción ilícita. En cuanto al sistema de justicia, incorporó a una parte significativa del Poder Judicial y el Ministerio Público, de suerte que se estaba en capacidad de negociar con terceros el resultado de procesos jurisdiccionales a cambio de resultados de relevancia política o económica. Parte de esa organización la integraban los acusados –entre jueces y fiscales– Egas Contreras, Trujillo López, Escobar Lino, Martínez Candela, Valladares Alarcón, Salvatierra Valdivia y Chávez Aragón, quienes participaron en determinadas investigaciones y/o procesos jurisdiccionales, de su competencia, para adoptar decisiones o posiciones jurídicas previamente concertadas, directa o indirectamente, con el Servicio de Inteligencia bajo la conducción real o material de Vladimiro Montesinos Torres a favor del régimen de ese entonces.

La acusación de fojas treinta a trescientos once identifica los siguientes casos en los que los imputados, individual o colectivamente –todos o algunos–, intervinieron para torcer la justicia y decidir a favor de lo que la organización delictiva en cuestión estimaba favorable a sus intereses políticos o económicos [supuestos de corrupción de funcionario sistemica sobre la base de la influencia y penetración de la misma en el sistema de justicia]: 1. Caso Mufarech Nemy. 2. Caso Ivcher Bronstein. 3. Caso Gonzáles Izquierdo. 4. Caso interceptaciones telefónicas. 5. Caso libertad del hermano de Jackeline Beltrán. 6. Caso del atentado contra el departamento del congresista Fernando Olivera Vega. 7. Caso Luchetti.

En función a tales datos estructurales y hechos o conductas desarrolladas por los acusados se les acusó por los delitos asociación ilícita para delinquir, corrupción de funcionario y prevaricato. Así, a Escobar Lino y Trujillo López: asociación ilícita para delinquir, corrupción de funcionario y contra este último también por prevaricato; a Valladares Alarcón y Salvatierra Valdivia: asociación ilícita para delinquir y corrupción de funcionario; y, a Egas Contreras y Chávez Aragón: asociación ilícita para delinquir.

Quinto.- Que, en principio, es de rigor precisar la fecha de comisión de los delitos acusados:

1. El delito de asociación ilícita para delinquir, en tanto delito autónomo y de carácter permanente, tiene, como es obvio, sus propias reglas y criterios de imputación, sin desconocer la necesaria aplicación de las pautas del Derecho Penal General. En el presente caso, si se trata de una asociación ilícita generada desde el propio Estado para cumplir cometidos delictivos, la cesación de la permanencia de esta (art. 82 apartado 4 del CP) estará ligada no solo al hecho –puramente formal– de la publicación de la Ley que desactivó al Servicio de Inteligencia Nacional –Ley N° 27351, del once de octubre de

dos mil– o del reemplazo del régimen en cuyo ámbito se creó, estabilizó, actuó y desarrolló –surgimiento del nuevo Ejecutivo dirigido por el Presidente Paniagua Corazao–, sino desde el momento en que, luego de identificarse a sus posibles integrantes, descubrirse su *<modus operandi>* y detectarse las conductas punibles alrededor de las cuales actuaron –conjunto unitario de sucesos históricos reconducibles a figuras típicas–, se procedió a concretar investigaciones específicas que dieron curso a la promoción de la acción penal. En este caso: el diez de abril de dos mil dos, fecha de la Resolución de Fiscalía de la Nación número quinientos noventa y seis guión dos mil dos guión MP guión FN, que luego de las investigaciones correspondientes declaró fundada la denuncia del Procurador Público Ad Hoc y dispuso se remitan las actuaciones a los Fiscales correspondientes para la promoción de la acción penal respectiva.

Cabe precisar que si bien en fecha anterior cayó el régimen a partir del cual se configuró y actuó la asociación ilícita en cuestión, esta tiene su propia dinámica y posibilidades de reestructuración, de suerte que en este ámbito tan difuso solo puede ser relevante, en clave material, aquel momento en el cual se produjo la desarticulación dectiva –y no aparentemente formal– de la misma, no necesariamente con un mandato de detención judicial o un procesamiento penal, sino cuando esclarecidos determinados actos penalmente relevantes –que importen lo anotado líneas arriba– se procede a su persecución procesal, lo que importa es que se concreten actos de investigación que permitan concluir razonablemente que la organización delictiva fue desarticulada, que ya no podía operar.

2. El delito de prevaricato se concreta o consuma con la dectiva emisión de decisiones de Jueces y Fiscales contrarias al texto expreso y claro de la ley o citan pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoyan en leyes supuestas o derogadas. Al encausado Trujillo López se le atribuye este delito, cometido en el curso del año dos mil.

Por consiguiente, el *dies a quo*, en tanto el tipo legal de prevaricato es un delito instantáneo, se consumó esa fecha, a partir de la cual (art. 82 apartado 2 del CP) corre el término de la prescripción conforme a las reglas de los artículos 80 y 83 del Código Penal.

Sexto.- Que el auto recurrido se ha sustentado exclusivamente en las normas y jurisprudencia de derecho interno –Código Penal y sus modificatorias, Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema y sentencias del Tribunal Constitucional–, sin atender a las consecuencias que prevé el Derecho Internacional de los Derechos Humanos –en adelante, DIDH–. Esto último es determinante porque uno de los supuestos de intervención delictiva atribuido a los imputados es el denominado “Caso Ivcher Bronstein”, respecto del cual existe una sentencia y varias resoluciones de ejecución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante, la CIDH–.

En este caso, la CIDH declaró que se violaron diversos derechos fundamentales, reconocidos en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos,

tales como: derecho a la nacionalidad, a las garantías judiciales, a la protección judicial, a la propiedad privada y a la libertad de expresión del afectado Baruch Ivcher Bronstein; y, entre otros puntos, dispuso que “... el Estado debe investigar los hechos que generaron las violaciones establecidas en la presente Sentencia para identificar y sancionar a los responsables de las mismas” [SCIDH del seis de febrero de dos mil uno]. Asimismo, puntualizó que “... si bien la prescripción es una garantía del debido proceso que debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito, la invocación y aplicación de la misma es inaceptable cuando ha quedado claramente probado que el transcurso del tiempo ha sido determinado por actuaciones u omisiones procesales dirigidas, con clara mala fe o negligencia, a propiciar o permitir la impunidad (...)” [RCIDH del veinticuatro de noviembre de dos mil nueve y veintisiete de agosto de dos mil diez].

En las resoluciones de supervisión se parte del principio de que la sentencia de fondo de la CIDH debe ser cumplida, y que a ello no obsta, conforme al Derecho Internacional, circunstancias de orden interno; una de ellas es, por cierto, el instituto de la prescripción.

Sétimo.- Que la CIDH no solo ha determinado la imposibilidad de invocar la prescripción en casos de graves violaciones de derechos humanos –por todos, la SCIDH recaída en el caso Goiburú y otros vs. Paraguay, del veintidós de septiembre de dos mil seis, párrafo cuarenta y cinco–. Entre estos supuestos se encuentran la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos –por todos, SCIDH recaída en el caso Barrios Altos vs. Perú, del catorce de marzo de dos mil uno, párrafo cuarenta y uno–, y que constituyen crímenes bajo el Derecho Internacional (RENATA BUERON VALENZUELA: Graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario. ¿Por qué ante una instancia jurisdiccional internacional? Corte Suprema de Justicia de la Nación. México. Dos mil siete, p. 12). Lo grave de las violaciones de los derechos humanos, lo da el carácter de inderogables de los derechos humanos afectados.

Ahora bien, fuera de los casos de “graves violaciones de los derechos humanos”, tampoco es posible aceptar la figura de la prescripción cuando existiendo violaciones a los derechos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos u otra norma, disposición, acuerdo o declaración internacional “... ha quedado claramente probado que el transcurso del tiempo ha sido determinado por actuaciones u omisiones procesales dirigidas, con clara mala fe o negligencia, a propiciar o mantener la impunidad” (RCIDH de Supervisión caso Loayza Tamayo vs. Perú, del uno de julio de dos mil once, párrafo cuarenta; y, RCI-DH de Supervisión caso Ivcher Bronstein vs. Perú, del veintisiete de agosto de dos mil diez, párrafo trece).

