



TALLER

ACUERDOS PARA LA CELERIDAD EN LA TRAMITACIÓN DE LOS PROCESOS PENALES

Participan
Cortes Superiores Ica, Apurímac, Cusco, Puno,
Tacna, Moquegua y Arequipa.

Arequipa, 03 de octubre de 2009

Edición

Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial (CIJ)

Palacio Nacional de Justicia – 2do. Piso

Av. Paseo de la República cuadra 2 s/n

Cercado de Lima – Perú

Teléfono: 410-1010 anexo 11573 - 11575

www.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij

Helder Dominguez Haro (Director)

Área de Plenos Jurisdiccionales y Capacitación

Liz Anabel Rebaza Vásquez (Coordinadora)

Carolina Ortiz Cortez

Greta Valencia Peña

Lucy Macarena Zare Chávez

Marlene Elizabeth Veramendi Oliva

El contenido de los textos que aparecen en el presente material de lectura es responsabilidad exclusiva de los autores y no compromete la opinión del Centro de Investigaciones Judiciales o del Poder Judicial.

Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República

Javier Villa Stein
Presidente

Antonio Pajares Paredes
Luis Felipe Almenara Bryson
Manuel Sánchez-Palacios Paiva
Hugo Sivina Hurtado*
Elcira Vásquez Cortez
Francisco Artemio Távara Córdova
Enrique Javier Mendoza Ramírez
Robinson Gonzales Campos
Víctor Ticona Postigo
César Eugenio San Martín Castro
José Luis Lecaros Cornejo
Víctor Prado Saldarriaga
Jacinto Julio Rodríguez Mendoza
Jorge Alfredo Solís Espinoza
Duberli Apolinar Rodríguez Tineo

* Con Licencia Constitucional, Preside el Jurado Nacional de Elecciones.

Consejo Ejecutivo del Poder Judicial

Javier Villa Stein
Presidente del Poder Judicial
Presidente del Consejo Ejecutivo

Antonio Pajares Paredes
Juez Supremo

Jorge Alfredo Solís Espinoza
Juez Supremo

Flaminio Vigo Saldaña
Juez Superior

Darío Palacios Dextre
Juez Especializado

Hugo Salas Ortiz
Representante de los
Colegios de Abogados del Perú

Consejo Consultivo del Centro de Investigaciones Judiciales

Francisco Távara Córdova
Juez Supremo
Presidente del Consejo Consultivo

Iris Estela Pacheco Huancas
Juez Superior

Gerardo Octavio Sánchez- Porturas Ganoza
Juez Especializado

Justo Vera Paredes
Juez de Paz Letrado

Centro de Investigaciones Judiciales

Helder Domínguez Haro
Director

Índice

Presentación

Dr. Hugo Salas Ortiz

Integrante del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial

Representante de los Colegios de Abogados del Perú

Lecturas

1. El procedimiento de terminación anticipada	01
2. La confesión	19
3. Conclusión anticipada del juicio oral	29
4. La prueba en la sentencia de conclusión anticipada del juicio	33
5. La confesión sincera	41
6. IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial	45
7. Legitimación de las fórmulas consensuadas simplificadoras del procesamiento penal	75
8. Método de adopción de las medidas cautelares penales	107
9. Sentencia del Tribunal Constitucional. EXP. N° 5100-2006-PHC/TC	135
10. Sentencia del Tribunal Constitucional. EXP. N° 8125-2005-PHC/TC	143
11. Resolución de Cuestión Previa de Oficio. EXP. N° 22596-2002 (19/06/09)	159
12. Normas a tener en cuenta para dictar mandatos de detención	167
13. Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias	203
14. Perspectivas actuales de la correlación entre acusación y sentencia	211
15. Correlación y desvinculación en el proceso penal. A propósito del nuevo artículo 285° - A CPP".	233
16. Principio de determinación alternativa	253

Presentación

Con la implementación del Nuevo Código Procesal Penal, se ha modificado sustancialmente las formas de defensa y solución de los procesos penales. Uno de los aspectos enmarcados en esta institución es la terminación anticipada, figura que no estaba muy clara en el Código de Procedimientos Penales.

La justicia debe ser oportuna y pronta, además de eficaz, cuando se trata de proteger la libertad de una persona, pues se trata de un derecho fundamental desde el punto de vista constitucional y de un derecho humano reconocido universalmente, en tal sentido deber ser tratado conforme a la evolución de las diversas teorías que han ido surgiendo en los últimos años para proteger este derecho.

La necesidad de dialogar, estudiar y volver a considerar temas como el de descarga procesal que implican no sólo la celeridad de los procesos en trámite, sino también logran que muchos de los inculcados, detenidos y que aún no tienen una sentencia, se aceleren para lograr ser sentenciados o absueltos. Y en este último caso, recuperar la libertad, bien preciado, que como ya dijimos forma parte de los derechos humanos.

Con el Nuevo Código se ha establecido la figura de poder solucionar los procesos penales en forma anticipada, evitando de esta manera largos y tediosos procesos que en muchos casos resultan innecesarios cuando hay un reconocimiento de los cargos que se le imputan. Mucho jueces o abogados priorizan las formas sobre los temas de fondo y pretenden mantener este esquema de tener procesos largos en perjuicio de los propios inculcados.

Los costos y el tiempo son dos valores importantes y sustanciales en un país de tercer mundo como el nuestro. La demora de los procesos conlleva gastos no sólo en personal sino además en horas hombre que se pierden cuando los trabajadores del Poder Judicial y magistrados dedican tiempo a un proceso que puede ser terminado con una aplicación correcta y creativa de la propia ley penal que está en el Código anterior y con mas claridad de un nuevo código.

En este taller descentralizado nos permite recuperar experiencias y retomar un debate que aparentemente es obvio o claro para algunos. En cuanto a la descarga procesal, la importancia está en que por primera vez se realiza en forma descentralizada el recojo de experiencias, conocimientos y aplicación de justicia en realidades diferentes en las cuales no sólo por la estructura del Poder Judicial sino por la actuación propia de los magistrados que por diversas razones han concebido formas muy particulares de entender la descarga procesal.

La unificación de criterios nos va a permitir lograr uno de los grandes objetivos institucionales, cual es una administración de justicia pronta y equitativa. Seguros de que este taller va a contribuir a ello, es que hacemos llegar a ustedes, estos materiales que tienen por objeto complementar las exposiciones.

Hugo Salas Ortiz

Integrante del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial
Representante de los Colegios de Abogados del Perú

TALLER
"ACUERDOS PARA LA CELERIDAD EN LA TRAMITACIÓN
DE LOS PROCESOS PENALES"

"EL PROCEDIMIENTO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA"

SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR. DERECHO PROCESAL PENAL. TOMO II.
SEGUNDA EDICIÓN. EDITORIAL GRIJLEY. LIMA, OCTUBRE 2003. PÁG. 1383 - 1398.

Por consiguiente, las diligencias y las sentencias de primera instancia deben ser expedidas en acto público, sean absolutorias como condenatorias, sin posibilidad alguna de declarar la privacidad del juicio.

EL CÓDIGO DE 1991

El nuevo Código reconoce igualmente un procedimiento especial por delitos privados. En su art. 376º incorpora expresamente en el rubro de delitos privados el de ofensas al pudor público. Equivocadamente menciona que el trámite es el de querrela, cuando ésta es sólo el acto de enunciar y de personarse como acusador privado en la causa.

La querrela está reglamentada y se exige que en ella se ofrezca la prueba pertinente. El Juez está autorizado a disponer que la querrela sea aclarada o se subsane alguna omisión, bajo apercibimiento de dar por no presentada la querrela y ordenar su archivo. Si la querrela está completa, dicta auto admisorio de la instancia y corre traslado por cinco días hábiles al querrellado, para que la conteste y ofrezca la prueba pertinente. Acto seguido se emitirá auto de citación a audiencia, donde se actuará la prueba de ambas partes, previa invitación formal a conciliar. Contra el fallo del Juez Penal, dictado a pedido de cualquiera de las partes, procede recurso de apelación, que es resuelto por la Corte Superior. El recurso de apelación suprema es improcedente.

El art. 382º *in fine* precisa que el querellante en cualquier estado del procedimiento puede desistirse. Esta norma, sin embargo, es superabundante en virtud de lo expresamente previsto en el art. 78º.3 del Código Penal. Por otro lado, la perención del proceso o abandono de la instancia está fijada en el plazo de 3 meses y puede declararse de oficio (art. 80º *in fine*).

III. EL PROCEDIMIENTO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA

ASPECTOS GENERALES

A. Regulación legal y naturaleza jurídica

Este procedimiento tiene su origen en el instituto del "*patteggiamento*" italiano, introducido por la Ley N° 689, de 24 de noviembre de 1981.

Según Silvia BARONA VILAR, la mayoría de la doctrina italiana entiende que ese término es la traducción del *plea bargaining* del sistema angloamericano, pero lo cierto es que difiere notablemente de dicho modelo procesal ⁽¹⁷⁵⁾. En el Perú su incorporación ha tomado como fuente los arts. 444^º al 448^º del Código de Procedimiento Penal italiano de 1988 "*applicazione della pena su richiesta delle parti*" y, en segundo orden, el art. 37^º del Código de Procedimiento Penal colombiano, respetándose su redacción original, que luego fue modificada por la Ley N^º 81, de 2 de noviembre de 1993.

El procedimiento de terminación anticipada se sitúa en la necesidad, muy sentida, de conseguir una justicia más rápida y eficaz, aunque respetando el principio de legalidad procesal. La idea de simplificación del procedimiento parte en este modelo del *principio del consenso*. El citado procedimiento simplificado opera, al decir de PADOVANI, como un "filtro selectivo consensualmente aceptado", en donde la premialidad correlativa a la solicitud o a la aceptación de tales filtros incentiva su funcionamiento; deja a las partes, desde una lógica propia del procedimiento acusatorio, un poder dispositivo para que puedan configurar el objeto del proceso ⁽¹⁷⁶⁾. El consenso, según BARONA VILAR, opera, de modo básico, sobre el tipo de pena y sobre la calificación jurídica y, como efecto reflejo, sobre el procedimiento al determinar una particular clausura del mismo ⁽¹⁷⁷⁾.