La impunidad ha de entenderse como la “... falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena a los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez

que el Estado tiene la obligación de combatir por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares” (por todas, SCIDH recaída en el caso Bulacio vs. Argentina, del veintiocho de septiembre de dos mil tres, párrafo ciento veinte).

Octavo.- Que es obvio que no es posible calificar los hechos acusados como “graves violaciones de los derechos humanos”. Sin embargo, también es verdad que se trata de conductas, hechos, supuestos o casos patentes o evidentes de violaciones de los derechos humanos, en especial, a la protección judicial y a las garantías judiciales –sin perjuicio a otros derechos previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos–.

Las afectaciones a los derechos de Baruch Ivcher Bronstein –tema decidido por la CIDH– tienen un mismo patrón con los casos objeto del juicio: intervención de una organización delictiva, instituida dentro del aparato estatal y con la adscripción de determinados Jueces y Fiscales, para que (i) manipulen la justicia, (ii) afecten los derechos de los ofendidos y (iii) se logren decisiones favorables a los intereses políticos del régimen de turno o económicos –de claro carácter criminal– de quienes la integraban y/o dirigían.

Tal conexidad e ínsita gravedad permite (i) abordar bajo el mismo prisma todas las intervenciones que, al amparo de la citada organización delictiva, realizaban sus integrantes, en concreto los hechos y delitos acusados; y, (ii) concluir que lo que habrían realizado los imputados –según la acusación fiscal– obedecía a un propósito de hegemonía política, de invasión de los fueros judiciales, de realización de conductas delictivas con finalidad espuria y bajo una cobertura que garantizaba una actuación que lograba afectar a los ciudadanos, opositores políticos y todo aquel que coyunturalmente no contaba con el beneplácito de los que detentaban el control de la organización delictiva, valiéndose de una aparente o falsa –no objetiva ni imparcial– impartición de justicia.

Noveno.- Que, como la propia CIDH ha determinado reiteradamente, (i) el derecho a la tutela judicial efectiva exige a los Jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección de los derechos humanos. Asimismo, que (ii) corresponde a los Jueces velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no se vean mermadas.

Es decir, que la prescripción cede ante los derechos de las víctimas cuando se presentan situaciones de obstrucción de la obligación de identificar, juzgar y sancionar a los responsables de un delito (ELIZABETH SALMÓN - CRISTINA BLANCO: El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú - GIZ: Cooperación Alemana al. Desarrollo. Lima. Dos mil doce. Página trescientos cuarenta y ocho).

Décimo.- Que, en el presente caso, se tiene que el proceso penal, luego de un largo procedimiento de indagaciones preliminares del Ministerio Público, se inició el seis de diciembre de dos mil dos para unos y el catorce de octubre de dos mil dos para otros (fojas uno y veintiuno) y hasta la fecha no concluye con una decisión sobre el fondo del asunto respecto del delito de corrupción de funcionario -razón de Secretaría de este Supremo Tribunal que corre agregada al cuaderno de recurso de nulidad-.

El primer auto de enjuiciamiento se dictó el veintiocho de marzo de dos mil siete (fojas trescientos doce). La primera audiencia se inició el cuatro de diciembre de dos mil ocho, pero se quebró o interrumpió el veintitrés de octubre de dos mil nueve (fojas trescientos sesenta y dos y trescientos setenta y cinco). La segunda audiencia se señaló e inició el día veinticinco de marzo de dos mil diez (fojas trescientos setenta y siete y trescientos ochenta y tres); en la quinta sesión, del veintinueve de abril de dos mil diez, se dio lectura a la resolución impugnada, mientras que en la sexta sesión, del seis de mayo de dos mil diez se dio lectura a la segunda resolución impugnada de nulidad parcial de fecha veintinueve de abril de dos mil diez. La copia de los actuados no da cuenta de la culminación del proceso por el delito de corrupción de funcionario.

El tiempo transcurrido hasta la expedición de las resoluciones impugnadas del veintinueve de abril de dos mil diez e, incluso, hasta la fecha, si se parte de la decisión de la máxima autoridad del Ministerio Público que instó la promoción de la acción penal contra los acusados: diez de abril de dos mil dos es entre ocho años y más de diez años y dos meses. Si bien es de entender la complejidad de la causa, las peculiaridades de la investigación y enjuiciamiento de crímenes de sistema –en que los agentes oficiales se valen del poder público para delinquir y evitar su sanción– y la trascendencia social de estas conductas –que, más allá de las penas previstas en la ley penal, son de sumo graves–, ello no justifica, desde ningún punto de vista, un tiempo tan dilatado por parte de la justicia nacional –imposible de justificar a partir de sus falencias crónicas o estructurales, de origen inter o extra institucional–.

De hecho, y objetivamente, se han presentado situaciones de obstrucción por falta de una diligencia debida de la autoridad judicial que, a final de cuentas, al amparo de la prescripción, están impidiendo el debido esclarecimiento y, en su caso, sanción a los responsables de las violaciones a los derechos humanos garantizados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tuteladas por el Derecho Penal Nacional.

Undécimo. Que, en tal virtud, se presenta una causal de Derecho Internacional de los Derechos Humanos que impide aplicar las reglas sobre la prescripción que consagra nuestra legislación interna. Por consiguiente, no puede invocarse impedimento procesal alguno derivado del transcurso del tiempo, puesto que la justificación de la prescripción, basada en la falta de lesividad de los hechos enjuiciados -propia de la función del Derecho Penal, no de la pena-, al no poner en peligro el modelo social vigente y, por tanto, carece[r] de contenido lesivo que justifique su sanción (Acuerdo Plenario número ocho guión dos mil

nueve oblicua CJ guión ciento dieciséis, del trece de noviembre de dos mil nueve), no se presenta, precisamente por lo que la CIDH ha fijado en su jurisprudencia ya reseñada.

Duodécimo.- Que lo concluido torna impertinente ingresar al análisis de las normas de derecho interno para determinar si en el presente caso operó o no la prescripción. Es claro que tales normas son inaplicables por imperio del *ius cogen* internacional. Por ello, tampoco cabe analizar si la segunda resolución es o no una aclaración y si era procedente declarar una nulidad parcial a partir de la presencia, no expuesta en la primera resolución, de una decisión que suspendía el plazo de la prescripción al amparo de las normas sobre contumacia.

Debe ampararse el recurso acusatorio y desestimarse el recurso defensivo, y así se declara.

DECISIÓN

Por estos fundamentos; de conformidad con las conclusiones del señor Fiscal Adjunto Supremo en su dictamen de fojas quinientos ochenta del cuadernillo:

1. Declararon por mayoría **HABER NULIDAD** en el auto superior de fojas cuatrocientos ochenta y tres, del veintinueve de abril de dos mil diez, en cuanto declaró fundada las excepciones de prescripción deducidas por los encausados Fernando Orestes Egas Contreras y Segundo Nicolás Trujillo López por delito de asociación ilícita para delinquir, y contra este último también por delito de prevaricato, en agravio del Estado; y, de oficio, declaró prescrita la acción penal incoada contra los encausados Rolando Percy Escobar Lino, Víctor Raúl Martínez Candela y Víctor Hugo Salvatierra Valdivia por delito de asociación ilícita para delinquir en agravio del Estado; con lo demás que al respecto contiene; reformándola: declararon **INFUNDADA** la referida excepción de prescripción por los delitos de asociación ilícita para delinquir y prevaricato en lo que a cada imputado concierne; en consecuencia: **ORDENARON** prosiga la causa por dichos delitos y encausados.
2. Declararon por mayoría **NO HABER NULIDAD** en el auto superior de fojas quinientos seis, del veintinueve de abril de dos mil diez, que declaró la nulidad parcial del auto de fojas cuatrocientos ochenta y tres, del veintinueve de abril de dos mil diez, en cuanto se comprendió en la extinción de la acción penal por prescripción a las encausadas Hilda Rosa Valladares Alarcón y Kathia Karina Chávez Aragón respecto del delito de asociación ilícita para delinquir; con lo demás que al respecto contiene.
3. **DISPUSIERON** se devuelva lo actuado al Tribunal Superior de origen. Hágase saber. Intervinieron los señores Jueces Supremos Jorge Luis Salas Arenas y Janet Ofelia Lourdes Tello Gilardi por impedimento de los señores Jueces Supremos José Luis Lecaros Cornejo y Duberli Apolinar Rodríguez Tineo.-