El objeto de negociación es, pues, la pena, aunque desde ya es del caso puntualizar, siguiendo a Pedro BUTRÓN BALIÑA, que ello no importa negociar el cargo que se imputa o una pena distinta a la prevista legalmente ⁽¹⁷⁸⁾, lo que a nuestro juicio revela que este instituto respeta las fuentes mismas del principio de legalidad, en todas sus dimensiones.

Es de tener presente, según entiende Giovanna María ANCA, que este procedimiento, auténtico "*negozio transattivo*" basado en las recípro-

(175) BARONA VILAR, Silvia: *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 113.

(176) Citado por RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás: *La justicia penal negociada*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, p. 135.

(177) BARONA VILAR: *La conformidad en el proceso penal*, cit., p. 131.

(178) BUTRÓN BALIÑA, Pedro: *La conformidad del acusado en el proceso penal*, Mc Graw Hill. Madrid, 1998, p. 150.

cas concesiones que tienen lugar entre acusación y defensa, permite al acusado evitar la publicidad negativa de los debates, el pronunciamiento de una sentencia de condena bajo la óptica contradictoria, así como la eventual experiencia carcelaria; mientras que el sistema de justicia obtiene una disminución de número de procesos penales pendientes ⁽¹⁷⁹⁾.

B. Finalidad

La finalidad funcional de este procedimiento es reducir los tiempos de la causa. Lo hace mediante formas de definición anticipada, de ahí su nombre en nuestro país, respecto a lo que ocurre en el procedimiento ordinario, aunque destacando la voluntad del imputado, puesto que el sistema procesal —explica ANTONIO PATRONO— concede una importancia a la fase del juicio en la cual el acusado puede ejercer su derecho de defensa ⁽¹⁸⁰⁾.

El criterio de economía procesal que inspira este procedimiento, tiene como *presupuesto* el acuerdo entre el imputado y el Fiscal sobre el procedimiento y la pena, obligando al juez a fundar su convencimiento sobre la verdad de los hechos, acota ANIELLO NAPPI, en base a las investigaciones prejurisdiccionales o actos sumariales, sin dejar de formar las pruebas en el contradictorio de las partes propias del juicio oral; y, como *efecto* evitar la celebración del juicio oral y una exclusiva función premial al conceder una rebaja de pena si la causa culmina por esta vía ⁽¹⁸¹⁾.

C. Algunos problemas constitucionales

Este procedimiento fue impugnado en sede constitucional en Italia porque se consideró que se reducía irrazonablemente la función jurisdiccional, que el imputado renunciaba a derechos indisponibles (a la libertad y defensa), que se quebraba el principio de presunción de inocencia, que se vulneraba el principio de motivación de las sentencias, que se reducía indebidamente la publicidad del proceso y que se dejaba de tutelar debidamente a la víctima.

La *Corte Costituzionale* mediante las sentencias N^os 313 de 2 de julio de 1990, 251 de 6 de junio de 1991 y 443 de 12 de octubre de 1990,

(179) Citado por RODRÍGUEZ GARCÍA: *La justicia penal negociada*, cit., p. 133.

(180) Citado por RODRÍGUEZ GARCÍA: *La justicia penal negociada*, cit., p. 137.

(181) Citado por RODRÍGUEZ GARCÍA: *La justicia penal negociada*, cit., p. 138.

resolvió estas cuestiones declarando, de un lado, la conformidad constitucional del procedimiento y, de otro lado, precisando cómo debía entenderse la actuación del juez.

En *primer lugar*, estableció que la terminación anticipada no es una atribución del imputado sino ante una posibilidad de solicitud de pena, con el consentimiento de la Fiscalía, que se presenta ante el Juez. Por la propia función jurisdiccional, el juez tiene el poder-deber de controlar la certeza de la existencia de las circunstancias que las partes han alegado, así como de otras –atenuantes o agravantes– que aparecen de autos. En este procedimiento, afirma la Corte, el juez en la sentencia desarrolla un control de legitimidad sobre el acuerdo mismo y no deja sin justificación la exactitud de la calificación jurídica del hecho; el juez, en consecuencia, valora si la calificación jurídica de los hechos y las circunstancias propuestas por las partes son correctas.

En *segundo lugar*, si bien el juez condena con el mérito de actuados preliminares, se impone en un marco en que el imputado solicita una pena reduciendo al mínimo su imposición y consiguiente derecho a la libertad, así como utilizando el derecho de defensa como un instrumento para adquirir con seguridad una pena mínima. No puede, pues, confundirse estos derechos con la obligación absoluta de ejercitarlos, de suerte que la Constitución se limita a garantizar las condiciones a partir de las cuales los citados derechos pueden ser ejercitados en toda su legítima extensión. Por lo demás, no obstante que la solicitud de pena implica una renuncia a ejercer la defensa en un juicio contradictorio en el ámbito de formación de la prueba, ello no importa que el derecho de defensa desaparezca puesto que la afectación sólo se limita a ese aspecto no a los demás.

En *tercer lugar*, la presunción de inocencia no se ve alterada en su contenido esencial, desde que el imputado sólo renuncia a la facultad de contestar la acusación contra él planteada. Para que el Juez condene necesariamente debe probarse la responsabilidad del imputado sobre la base de un mínimo de prueba en relación a su responsabilidad, la cual –como ya se apuntó– se sustenta en los elementos de convicción acopiados por la Policía y la Fiscalía.