SS. SAN MARTÍN CASTRO; PRADO SALDARRIAGA; SALAS ARENAS; TELLO GILARDI

EL SECRETARIO DE LA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, CERTIFICA QUE LOS FUNDAMENTOS ADICIONALES DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO SALAS ARENAS, SON COMO SIGUEN:

Lima, treinta y uno de enero de dos mil trece

Respecto de la jurisdicción internacional y el Estado Peruano

1. Salado Osuna, ha señalado que los esfuerzos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en adelante la CIDH o la Corte en su lucha contra la impunidad son constatables al exigir al Estado Peruano que investigue hechos y sancione a los responsables de las violaciones declaradas, con independencia de la naturaleza del derecho violado y de los hechos, pues en todos los casos viene realizando tal exigencia al Estado⁽¹⁾.
2. La responsabilidad internacional del derecho interno surge en defecto de la actuación del Estado, es decir, cuando este no hace cumplir o no cumple debidamente con las obligaciones que le impone la Convención [entiéndase Convención Americana de Derechos Humanos]. Por ello, la Corte Interamericana en variada jurisprudencia ha insistido en que el Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, eventualmente sancionar a los responsables y de asegurar a la víctima una adecuada reparación⁽²⁾.
3. La CIDH ha insistido que el Estado está en la obligación de no desconocer la competencia de la Comisión Interamericana. En primer lugar, conocerlo como el órgano investigador y promotor de la acción de la defensa de los derechos garantizados en la Convención y, en segundo lugar, como el órgano jurisdiccional de interpretación y aplicación de las previsiones contenidas en la Convención⁽³⁾.
4. Los Estados al ser partícipes del sistema de protección de derechos previstos por la Convención Americana y teniendo en cuenta las distintas atribuciones competenciales que poseen, por un lado la Comisión y por otro la Corte, tienen la obligación de participar en los procedimientos seguidos en su contra. Para ello, han de dar todas las garantías necesarias para que se cumplan cabalmente las tareas de investigación, así como (...) la obligación de participar en él [el proceso ante la CIDH], de cumplir los requerimientos, de acatar y dar pleno cumplimiento a sus resoluciones y fallos⁽⁴⁾.

(1) SALADO OSUNA, Ana. Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Trujillo: Editora Normas Legales, 2004, p. 449 y 451.

(2) AGUZAR, Asdrúbal. Responsabilidad Internacional del Estado por Violación de los Derechos Humanos. p. 17. Consulta: 14 de marzo del 2013. [<http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1835/13.pdf>].

(3) REMOTTI, José. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lima: IDEMSA, 2004, p. 63.

(4) Cfr. AGUZAR, Asdrúbal. Responsabilidad Internacional del Estado por Violación de los Derechos Humanos. P.61 y 62. Consulta: 14 de marzo del 2013. [<http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1835/13.pdf>].

5. El Perú se encuentra sometido voluntariamente a la jurisdicción contenciosa internacional Sistema Interamericano de Derechos Humanos-, la cual tiene como protagonistas a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁽⁵⁾; por lo tanto corresponde al Estado garantizar la vigencia de los derechos fundamentxxales, así como seguir los lineamientos estipulados en la jurisprudencia internacional.
6. Adicionalmente, el Perú forma parte de los Estados sometidos a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Por tanto, los delitos de dicha naturaleza son imprescriptibles. Sin embargo, la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado en algunos casos la imprescriptibilidad de delitos que no son, por su naturaleza, de lesa humanidad.
7. Un antecedente emblemático se halla en el caso *Bulacio vs. Argentina* (dos mil tres), en que, en principio, dicho Estado se allanó y luego la CIDH declaró la no aplicación de la prescripción en el delito común que era materia de procesamiento [homicidio] por dilaciones en el proceso, decisión que la Corte Suprema de Argentina acató pese a expresar discrepancia.
8. Del mismo modo, en el caso *Bueno Alves vs. Argentina* la CIDH implícitamente ponderó el deber de investigar del Estado versus la garantía de prescripción al señalar “con independencia de si una conducta constituye un crimen de lesa humanidad. esta Corte ha señalado que la obligación de investigar violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención” (sic).
9. Como requisito adicional, la CIDH ha alzaprimado que dicha infracción al deber de investigar obedezca a acciones tendenciosas y dilaciones indebidas; de todo ello se colige la predictibilidad en decisiones de la CIDH respecto a la imprescriptibilidad excepcional de delitos que afecten sustancialmente derechos fundamentales.

Respecto del caso *Baruch Ivcher* y conexidad con otros ilícitos

10. Es claro que en el caso *Baruch Ivcher vs. Perú*, en el que este se allanó por violaciones a derechos fundamentales tales como el derecho a la nacionalidad, a las garantías judiciales, a la protección judicial, a la propiedad privada y a la libertad de expresión, la CIDH (en la sentencia de seis de febrero de dos mil uno), preponderó el deber de investigar las anotadas violaciones de derechos humanos sobre la prescripción; así indicó que los jueces deben

(5) Al respecto REMOTI CARBONELL, de modo pertinente, ha puntualizado que “la Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha insistido que el Estado está en la obligación de no desconocer la competencia de la Comisión Interamericana. En primer lugar, conocerlo como el órgano investigador y promotor de la acción de la defensa de los derechos garantizados en la Convención y, en segundo lugar, como el órgano jurisdiccional de interpretación y aplicación de las previsiones contenidas en la Convención” (sic). REMOTTI, Jose. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: IDEMSA, 2004, p. 63.

dirigir los procesos evitando las dilaciones y entorpecimientos indebidos que conduzcan a la impunidad indicando que el Estado tiene la obligación de “*investigar los hechos que generaron las violaciones establecidas en la Sentencia para identificar y sancionar a los responsables de las mismas*”: declaración que reiteró en la sentencia de cumplimiento de veintisiete de agosto de dos mil diez.

11. No siendo el caso Ivcher Bronstein uno de lesa humanidad, ha merecido la declaración de la CIDH el sentido antes indicado, hallándose en similar situación los encausados, todos presuntos integrantes de una organización concertada para violar derechos fundamentales según la imputación fiscal.
12. De los hechos incriminados en el presente proceso se desprende la identidad y conexidad existente entre los procesos en agravio de *Baruch Ivcher Bronstein* con los tramitados en perjuicio de don Jorge Mufarech Nemi, don Guido Penano Allison, y Jaime Delgado Parker, dado que todos fueron víctimas de una organización delictiva conformada por magistrados jueces y fiscales-, que maniobraban con la administración de justicia, afectando derechos básicos y fundamentalmente obraron en pro de los intereses de quienes ostentaban la representación del poder político; de ello se deduce la postura de la CIDH en relación a estos otros casos *a simili*–.

En cuanto a las dilaciones en el encausamiento

13. *Prima facie*, se aprecia una prolongación de las diligencias preliminares, que se iniciaron el catorce de octubre y seis de diciembre de dos mil dos. Constatándose que el primer auto de enjuiciamiento se emitió el veintiocho de marzo de dos mil siete (folio trescientos doce), la primera audiencia se inició el cuatro de diciembre de dos mil ocho, la cual se quebró el veintitrés de octubre de dos mil nueve (folio trescientos sesenta y dos); la nueva instalación fue el veinticinco de marzo de dos mil diez (folio trescientos sesenta y siete). En la quinta y sexta sesión, el veintinueve de abril y el seis de mayo de dos mil diez, se resolvieron tanto el pedido de prescripción y la nulidad parcial deducida, materia de la alzada.

En conclusión

14. Como quiera que no hay delito que no afecte de alguna forma algún derecho fundamental, una aplicación mecánica puede derivar en derogación de facto del instituto de la prescripción (que se funda en el plazo razonable, la utilidad, de castigo, etc.), por tanto, corresponde aplicar la imprescriptibilidad en estos específicos casos en que existe un pronunciamiento expreso precedente –como el caso Ivcher– y los que se hallan indiscutiblemente vinculados, tanto así que como en esta causa se han acumulado.
15. En consecuencia, aunque los delitos instruidos no revisten caracteres de lesa humanidad; teniendo en cuenta la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para esta clase de materias, debido a la falta de diligencia en el procesamiento, la jurisdicción ordinaria debe continuar juzgando

los hechos *subjudice*; sin perjuicio de exhortar a los órganos de primera instancia para que actúen con mayor celeridad y en su caso, aplicarse los correctivos correspondientes por el llamado por Ley.

S. SALAS ARENAS

LA SECRETARIA DE LA SALA, CERTIFICA QUE EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO PARIONA PASTRANA, ES COMO SIGUE:

Vistos: el recurso de nulidad interpuesto por el señor Fiscal Adjunto Superior contra el auto superior de fojas cuatrocientos ochenta y tres, del veintinueve de abril de dos mil diez; y el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de las encausadas Hilda Rosa Valladares Alarcón y Kathia Karina Chávez Alarcón contra el auto superior de fojas quinientos seis, del veintinueve de abril de dos mil diez, que declaró la nulidad parcial del auto de fojas cuatrocientos ochenta y tres, del veintinueve de abril de dos mil diez, en el extremo que las comprendió en la extinción de la acción penal; con lo expuesto por el señor Fiscal Adjunto Supremo; y,

CONSIDERANDO:

Primero:

Objeto Del Recurso De Nulidad

- Auto superior de fojas cuatrocientos ochenta y tres, del veintinueve de abril de dos mil diez, que declaró fundada las excepciones de prescripción deducidas por los encausados:
 - Fernando Orestes Egas Contreras (asociación ilícita).
 - Segundo Nicolás Trujillo López (asociación ilícita y prevaricato). y declaró de oficio la excepción de prescripción a favor de los encausados:
 - Rolando Percy Escobar Lino (asociación ilícita).
 - Víctor Raúl Martínez Candela (asociación ilícita).
 - Víctor Hugo Salvatierra Valdivia (asociación ilícita).
- Auto superior de fojas quinientos seis, del veintinueve de abril de dos mil diez, que declaró la nulidad parcial del auto de fojas cuatrocientos ochenta y tres, del veintinueve de abril de dos mil diez, en el extremo que comprendió a las encausadas Hilda Rosa Valladares Alarcón y Kathia Karina Chávez Alarcón en la extinción de la acción penal por prescripción del delito de asociación ilícita para delinquir.

Segundo:

Agravios del señor fiscal adjunto superior

En su recurso de nulidad fundamentado a fojas quinientos nueve, alega que la acción penal seguida contra los encausados no está prescrita, porque:

- Se debió aplicar el artículo cuarenta y seis guión A del Código Penal, que crea un nuevo marco penal abstracto, cuyo extremo máximo corresponde a un tercio por encima del máximo de la pena fijada para el delito imputado.
- El delito de asociación ilícita es permanente, por tanto, los plazos de la prescripción debió computarse desde la detención y no desde dieciséis de setiembre del año dos mil.
- Existe pronunciamiento de la CIDH recaída en el caso Ivcher Brostein, determinando que el Estado debía investigar los hechos que generaron las violaciones contra los derechos del afectado, identificando y sancionando a los responsables, en tal virtud, resulta inadmisibles las disposiciones de prescripción que pretendan impedir el procesamiento y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos.

Agravios de la defensa del encausada Chávez Aragón

En su recurso de nulidad fundamentado a fojas quinientos veintiuno, alega que:

- No se apersonó al proceso seguido en su contra.
- No procede la suspensión de los plazos de prescripción.

Agravios de la defensa del encausado Valladares Alarcón

En su recurso de nulidad fundamentado a fojas quinientos veintidós, alega que:

- La resolución impugnada no tiene carácter de aclaratorio.
- El hecho de haberse interrumpido o quebrado la audiencia importa la nulidad de todas decisiones que puedan perjudicar a los encausados.

Tercero:

Hechos relacionados al caso Baruch Ivcher

A través de la Resolución Directoral N° 117-97-IN-0501000000000 se retiró la nacionalidad peruana al ciudadano judío Baruch Ivcher. El retiro de la nacionalidad conllevó que, a través de una medida cautelar concedida por el Juez Percy Escobar Lino (encausado), se otorgara la ministración provisional de la Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A., a favor de los hermanos Samuel y Mendel Winter.

Asimismo, se le inició un proceso penal por el delito de defraudación de renta de aduanas. La denuncia fiscal fue realizada por la Fiscal Provincial Provisional Nilda Valladares Alarcón (encausada); asimismo, el auto de apertura de instrucción fue emitida por el Juez Nicolás Trujillo López (encausado). Posteriormente, el cinco de abril de dos mil uno, se declaró nulo el proceso penal contra Baruch Ivcher; iniciándose proceso penal contra los referidos Magistrados que emitieron las acotadas resoluciones.

Pronunciamientos de la corte interamericana de derechos humanos.

a) La obligación de investigar los hechos en torno al caso Baruch Ivcher.

En razón del retiro de la nacionalidad peruana y a efectos de que le sea devuelta, Baruch Ivcher lo judicializó ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El seis de febrero de dos mil uno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en el sentido que el Estado peruano afectó diversos artículos de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, con motivo del retiro de la nacionalidad peruana, el retiro de la calidad de accionista de la Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A., y actos de hostigamiento que habrían sido iniciados en su contra. La CIDH señaló en el Séptimo punto resolutivo que: “(...) el Estado debe investigar los hechos que generaron las violaciones establecidas en la presente Sentencia para identificar y sancionar a los responsables de las mismas”.

b) Determinación de los hechos que el Estado peruano está obligado a investigar

Los hechos referidos en la sentencia de la CIDH se vinculan básicamente al retiro de la nacionalidad peruana y la administración de la Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A.; por tanto, no se hace una precisión exacta de cuáles serían los hechos, es más, ni siquiera la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos lo realiza directamente. En tal sentido, es el Estado peruano quien finalmente realiza esta acción al señalar que venía cumpliendo el mencionado punto resolutivo al encontrarse en curso los siguientes procesos penales; conforme se desprende del considerando ocho de la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, del veinticuatro de noviembre de dos mil nueve:

- a) Exp. N° 1360-2003, seguido contra Víctor Hugo Huamán del Solar, responsable de firmar la resolución que retiró la nacionalidad peruana al señor Baruch Ivcher, por el delito contra la administración pública en agravio de este último y del Estado. La Sala Superior Penal de Lima archivó el proceso al declarar fundada la excepción de prescripción invocada por el acusado, quedando revocada la sentencia del Undécimo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima de treinta de noviembre de dos mil cuatro, que condenó a tres años de pena privativa de libertad;
- b) Exp. N° 29-2004, seguido contra Vladimiro Montesinos Torres y otros, por delitos contra la administración pública y la libertad de expresión, en agravio del Estado y del señor Baruch Ivcher. La sentencia de la Cuarta Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima de cinco de febrero de dos mil nueve, condenó como autor del delito contra la administración pública - cohecho activo agravado en agravio del Estado, y le impuso siete años de pena privativa de libertad e inhabilitación para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, fijando seis millones de nuevos soles por concepto de reparación”. De acuerdo con el Oficio N° 147-2009-DDHH/PJ de veinticinco de marzo de dos mil nueve, el referido expediente reporta un “Recurso de Nulidad interpuesto por el procesado, Expediente RN N. 939-2009, que se encuentra en la Fiscalía desde el diecinueve de marzo de dos mil nueve”;