En *cuarto lugar*, el principio de motivación de las sentencia no se ve afectado puesto que implícitamente le está impuesto al juez evaluar la congruencia de la pena solicitada en orden al principio de legalidad de

las mismas y a su orientación básica en orden a la prevención especial bajo los límites determinados por el principio de proporcionalidad, rechazando el pedido si el *juicio de congruencia* es desfavorable.

En *quinto lugar*, es cierto que al solicitarse consensualmente la pena se excluye la publicidad del procedimiento. La legitimidad de esta limitación se da sobre la base de que el procedimiento supone un reconocimiento de responsabilidad, basado en el contradictorio entre las partes y el en el acuerdo que alcanzan. Al respecto la Corte señala que la importancia dada a la voluntad de las partes, en lo esencial, y en especial a la del imputado, es la que conduce a atenuar en este procedimiento la exigencia de garantía a favor de la persona objeto de una acusación penal; a pesar de ser la publicidad un derecho disponible por parte del imputado, se le permite que puede consentir la celebración de un proceso en el cual la ausencia de publicidad representa uno de los elementos incentivantes o premiales a favor de esa elección del acusado.

En *sexto lugar*, las limitaciones a la actuación de la parte civil no son inconstitucionales por cuanto no se niega absolutamente la posibilidad que tiene de presentar alegaciones en el curso del procedimiento acerca de la viabilidad del procedimiento y de su interés resarcitorio. Por lo demás, en nuestro modelo la parte puede cuestionar el fallo de conformidad y en la apelación puede lograr, más allá del acuerdo de las partes, una suma superior a la fijada en el acuerdo.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

A. Competencia

El procedimiento de terminación anticipada está circunscrito, en cuanto a su *delimitación objetiva*, a dos rubros delictivos: a) los delitos de tráfico ilícito de drogas, previstos en los arts. 296º, 298º, 300º, 301º y 302º del Código Penal; y, b) la totalidad de los delitos aduaneros, regulados en la Ley Nº 28008, de 19 de junio de 2003. La Fiscalía de la Nación reguló el comportamiento procesal de los fiscales en dicho procedimiento a través de la Circular Nº 005-95-MP-FN, publicada el 16 de noviembre de 1995.

Para este efecto, y como se trata de un procedimiento limitado a determinados delitos, debe estarse a lo expresamente consignado en el auto de apertura de instrucción. El cuestionamiento sobre la tipificación del delito no puede hacerse a través de la solicitud de terminación anticipada.

da. Por consiguiente, en este caso, sólo será procedente dar curso a la solicitud respectiva una vez que se haya dilucidado, en incidencia aparte, cuál es el tipo penal que se amolda a los hechos objeto del proceso penal.

Si la causa también se sigue por otros delitos (acumulación), el procedimiento de terminación anticipada puede instaurarse, en la medida que dichos ilícitos no sean de mayor gravedad que el de tráfico ilícito de drogas o aduanero. Rige aquí el principio de primacía de mayor gravedad de la infracción; es decir, el delito más grave, cuando exista concurso procesal de delitos sujetos a trámites distintos, determina el procedimiento a seguir.

B. Oportunidad

Este procedimiento, en cuanto a su *delimitación temporal*, puede intentarse una vez que se haya dictado el auto de apertura de instrucción y durante la etapa de investigación o de instrucción.

En la Ley N° 26320 se precisa que el límite máximo para presentar la solicitud es la culminación de la etapa de instrucción. En cambio, en la Ley N° 28008 se señala como límite extremo al momento anterior a la formulación de la acusación fiscal (art. 20° a), de suerte que si el expediente se encuentra en la Fiscalía Superior y se presenta la solicitud antes de que se emita un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, entonces la Sala Penal Superior deberá devolver los actuados al Juzgado Penal para su respectiva tramitación y, mientras tanto, debe diferirse todo pronunciamiento hasta que culmine dicho procedimiento.

C. Legitimación

Desde su *delimitación subjetiva*, este procedimiento sólo puede ser instado por el imputado y el Ministerio Público. La parte civil o el tercero civil están excluidos de la posibilidad de plantearlo. Es más, la parte civil no tiene ni siquiera posibilidad de oponerse e imposibilitar su realización, sin que a ello obste el derecho que le asiste de formular peticiones y requerimientos en aras de la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

Como todo acto postulatorio, la solicitud debe fundamentarse. Para estos efectos se debe tener presente dos presupuestos esenciales: *primero*, este procedimiento está destinado a discutir los alcances de una futura sentencia condenatoria, por lo que debe existir en autos suficientes elementos de convicción acerca de la existencia del delito y de la res-

ponsabilidad del imputado; y *segundo*, no está en tela de discusión la tipificación del delito realizada en el auto de apertura de instrucción; consecuentemente, las discusiones acerca de las "circunstancias del hecho punible", sobre las que puede haber aceptación total o parcial, están referidas a las agravantes y a las atenuantes genéricas, así como a los demás elementos que condicionan la penalidad (v. gr.: errores de tipo, de prohibición o de comprensión, siempre que sean vencibles; eximentes imperfectas, tentativa, complicidad).