- c) Exp. N° 16-2004, contra Guido Guevara Guerra y Raúl Talledo Valdivieso por delito de Asociación Ilícita para Delinquir en agravio del Estado, violación de la libertad de expresión en agravio de Baruch Ivcher Bronstein, así como abuso de autoridad y denuncia calumniosa en agravio del Estado. Mediante Resolución No. 05-2008 de 15 de febrero de 2008 la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia “declaró fundada la excepción de cosa juzgada formulada por el señor Talledo Valdivieso - Vocal Instructor del Consejo Supremo de Justicia Militar durante el año 1997- en la instrucción que se le sigue por delito de Asociación Ilícita para Delinquir en agravio del Estado, y asimismo declaró fundada la excepción de prescripción y, en consecuencia, extinguida la acción penal con respecto a los delitos de Violación de la Libertad de Expresión en agravio de Baruch Ivcher Bronstein, así como Abuso de Autoridad y Denuncia Calumniosa en agravio del Estado. Por último, la Sala confirmó la sentencia que absolvió al señor Talledo Valdivieso de la acusación fiscal por Incumplimiento de Deberes de Función en agravio del Estado y dispuso la anulación de sus antecedentes”. Al respecto, el Estado enfatizó que en este caso “el Juez declaró procedente la medida de protección, actuando conforme a los criterios del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que permite la aplicación de la prescripción como una medida de defensa”. En cuanto al señor Guevara Guerra, el Estado informó que se mantiene reservado su juzgamiento “hasta que sea habido”;
- d) Res. N° 394 de 19 de abril de 2007, mediante la cual se resolvió: 1) “archivar definitivamente la investigación de oficio seguida contra Pedro Adrián Infantes Mandujano, exVocal Superior de Lima, por la presunta comisión de los delitos de abuso de autoridad, prevaricato y asociación ilícita para delinquir, al haberse extinguido la acción penal por muerte del imputado”, y 2) “no ha lugar a emitir pronunciamiento respecto de la investigación de oficio seguida contra Sixto Muñoz Sarmiento y Jorge Eduardo Gonzáles Campos, ex Vocales Superiores de la Corte Superior de Lima, por la presunta comisión de los delitos de abuso de autoridad y prevaricato, al haber operado el plazo de prescripción”. En el punto resolutivo octavo de dicha resolución se indicó que los hechos materia de la investigación en este proceso contra Percy Escobar Lino, ex Juez del Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público, comprendían los que también eran objeto de otra Instrucción, razón por la cual “se resolvió archivar definitivamente la investigación en el extremo referido a los cargos formulados contra dicho investigado”. El recurso de apelación contra dicha resolución fue declarado infundado mediante Resolución N° 847-2007-MP-FN de 24 de julio de 2007, “confirmándose la impugnada en todos sus extremos”;
- e) Exp. N° 150-2002, “denuncia seguida contra la ex Fiscal de la Nación Blanca Nélida Colán Maguiño y los exVocales Supremos Provisionales Carlos Saponara Milligan e Ismael Benigno Paredes Losano por los delitos de Asociación Ilícita para delinquir, Abuso de Autoridad, Incumplimiento de Funciones

y Corrupción de Funcionario, en agravio del Estado, que se encuentra con Archivo Provisional, debido a la preexistencia de un proceso penal seguido contra Blanca Nélica Colón Maguiño por el delito de Asociación Ilícita para Delinquir ante la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República”. Con relación a los otros investigados, se dispuso “recabar copias certificadas del Acuerdo Autoritativo de Junta de Fiscales Supremos a mérito del cual la Fiscalía Suprema en lo Contencioso Administrativo pueda avocarse a la investigación preliminar de las denuncias presentadas contra dichos Fiscales Supremos Provisionales”;

- f) Exp. N°s 3-2003 y 4-2003, procesos especiales de colaboración eficaz, correspondientes a los señores Winter Zuzunaga, accionistas minoritarios de la Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A. (en adelante “CLRSA”), que “en la actualidad se encuentran en trámite ante el Sexto Juzgado Penal Especial, al haberlo así dispuesto la Segunda Sala Penal Especial, y que dada su naturaleza [...], la información de los mismos es reservada”, y
- g) “conjunto de denuncias formuladas que, de acuerdo con el Estado, aún se encuentran en fase de investigación fiscal o han sido archivadas”⁽⁶⁾

Cuarto: Que, a través del recurso de nulidad interpuesto por la representante del Ministerio Público, se cuestiona la resolución que declaró fundada la excepción de prescripción de la acción penal en el proceso seguido contra los encausados Fernando Orestes Egas Contreras, Segundo Nicolás Trujillo López, Rolando Percy Escobar Lino, Víctor Raúl Martínez Candela y Víctor Hugo Salvatierra Valdivia.

Cabe destacar que se imputa a los referidos encausados formar una organización criminal al interior del sistema de justicia. A través de sus respectivos cargos, pues, habrían emitido resoluciones negociadas, las cuales previamente habían sido concertadas en el Servicio de Inteligencia Nacional, bajo la supervisión o dirección de Vladimiro Montesinos Torres.

Que, en relación al caso Baruch Ivcher, se tiene que la acusación hace referencia a dos actuaciones concretas: a) la medida cautelar que retiró a Baruch Ivcher de la ministración de la Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A., emitida por el encausado Percy Escobar Lino; y, b) el proceso penal por defraudación de renta de aduanas que se le siguió a Baruch Ivcher, a mérito de la formalización de denuncia y auto de apertura de instrucción emitidas por los encausados Hilda Valladares Alarcón y Nicolás Trujillo López, respectivamente.

A. El ámbito de aplicación de los fallos de la corte interamericana de Derechos Humanos

1. Que, en principio corresponde anotar que la aplicabilidad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no está aclarado por la doctrina

(6) Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, 24 noviembre 2009, CIDH, caso IVCHER BRONSTEIN VS. PERÚ, Considerando N° 8.

y la jurisprudencia, más aún, cuando estos fallos implican juicios de valoración correspondientes exclusivamente a la justicia ordinaria, tales como la determinación de la ilicitud de un hecho, las causas de extinción de la acción penal, entre otros aspectos.

2. Los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son de cumplimiento para el Estado peruano (incluido también el Poder Judicial). Esta obligación ha sido establecida por el Tribunal Constitucional, al señalar que: “No debe perderse de vista que la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza solo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución y el artículo y del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal Constitucional.”⁽⁷⁾
3. Sin embargo, esta obligación no es una obligación que pueda considerarse absoluta, sino es una obligación relativa al tener un límite claro: las competencias propias de la jurisdicción ordinaria. En el ámbito penal la esencia de la competencia es la determinación de la ilicitud de la acción penal y todos aquellos aspectos en torno a ella. Es frecuente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronuncie sobre estos puntos, muchas veces sin advertirlo, sin embargo, en este extremo no es posible seguir la consideración realizada por esta institución.

En este sentido la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado señalando que:

“Al respecto, resulta oportuno recordar que la Corte no es un tribunal penal en el que corresponda determinar la responsabilidad de individuos particulares por actos criminales. La responsabilidad internacional de los Estados se genera en forma inmediata con el ilícito internacional atribuido al Estado y, para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la misma, no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. Es en ese marco que la Corte dectúa la determinación

(7) STC. Exp. 3891-2011-PA/TC, caso HINOSTROZA PARIACHI, Fundamento Jurídico N° 55.

de responsabilidad internacional del Estado en este caso, la que no corresponde condicionar a estructuras propias y específicas del derecho penal, interno o internacional, definitorias de criterios de imputabilidad o responsabilidades penales individuales; tampoco es necesario definir los ámbitos de competencia y jerarquía o subordinación de cada agente estatal involucrado en los hechos.”⁽⁸⁾ (subrayado y negritas nuestros).

4. La solución al problema antes descrito depende de la decisión que se pretende que la Justicia ordinaria ejecute. No es lo mismo un pronunciamiento expreso de la Corte interamericana de Derechos Humanos, en el cual obligue a la justicia ordinaria a dar un sentido determinado a un fallo; o un fallo de esta institución donde no se emita un pronunciamiento expreso sobre un punto en particular, sino que establezca simplemente criterios de interpretación que deberán ser seguidos.

B. Análisis del recurso de nulidad y su relación con el caso “Baruch Ivcher”.

a) Determinación de los argumentos esgrimidos en torno a la excepción de prescripción.

1. La excepción de prescripción de la acción penal fue declarada fundada porque el tiempo transcurrido entre el momento de comisión de hecho delictivo, hasta la actualidad supera ampliamente el plazo extraordinario de prescripción. Los delitos por los que investigaba a los procesados son asociación ilícita, prevaricato y corrupción de funcionarios (los dos primeros delitos en mención fueron extinguidos por haber operado la prescripción).
2. Si bien por razones de simplificación procesal, todos los hechos y personas procesadas han sido reunidos en un solo proceso, ello no implica que a efectos de la prescripción todos los hechos deban ser considerados como uno solo para determinar la prescripción.

No es correcto considerar que todos los hechos señalados en la acusación sean analizados como si fueran un solo hecho. De ser así se les estaría considerando como una unidad de acción, la cual solo es posible de ser considerada para el caso de los delitos continuados, no siendo posible aplicar esta figura al presente caso.

3. La representante del Ministerio Público alega que no es posible declarar prescritos los hechos del presente caso, pues existe una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a favor de Ivcher Bronstein, que lo impide; en tanto, la referida sentencia impondría el deber de investigar los hechos que generaron las afectaciones a los derechos fundamentales de Baruch Ivcher.

Es preciso señalar que, independientemente de la postura que se tome en torno a la existencia o no de un deber de no prescribir la acción penal en el presente caso, la sentencia aludida se refiere solo a los hechos vinculados al Sr. Baruch Ivcher. Por lo tanto, aquellos hechos que no se encuentren

(8) Sentencia del Fondo, CIDH, COSO LA CANTUTA VS. PERU, Fundamento Jurídico N° 156

directamente vinculados a esta sentencia se sujetan en todo caso a las reglas normales de prescripción, lo cual implicaría que ellos ya estarían prescritos.

b) Sobre la existencia de relación entre los pronunciamientos de la CIDH y el presente recurso de nulidad en el caso Ivcher Bronstein

1. En su sentencia de fondo sobre el caso Ivcher Bronstein Vs. Perú, la Corte Interamericana de Derechos humanos se pronuncia sobre las diversas afectaciones a los derechos fundamentales del Sr. Baruch Ivcher. Por ello, en su punto resolutivo Sétimo, ordena la investigación de los hechos contenidos en su sentencia.

Dos de los hechos a los que se hace alusión en la sentencia de fondo son los referidos al otorgamiento de una medida cautelar a favor de 4 los hermanos Samuel y Mendel Winter; y, el inicio de un proceso penal por defraudación de renta de aduanas, lo cual estaría considerado como un acto de hostigamiento por parte del Estado contra el Sr. Baruch Ivcher.

2. Los dos hechos descritos forman parte del proceso penal bajo análisis. La imputación por el primer hecho comprende al encausado Percy Escobar Lino (asociación ilícita, prevaricato y corrupción de funcionarios). La imputación por el segundo hecho comprende a los encausados Nicolás Trujillo López (asociación ilícita, prevaricato y corrupción de funcionarios); e Hilda Valladares Alarcón (Asociación ilícita y corrupción de funcionarios).

Por ello, los hechos antes señalados forman parte del mando de investigación que ha sido emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos no solo se limitó a emitir una sentencia sobre el fondo en la presenta materia. Posteriormente verificó, debido al pedido del Sr. Ivcher Bronstein, el cumplimiento que el Estado Peruano estaba dando a los términos expresados en su sentencia. La acción de verificación se expresó en las resoluciones de fecha veinticuatro de noviembre de dos mil nueve, y, veintisiete de agosto de dos mil diez, en las cuales se daba cuenta del estado actual de las investigaciones antes mencionadas, entre otras investigaciones.

C. En relación a la imprescriptibilidad de la acción penal

a) La imprescriptibilidad de la acción penal

1. Los principios constitucionales son a su vez límites negativos de la actividad sancionadora estatal, pero son también su fundamento. La sanción a una persona solo puede ser legítima si es que el tipo penal y su consecuencia jurídica cumplen con los parámetros establecidos desde el sistema constitucional. De todos los principios el que más relevancia tiene para el Derecho penal es el principio de legalidad, puesto que es sobre la base de este principio que se erige todo el sistema punitivo y es gracias a él que es posible la comunicación del mandato penal al ciudadano.

El principio de legalidad es un derecho humano reconocido en el artículo once punto dos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,

adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU por resolución del diez de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro; vigente en nuestro país por resolución legislativa número trece mil doscientos ochenta y dos, del dos de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve, dicho principio es reproducido por el artículo nueve de la Convención Americana sobre derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve, suscrita por el Estado Peruano el veintisiete de julio de mil novecientos setenta y siete, aprobada por Decreto Ley número veintidós mil doscientos treinta y uno, del once de julio de mil novecientos setenta y ocho

El principio de legalidad contiene dentro de sí cuatro garantías, siendo parte de ellas los mandatos de ley escrita y ley previa. Según estos mandatos no es posible sancionar a una persona por una conducta que previamente no haya sido tipificada penalmente en una norma. Asimismo, esta garantía implica la imposibilidad de aplicar una norma penal sustantiva posterior que afecte en peor la situación jurídica del ciudadano. Dentro de estas normas sustantivas se encuentra la prescripción de la acción penal, por lo que cualquier variación en torno a la misma deberá ser realizada a través de una Ley o de una norma de rango superior, no pudiéndose considerar causales de imprescriptibilidad que no provengan de una norma o del *ius cogens*.

2. Que, nuestro ordenamiento jurídico solo conoce una causal de imprescriptibilidad de la acción penal: la comisión de delitos de lesa humanidad. Esta causa surge con la suscripción de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Lesa Humanidad y de Guerra, la cual en su artículo uno, numeral b, fija la imposibilidad de prescribir estos crímenes -según lo previsto en el Estatuto de Núremberg- incluso cuando estos no constituyan una violación de una norma penal interna. La Convención mencionada rige desde mil novecientos setenta y fue ratificada en el año dos mil tres, por nuestro país. Recientemente existió un debate en torno al momento desde el cual son aplicables sus efectos, con ocasión de la acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 1097. Este Decreto posibilitaba el sobreseimiento de la acción penal en casos de procesamiento penal por violaciones de Derechos Humanos, cuando se hubiera sobrepasado el plazo razonable de la duración de estos procesos. La disputa quedó zanjada por el Tribunal Constitucional el cual afirmó que:

“no considera que la regla de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad pueda regir solamente a partir de la ratificación de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, hacia el futuro, sino que, siendo una norma de *ius cogens*, tales crímenes son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido.”⁽⁹⁾

(9) STC. Exp. N° 024-2010-PI/TC, Fundamento Jurídico N° 68.

Por ende, la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad se encontraba prevista como una norma de *ius cogens* desde mil novecientos setenta hasta el año dos mil tres. En esta última fecha, la norma pasa a ser una norma escrita, con la ratificación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad. La imprescriptibilidad opera sobre los delitos comunes que son susceptibles de ser calificados como delitos de lesa humanidad.