3. PROCEDIMIENTO

A. Audiencia especial y privada

El acto procesal central es la audiencia. Una vez presentada la solicitud, el juez constata: 1) que los delitos objeto del procedimiento penal están incursos en su ámbito de aplicación; 2) que se trata de la primera solicitud; y, 3) que, de existir pluralidad de imputados, todos ellos han aceptado someterse al procedimiento. Este último requisito es relativo, porque muy bien en la audiencia puede determinarse la viabilidad de la solicitud, primero, poniendo en conocimiento previo a los coimputados la solicitud del imputado, y, segundo, preguntando al iniciar la audiencia si están dispuestos a someterse a la terminación anticipada.

Si resulta favorable este primer paso, el Juez dicta un auto de citación a la audiencia especial y privada. La resolución debe ser notificada a todas las partes, incluidas la parte civil y el tercero civil, a fin de que expongan lo que tengan a bien en resguardo de sus derechos e intereses legítimos. Sin embargo, a la audiencia sólo pueden asistir el fiscal, los imputados y sus defensores. Se realiza en acto privado, sin asistencia de terceros ni presencia del público.

Resulta interesante al respecto lo dispuesto en el cuarto párrafo de la Circular N° 005-95-MP-FN, pues permite al Fiscal –si lo considera conveniente– adelantar conversaciones extraprocesales con el imputado y su defensor, para someter al juez penal un acuerdo que permita un rápido desarrollo de la audiencia y facilite su adecuado control de legalidad. El sexto párrafo impone al Fiscal contar con un documento–resumen que contendrá puntualmente los hechos objeto de imputación, las circunstancias típicas relevantes y la tipificación correspondiente, así como lo referente a la reparación civil.

La audiencia consta de cuatro grandes fases. En la *primera*, de carácter preliminar, el juez advierte y explica al imputado respecto a los alcances y consecuencias del acuerdo y las limitaciones que éste representa para la posibilidad de controvertir su responsabilidad. En la *segunda*, el Fiscal presenta los cargos, de modo general, y hace mención a la pena probable que merecería el hecho punible. En la *tercera*, se da la discusión propiamente dicha, que involucra tanto la primera intervención del imputado y su defensor, cuanto las sucesivas intervenciones de ambas partes con vistas a la aceptación total o parcial de los acuerdos. En la *cuarta*, si se arriba a un acuerdo, se pasa a la redacción de los términos del mismo, donde se señalará expresamente la pena y la reparación civil acordadas y se establecerá, además, si la pena es efectiva o no. Si no se llega a un acuerdo, la audiencia termina con esa declaración expresa.

Si bien el desarrollo de la audiencia es oral por definición, ella queda registrada en un acta donde se recoge los aspectos importantes de lo ocurrido en dicho acto. Los términos del acuerdo se transcriben textualmente. El acta, una vez aprobada, es firmada por todos los asistentes. Todo ello permitirá, en su oportunidad, controlar la legalidad y legitimidad de la ulterior resolución judicial.

B. Control jurisdiccional del acuerdo

Producido el acuerdo entre el fiscal y el imputado y su defensor, corresponde al juez realizar una labor de trascendental importancia y que concierne a tres tipos de controles. Ello significa que la intervención del juez no es meramente notarial. Los controles son los siguientes: 1) control de la calificación jurídica del hecho punible; 2) control de la pena y de la reparación civil acordadas; y, 3) control del fundamento probatorio de la imputación.

B.1. Control de adecuación típica

El acuerdo, que en su momento constituirá la base fáctica y jurídica de la *sentencia de consenso*, debe respetar el principio de correlación. Los hechos que corresponde asumir e integran el acuerdo deben respetar, en lo esencial, el marco fáctico incorporado en el auto de apertura de instrucción, el cual, a su vez, se sustenta en la denuncia formalizada del Fiscal Provincial. Tales hechos, además, deben subsumirse en el tipo penal fijado en el auto de apertura de instrucción. Las varia-

ciones sobre las "circunstancias del hecho", no pueden ser de tal magnitud que importen una calificación jurídica o tipificación diferente o alternativa.

B.2. Control de la pena y de la reparación civil

La correlación de la pena significa que el acuerdo no puede vulnerar los mínimos y máximos legales previstos para el delito en concreto. El Código Penal, por lo general, señala diversas clases de penas y precisa sus mínimos y máximos en cada tipo penal, es decir, adopta el criterio de la indeterminación relativa de la pena. El Juez, sobre la base fáctica incorporada en el acuerdo —que previamente ha sido analizada positivamente, según las pautas del punto anterior— controlará en *primer lugar* el respeto a esos marcos de dosificación penal, lo cual involucra una *determinación cualitativa*: elección de la clase de pena, y una *determinación cuantitativa*: elección de la cantidad concreta de pena. En *segundo lugar*, velará por el cumplimiento efectivo del principio de culpabilidad, ponderando si la pena acordada no es *manifiestamente desproporcionada*, en función al contenido de injusto y de culpabilidad por el hecho que estén incorporados como factores a ser tomados en cuenta, según el art. 46º del Código Penal.

No se trata que el Juez imponga una dosificación determinada. Debe, sencillamente, supervisar que la pena acordada se encuadre dentro de los parámetros que fija el tipo penal y respete globalmente las reglas generales de individualización penal, sin incurrir en abiertas lesiones al principio de proporcionalidad de la pena respecto del hecho concreto.