3. Si bien existen intentos de eliminar la prescripción de la acción penal para ciertos delitos, como es el caso de los delitos de corrupción de funcionarios, estos intentos no se han materializado en la actualidad. Por tanto, en un respeto riguroso del principio de legalidad, no puede considerarse que existan causales adicionales de prescripción distintos a los crímenes de lesa humanidad.
4. Una primera y somera lectura de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede llevarnos a considerar erróneamente que la Corte crea causales de imprescriptibilidad no ratificadas por el derecho interno. Por ejemplo, la Corte señala que:

“la garantía de prescripción cede ante los derechos de las víctimas cuando se presentan situaciones de obstrucción de la obligación de identificar, juzgar y sancionar a los responsables de un delito.”⁽¹⁰⁾

Las situaciones a las que hace referencia la mencionada jurisprudencia son expresadas por la misma CIDH:

“Si bien la prescripción es una garantía del debido proceso que debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito, la invocación y aplicación de la misma es inaceptable cuando ha quedado claramente probado que el transcurso del tiempo ha sido determinado por actuaciones u omisiones procesales dirigidas, con clara mala fe o negligencia, a propiciar o permitir la impunidad”⁽¹¹⁾

La CIDH no señala cuales son los crímenes que harán posible evitar la prescripción de la acción penal; sin embargo, ha de entenderse que la CIDH no se refiere a cualquier violación de derechos humanos, sino que solo es posible evitar la prescripción (salvo está en aquellos casos donde el Estado disponga lo contrario) en los crímenes de lesa humanidad.

b) Fundamentos por los cuales no puede considerarse que la presente acción penal es imprescriptible

Los hechos imputados a los procesados no constituyen un crimen de lesa humanidad, por tanto, no son imprescriptibles. Que, en tal sentido, solo podrá considerarse que la acción penal es imprescriptible si se considera que los hechos

(10) Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, 27/08/2010. CIDH, caso IVCHER BRONSTEIN VS. PERÚ, Considerando N° 13.

(11) Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, 27/08/2010, CIDH, caso IVCHER BRONSTEIN VS. PERÚ, Considerando N° 13.

imputados constituyen un crimen de lesa humanidad, o lo que es su equivalente, una grave violación de Derechos Humanos.

Al no estar previsto el crimen de lesa humanidad como un delito de nuestro sistema penal, no es posible imponer una sanción por este crimen. La única posibilidad que tiene el Magistrado para aplicarlo es reconocer la existencia de un crimen de lesa humanidad cuando pueda apreciar que un delito común ha sido cometido por el Estado o una organización, de forma *sistemática* o *generalizada* contra una población civil⁽¹²⁾. El reconocimiento del crimen de lesa humanidad tiene efectos para el imputado, los cuales se resumen a dos: la imposibilidad de prescripción y la obligación de imposición una sentencia definitiva.

El delito de lesa humanidad tiene dos elementos para poder configurarse: Un elemento objetivo (ataque sistemático o generalizado contra la población civil) y un elemento subjetivo (*mens rea*), estos elementos se concretan en una o más de las conductas descritas en el Estatuto de Roma.

En el presente caso, la imputación realizada contra los procesados es haber conformado una agrupación criminal que tuvo como objeto la emisión de resoluciones judiciales contrarias a Derecho. Asimismo, se les procesa por prevaricato y corrupción de funcionarios. Cómo es absolutamente manifiesto, ninguno de estos hechos puede ser considerado como un crimen de lesa humanidad.

Que, el prevaricato, la corrupción de funcionarios, y la asociación ilícita son evidentemente delitos comunes, que de ninguna manera pueden ser considerados crímenes de lesa humanidad. Resulta sencillo llegar a esta conclusión si se analiza el Estatuto de Roma y se puede apreciar que estos delitos no son considerados como crímenes de lesa humanidad.

Por ello, al no tratarse de crímenes de lesa humanidad, la acción penal derivada de los hechos imputados no puede ser considerada imprescriptible. Considerar que la acción penal en este caso debe ser imprescriptible es inconstitucional, pues afecta directamente la esencia del principio de legalidad. Esta afirmación se sustenta en la inexistencia de alguna norma escrita o de *ius cogens* que considere que las violaciones de derechos humanos que no sean un crimen de lesa humanidad, deban ser declaradas imprescriptibles.

La CIDH no declaró en ningún momento los hechos como imprescriptibles, evidenciándose ello, de la lectura de las resoluciones de supervisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referidas al caso Baruch Ivcher, evidencia que ella no consideró imprescriptible la acción penal en ningún momento. La CIDH solicitó información al Estado peruano a efectos de que este le señalara

(12) De igual opinión: MONTOYA VIVANCO, Yván, "Límites y avances del Derecho penal frente a las violaciones de Derechos Humanos ocurridas durante el período del conflicto armado interno", en QUINTEROS, Víctor Manuel, Temas de derecho penal y violación de derechos humanos, Idehpucp, Lima 2012, pp. 48 - 51. Específicamente sobre el tema: MONTOYA VIVANCO, Yván, "Las diversas calificaciones del hecho generador de una violación de Derechos Humanos y principio de legalidad", en op. cit., pp. 125 - 140.

las razones por las cuales los procesos penales habían prescrito, tal como observamos en el siguiente punto resolutivo:

“a) informar de manera ordenada, detallada, completa y actualizada sobre las diligencias llevadas a cabo y el avance de cada uno de los procesos comprendidos en el presente caso, poniendo énfasis en las causas que originaron la oposición y aplicación del plazo de prescripción en tres de las acciones penales concernidas, presentando, de ser el caso, copias de las partes relevantes de los respectivos expedientes.”⁽¹³⁾

El representante del Ministerio Público llega al absurdo de considerar tácitamente que por la existencia de un deber de investigar estos hechos, los mismos automáticamente deben ser considerados imprescriptibles, sin considerar que este deber no es ilimitado sino que también está sujeto a límites temporales. Esos límites temporales están delineados en función del quantum de la pena privativa de la libertad establecida por el legislador para cada tipo penal bajo el tamiz de las reglas propias de la prescripción ordinaria y extraordinaria. Una vez transcurrido los plazos legales de la prescripción, especialmente de la extraordinaria que prolonga la investigación de los hechos susceptibles de imputación hasta un máximo de tiempo posible, solo cabe declarar prescrito el ejercicio de la acción penal. En este caso el paso del tiempo hace perder la potestad persecutoria estatal porque “los acontecimientos que ya forman parte del pasado no ponen en peligro el modelo social vigente, y, por tanto, carecen de contenido lesivo que justifique su sanción⁽¹⁴⁾”. De allí que la duración del plazo de prescripción responde a la gravedad de cada delito, pero incluso en el delito mas grave, una vez llegado al límite máximo temporal de persecución, y habiéndose superado, el delito pasa a constituir un acontecimiento del pasado frente al cual ya no tiene sentido de reaccionar con una pena.

Es la misma CIDH la que considera que las investigaciones penales ` derivadas de los sucesos antes mencionados pueden prescribir. Si los 1 hechos antes señalados no pudieran prescribir, entonces la CIDH habría ordenado al Estado peruano que disponga la reapertura de las investigaciones y procesos donde hubiera operado la prescripción de la acción penal. En lugar de ello la CIDH, tal como vemos en el punto resolutivo citado, solicitó al Estado que informe sobre las causas de la aplicación de la prescripción de la acción penal, a efectos de evaluar si es que la misma fue o no bien concedida.

La evaluación acerca de los factores que ocasionaron la prescripción de la acción penal tiene un claro objetivo: determinar si el Estado cumplió o no con su deber de investigar a los responsables de las violaciones de derechos humanos. Este deber no es un deber ilimitado, sino que se satisface al realizar el conjunto de actividades que permitan la investigación de estos responsables. Por ello, de comprobarse que el Estado no realizó actuaciones dirigidas

(13) Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, 27 agosto de 2010 CIDH, caso IVCHER BRONSTEIN VS. PERÚ, Punto Resolutivo N° 1.

(14) Ragués y Valles, Ramón, La prescripción penal. Fundamento y aplicación, Atelier, Barcelona, p. 45.

a fomentar la impunidad, entonces la prescripción de la acción penal puede darse en estos casos.

En el presente caso la Corte no tuvo elementos para considerar que existieran o no actos destinados a generar la información, por lo que solicitó más información sobre estos casos al Estado peruano. Como puede observarse, en ningún momento hace alguna referencia a que estos hechos sean imprescriptible, como pudo haberlo hecho, lo que implica que una violación a los derechos humanos que no sea un delito de lesa humanidad puede prescribir.