La clase y medida de pena, resalta BUTRÓN BALIÑA, debe ser congruente con los fines señalados por la Constitución (art. 139º.22). Con ello se pretende salvaguardar la finalidad de prevención especial, básicamente dirigida a la reeducación, y muy ligada al principio de proporcionalidad entre la entidad de la ofensa y la pena impuesta. De forma indirecta también se garantiza la primacía de la ley, a la que únicamente está sujeto el órgano jurisdiccional ⁽¹⁸²⁾.

En cuanto a la reparación civil, el control de legalidad lo hace patente el juez cuando se concentra en cuidar que la reparación civil com-

(182) BUTRÓN BALIÑA: *La conformidad del acusado en el proceso penal*, cit., pp. 151-152.

prenda, de ser el caso, tanto la restitución del bien o –si no es posible– el pago de su valor, y la indemnización de los daños y perjuicios, tal como lo señala el art. 93º del Código Penal. Asimismo, en cuanto al monto de la indemnización, que no se vulneren los derechos del sujeto pasivo del delito, fijando una suma indemnizatoria groseramente diminuta.

B.3. Control del fundamento probatorio de la imputación

La Constitución sanciona el principio de presunción de inocencia, en cuya virtud una condena es estimada legítima si existen en autos suficientes elementos probatorios, que puedan considerarse de cargo y actuados a través de medios lícitos de prueba. El Juez debe analizar si, vistos los elementos de convicción acopiados en la fase preprocesal y en el sumario judicial, existe base suficiente y categórica que permita destruir la presunción de inocencia. Si estima que no han fundamento probatorio suficiente, debe desestimar el acuerdo y ordenar la continuación del procedimiento según su cauce ordinario.

C. La decisión judicial

Si los controles encargados al Juez no arrojan resultado positivo o favorable, tras la audiencia debe dictar un auto fundamentado de desaprobación del acuerdo de las partes, indicando con precisión la razón o las razones de la desestimación.

Si el Juez detecta, en el acuerdo, alguna omisión o vacío, debe disponer la reapertura de la audiencia especial y privada para que las partes se pronuncien expresamente sobre la omisión. Acto seguido, el Juez decidirá lo conveniente.

Superados con éxito los controles, el Juez debe emitir una *sentencia de consenso*, en la que acepta íntegramente el acuerdo entre el Fiscal y el imputado y su defensor. El hecho de que deba precisarse en el fallo que la pena se dicta solicitud de las partes no importa la motivación. La sentencia debe ser motivada, según G. BOSCHI, en los siguientes puntos: 1. Respecto de la subsistencia del acuerdo de las partes. 2. Respecto de la insubsistencia de una situación probatoria tal que imponga la adopción de una sentencia de absolucón. 3. Respecto de la decisión positiva de la certeza de la calificación jurídica del hecho. 4. Respecto de la valoración de la congruencia de la pena consensuada por las partes. Además, en la parte dispositiva no debe contener otras expresiones

que la solicitud de parte y la aplicación de la pena y consiguiente reparación civil ⁽¹⁸³⁾.

La Casación italiana (sentencia de 27 de marzo de 1992) precisó que la motivación de la *sentencia patteggiata* se agota en una deliberación a mismo tiempo positiva y negativa; *positiva*, respecto a la superación de los controles arriba indicados, que incluye la legalidad de la condicionalidad de la pena; y, *negativa*, en cuanto a la exclusión de la subsistencia de causas de no punibilidad, de no procedibilidad o de extinción del delito ⁽¹⁸⁴⁾. Por lo demás, la exigencia de una concisa exposición de motivos de hecho y de derecho tiene un carácter general, y no está excluida de la particular configuración de la sentencia prevista para este procedimiento.

La sentencia de consenso, según la doctrina italiana, es una sentencia de condena, aunque claro está con determinadas notas atípicas vinculadas a la idea del consenso ⁽¹⁸⁵⁾. Sobre esto último, es de anotar conjuntamente con BUTRÓN BALIÑA, que la petición consensuada es la base de la sentencia, no siendo necesario que se declare la culpabilidad del imputado, en tanto que la misma vendría a considerarse como una especie de confesión por hechos concluyentes ⁽¹⁸⁶⁾, lo que se explica por la influencia sajona de la institución y, por ende, del pragmatismo del realismo jurídico. En este sistema, precisa BARONA VILAR, es natural partir de la base que si el imputado mismo llega a un acuerdo con la acusación, quiere decir que inequívocamente se considera culpable al confesar, incluso de forma implícita, ser responsable de los hechos acusados ⁽¹⁸⁷⁾.

La *sentencia consensuada* es objeto de consulta obligatoria. El Superior Tribunal decidirá en definitiva si el acuerdo es legal o no. En cambio, contra el auto que deniega el acuerdo sólo procede recurso de apelación por el fiscal o por el imputado en el término de un día.

La parte civil no está legitimada para oponerse al acuerdo ni para impugnarlo. Sólo puede presentarse en el Superior Tribunal para solicitar el incremento de la reparación civil.

(183) BARONA VILAR: *La conformidad en el proceso penal*, cit., pp. 137-138.