En el presente caso no existen “actuaciones u omisiones procesales dirigidas, con mala fe o negligencia, a propiciar la impunidad”

La CIDH no puede disponer la imprescriptibilidad de la acción penal en caso de violaciones de Derechos Humanos que no sean crímenes de lesa humanidad. Tan solo puede ordenar al Estado que reabra la investigación cuando existan “actuaciones u omisiones procesales dirigidas, con mala fe o negligencia, a propiciar la impunidad”.

Una actuación estatal que fomenta la impunidad es aquella que busca sustraer de la persecución penal a aquella persona que ha cometido el hecho ilícito. Si bien no existe un criterio uniforme para determinar si la actuación judicial se dirige a fomentar la impunidad en los casos de prescripción de la acción penal, puede tomarse como referencia los criterios establecidos para la cosa juzgada.

“i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada “aparente” o “fraudulenta”. Así, ante este Tribunal eventualmente puede discutirse la autoridad de cosa juzgada de una decisión cuando esta afecta derechos de individuos protegidos por la Convención y se demuestra que existe una causal de cuestionamiento de la cosa juzgada. Precisamente en otro caso contra Perú este Tribunal declaró que “si los actos en que se sostiene la sentencia están afectados por vicios graves, que los privan de la eficacia que debieran tener en condiciones normales, la sentencia no subsistirá”⁽¹⁵⁾

Que, no puede considerarse que el Estado peruano realizó acciones destinadas a fomentar la impunidad de las personas que afectaron los derechos humanos del Sr. Baruch Ivcher. Por el contrario, el Estado peruano creó un sistema anticorrupción especial, el cual se dedicó específicamente al procesamiento de estos

(15) Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, 24 nov.2009, CIDH, caso IVCHER BRONSTEIN VS. PERÚ, Considerando N° 18.

casos, lo cual viene realizando de forma eficiente y comprometida, procurando evitar la impunidad.

Tan es así, que por Resolución administrativa número cero veinticuatro guión dos mil uno guión CT guión PJ, del treinta y uno de enero de dos mil uno, se constituyeron una Sala y seis Juzgados Penales Especiales en la Corte Superior de Justicia de Lima, para que se avoquen al conocimiento de los procesos ya instaurados y los que se instauren como consecuencia de las investigaciones seguidas en torno a Vladimiro Montesinos Torres, posteriormente, dichos órganos jurisdiccionales se incrementaron en su número, conforme se desprende de las Resoluciones Administrativas números ciento veintinueve guión dos mil tres guión CE guión PJ, cero veinticuatro guión dos mil cuatro guión CE guión PJ y cero cuarenta y uno guión dos mil cinco guión CE guión PJ, del diecisiete de octubre de dos mil tres, dieciocho de febrero de dos mil cuatro y diecisiete de febrero de dos mil cinco, respectivamente.

Por tanto, considerar que en el presente caso la actitud del Estado peruano se dirigió a la búsqueda de la impunidad sería ofensivo para el Sistema Judicial Anticorrupción, pues sería afirmar que este sistema buscó que los procesados se sustraigan de la acción penal.

Analizando los criterios antes señalados podemos observar que en ningún momento el Poder Judicial pretendió que la acción penal prescribiera, para de esta forma sustraer a los procesados de la acción penal. Si esta acción sucedió fue por factores externos a la búsqueda de impunidad (complejidad de la causa, retardos judiciales, entre otros). Por otro lado, la decisión sobre la prescripción fue tomada por un Tribunal imparcial e independiente; hubo la intención real de enjuiciar y sancionar al procesado, por lo que no estamos frente a una resolución judicial fraudulenta.

Quinto. Que, la prescripción de la acción penal es una causa de extinción de la responsabilidad criminal que opera limitando el ejercicio del *ius puniendi* del Estado como consecuencia del transcurrir del tiempo, es decir extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y, con él, la responsabilidad del supuesto autor o autores del mismo.

Que, los artículos ochenta y ochenta y tres del Código Penal, regulan los plazos de prescripción en sus modalidades **ordinaria** –la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad– y **extraordinaria** –la acción penal prescribe cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción–.

Que, para los efectos de la prescripción en relación al delito de asociación ilícita para delinquir preceptuado en el artículo trescientos diecisiete del Código Penal, se debe tomar en cuenta, la cesación de permanencia, que en el caso de autos sería la publicación de la Ley número veintisiete mil trescientos cincuenta y uno, del once de octubre de dos mil, que desactivó el Servicio Nacional de Inteligencia Nacional o en su defecto, cuando aconteció el reemplazo del régimen y surgió el nuevo Ejecutivo dirigido por el Presidente Valentín Panigua; por tanto, en

atención que el delito en mención, sanciona con una pena privativa de libertad no mayor de seis años, y adicionando tres años por reglas de la prescripción, se colige que a la fecha de emitir pronunciamiento el Tribunal Superior, la acción penal en dicho extremo estaba extinguida al haber operado la prescripción, encontrándose conforme a derecho la acotada decisión.

Que, el delito de prevaricato, previsto en el artículo cuatrocientos dieciocho del Código Penal, consiste en la emisión de decisiones de Jueces y Fiscales contrarias al texto expreso y claro de la ley o citan pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoyan en leyes supuesta o derogadas, sancionando con pena privativa de libertad no menor de es ni mayor de cinco años -en el caso de autos es aplicable el texto original del Código Penal-; que, al encausado Trujillo López, se le atribuye el delito de prevaricato acaecido en el año dos mil, al respecto se tiene que igualmente la acción penal seguida en su contra se extinguió al haber operado la prescripción conforme a las reglas de los artículos ochenta y ochenta y tres del Código Penal.

Que, en relación a los recursos de nulidad de la defensa de las encausadas Nilda Rosa Valladares Alarcón y Kathia Karina Chávez Alarcón, se tiene que la Corte Suprema tiene competencia recursal en los supuestos previstos por el artículo doscientos noventa y dos del Código de Procedimientos Penales, que establece: “... El recurso de nulidad procede contra: a) las sentencias en los procesos ordinarios; b) los autos expedidos por la Sala Penal Superior en los procesos ordinarios que, en primera instancia, revoquen la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio, la pena de multa o las penas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres; c) os autos definitivos dictados por la Sala Penal Superior que, en primera instancia, extingan la acción o pongan fin al procedimiento o a la instancia; d) los autos emitidos por la Sala Penal Superior que, en primera instancia, se pronuncien sobre la refundición de penas o la sustitución de la pena por retroactividad benigna, o que limiten el derecho fundamental a la libertad personal; y, e) las resoluciones expresamente previstas por la ley...”. Que, la resolución impugnada por la defensa de las recurrentes no se adecua a ninguno de los supuestos contemplados en el artículo doscientos noventa y dos del Código de Procedimientos Penales, por cuanto, se trata de una resolución aclaratoria; que, al no haberse cumplido con la formalidad objetiva de los medios impugnativos (acto impugnativo), deviene en lulo el concesorio.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, MI VOTO es por declarar: **I. NO HABER NULIDAD** uto superior de fojas cuatrocientos ochenta y tres, del veintinueve de abril de dos mil diez, en el extremo que declaró fundada las excepciones de prescripción deducidas por los encausados Fernando Orestes Egas Contreras y Segundo Nicolás Trujillo López por el delito de Asociación ilícita, y contra este último también por delito de prevaricato, en agravio del Estado; y que declaró de oficio la excepción de prescripción a favor de los encausados Rolando Percy Escobar Lino, Víctor Raúl Martínez Candela y Víctor Hugo Salvatierra Valdivia por el delito de asociación ilícita en agravio del Estado; con lo demás que al respecto

contiene; **II. NULO** el concesorio del recurso de nulidad, e **IMPROCEDENTE** el medio impugnativo, en el proceso que se les sigue por el delito de asociación ilícita para delinquir, en agravio del Estado; y los devolvieron.

S. PARIONA PASTRANA