(184) RODRÍGUEZ GARCÍA: *La justicia penal negociada*, cit., pp. 199-200.

(185) RODRÍGUEZ GARCÍA: *La justicia penal negociada*, cit., pp. 192-193.

(186) BUTRÓN BALIÑA: *La conformidad del acusado en el proceso penal*, cit., p. 153.

(187) BARONA VILAR: *La conformidad en el proceso penal*, cit., p. 139.

La decisión del órgano colegiado es definitiva pues contra ella no cabe recurso alguno. Se trata de un procedimiento especial en que sólo está prevista la consulta y la apelación antes referidas.

D. Beneficios especiales

El reconocimiento de beneficios especiales tiene tratamiento diferente en las dos leyes que han incorporado este procedimiento.

D.1. Ley N° 26320

El primer beneficio especial, y típico de esta institución, es el de rebaja de la pena en una sexta parte. Ello exige como presupuesto que en el acuerdo se precise la pena acordada, independientemente de su disminución en virtud de este beneficio especial. Sobre esa base el Juez acordará la rebaja en un sexto de la pena acordada (v. gr.: si se acuerda como pena seis años de privación de libertad, el beneficio importará una disminución de un año de pena privativa de libertad, con lo que la pena a imponerse será de cinco años). En este punto, como ha destacado la Casación italiana, los errores numéricos del acuerdo, pueden ser corregidos judicialmente, sin que ello importe una sentencia ultra petita.

El segundo beneficio está vinculado a la confesión. La confesión, de modo general, puede producir efectos adicionales al de la rebaja de la pena arriba precisada: la posibilidad de que se imponga al imputado una pena por debajo del mínimo legal, siempre que sea sincera y oportuna, según se ha definido en el capítulo correspondiente. En el acuerdo, las partes deben precisar independientemente esta circunstancia extraordinaria y sobre esa base fijar la pena acordada, sobre la cual se aplicará la rebaja de la sexta parte.

D.2. Ley N° 28008

El beneficio es el de aplicación del mínimo legal de la pena del respectivo delito aduanero, sea ésta privativa de libertad o multa, como penas principales o conjuntas, sin perjuicio de considerar la accesoria de inhabilitación cuando corresponda. La Ley instituye llanamente un sistema de reducción tasado, sin interesar la magnitud o entidad del injusto ni la culpabilidad por el hecho. Por ello, no está permitido un ámbito de negociación acerca de la pena: es el mínimo previsto en la ley, lo que sin duda le resta atractivo ni induce estructuralmente a la aceptación de cargos.

Por otro lado, este procedimiento reconoce una exigencia adicional: se debe pagar una suma equivalente a dos veces el valor de las mercaderías objeto del delito, sin perjuicio del pago de los tributos dejados de pagar, y de los derechos antidumping o compensatorios cuando correspondan, y del decomiso de la mercadería e instrumentos materia del delito (obviamente, se incluyen las ganancias delictivas). En estos casos, la expedición de la sentencia, luego del acuerdo, dependerá de la oportunidad en que el imputado haga la consignación. No se permite otra alternativa a la consignación; las garantías, reales o personales, no son de recibo. El tesoro público debe recibir una suma líquida determinada, y no bienes o garantías que exigirían un procedimiento de ejecución forzosa y cobro.

El beneficio por confesión sincera (*vid.* art. 136º CPP), aun cuando la ley no lo mencione expresamente, es aplicable a este procedimiento porque se trata de una atenuación especial vinculada a la propia confesión y no al sometimiento a un mecanismo consensual.

E. Aspectos específicos de la Ley N° 28008

La regulación del procedimiento de terminación anticipada en los delitos aduaneros presenta dos problemas puntuales: (1) en la audiencia especial y privada el imputado puede aceptar los cargos, en todo o en parte, o rechazarlos; y, (2) no se incluye la regla de la unidad del proceso ni las excepciones incluidas en la Ley N° 26320.

En cuanto al primer punto, cabe enfatizar que la *sentencia consensuada*, por su propia naturaleza, implica que el imputado acepte íntegramente los cargos materia del auto de apertura de instrucción; no es posible que un hecho o extremos relevantes de un hecho que determinan o delimitan la tipicidad se excluyan o se aparten en el curso del procedimiento de terminación anticipada. La aceptación de los cargos es, pues, total, de lo contrario debe disponerse el archivo del procedimiento.

En lo atinente al segundo punto, la ley no autoriza expresamente la ruptura de la unidad del proceso. En tanto la continencia de la causa constituye una regla o principio general del proceso, que al decir de DE LA OLIVA, exige que sólo un complejo histórico determinado sea objeto de investigación y enjuiciamiento en un solo proceso: *quot causae, tot processus*⁽¹⁸⁸⁾, al no

(188) DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *La conexión en el proceso penal*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1972, pp. 29-30. El modelo colombiano, como aclara Gilberto

existir disposición en contrario, la terminación anticipada en procesos complejos debe comprender a todos los imputados, con las excepciones, aplicables por razones de supletoriedad, previstas en la Ley N° 26320.

4. PROBLEMAS DE APLICACIÓN

A. Rechazo in limine de la solicitud de terminación anticipada

La solicitud de terminación anticipada, en cuanto acto procesal que debe cumplir con determinados presupuestos y requisitos, debe ser puesta en conocimiento de todos los procesados. Si los demás imputados rechazan desde un inicio esta posibilidad o al iniciar la audiencia no aceptan consenso alguno, en vista que no corresponde un acuerdo parcial, entonces habrá que declarar improcedente la solicitud.

Igualmente se declarará improcedente la solicitud cuando los delitos objeto del auto de apertura de instrucción no estén comprendidos en los supuestos de las leyes citadas.

B. Exclusión del fiscal y del juez

La exclusión del fiscal y del juez procederá en todos los casos en que es realizada la audiencia y no se arriba a un acuerdo o éste no es aprobado por el Juez o por la Sala Penal Superior. Con esta disposición se pretende garantizar la objetividad judicial y que el conjunto de las declaraciones que se hubieran producido no influyan en los magistrados. Consecuentemente, si no se realiza la audiencia, entonces no cabe que el Fiscal y el Juez sean apartados del conocimiento del proceso.

La Ley de los delitos aduaneros no prevé la exclusión del fiscal y del juez. No obstante ello, consideramos aplicable, en vía supletoria, la norma de la Ley N° 26320, por cuanto los principios que sustentan este procedimiento son los mismos.

MARTÍNEZ RAVE (*Procedimiento penal colombiano*, Temis, Bogotá, 1994, p. 303), permite la ruptura de la unidad del proceso, autorizando expresamente al juez a proferir sentencia anticipada respecto de un imputado y ordenar continuar el trámite contradictorio respecto de los demás imputados o por delitos no incluidos en la aceptación, pero como se anotó inicialmente esa fórmula —que incluye una regulación específica de su configuración— no fue aceptada por el legislador nacional.

C. Procedimiento principal y terminación anticipada

El procedimiento de terminación anticipada se sigue en cuaderno aparte. Esto significa que sus incidencias no interrumpen el curso del cuaderno principal. Por tanto, las actuaciones probatorias y demás actos de investigación no deben paralizarse por la tramitación de la audiencia privada; tampoco el pronunciamiento de la *sentencia consensuada* o del auto desestimatorio del acuerdo, o por la elevación del acuerdo en consulta o en apelación, según sea el caso.

Respecto de las medidas cautelares personas, es obvio que la *sentencia consensuada*, aun cuando se encuentre pendiente de aprobación por la consulta, se ejecuta provisionalmente si consideramos que no existe norma en sentido contrario a la expresa previsión del art. 330º del Código de Procedimientos Penales; es decir, si se debe excarcelar al imputado, entonces debe cursarse la orden correspondiente, sin perjuicio de que permanezca sometido al proceso hasta que se le aparte definitivamente.

D. Procedimientos complejos

En el caso de concurso de personas, la legislación vigente no permite la ruptura de la unidad del procedimiento y, por ende, que se entienda que si se produce —como lo ha precisado la doctrina italiana— una solicitud y consenso sobre algunos imputados, ello importaría la automática separación de procedimientos respecto de quienes no aceptan el acuerdo ⁽¹⁸⁹⁾.

El inc. 6 del art. 2º de la Ley Nº 26320 tiene como regla que los acuerdos deben comprender todos los cargos y delitos y a todos los imputados. Empero, admite tímidamente la posibilidad de *acuerdos parciales* sometiéndolos a dos requisitos: 1) Que los imputados, individualmente considerados, acepten la totalidad de los cargos y delitos que se le imputan, es decir, que la solicitud abarque íntegramente la imputación en su contra: todos los hechos imputados y, también, los delitos incriminados. 2) Que los delitos objeto del acuerdo sean independientes entre sí.

Lo expuesto significa que si la imputación estriba en que tres personas en concierto, sobre la base de un plan común, han comercializado droga, no podrá haber acuerdo parcial desde que el delito es único y

(189) RODRÍGUEZ GARCÍA: *La justicia penal negociada*, cit., p. 173.

éste comprende indefectiblemente a los tres imputados; empero, si existe un segundo delito, que puede ser el de tenencia ilegal de armas o de tentativa de cohecho, en el que sólo está involucrada una cuarta persona, puede haber una *sentencia consensuada* comprendiendo a este cuarto imputado. Es claro que si este cuarto personaje también está comprendido en el delito de tráfico ilícito de drogas sobre las mismas circunstancias que a sus tres coimputados, el acuerdo parcial no podrá producirse aun admita tanto ese cargo cuanto el de tenencia ilegal de armas o tentativa de cohecho.

Resulta esencial tener presente la noción de *concierto*, puesto que si el delito imputado, aun siendo el mismo, de tráfico ilícito de drogas, tiene una base fáctica distinta, no vinculada a los cargos incriminados a sus coimputados, el acuerdo parcial es posible.

La Ley de los Delitos Aduaneros tampoco tiene reproducida una norma semejante, por lo que es del caso insistir en su aplicación supletoria, dada la base común procesal que sustenta la terminación anticipada.

IV. EL PROCEDIMIENTO POR COLABORACIÓN EFICAZ

1. ASPECTOS GENERALES

La legislación de emergencia antiterrorista engendró en el país lo que Emilio RESTA denominó "*el derecho penal premial*". Se trata, al decir de PEÑA CABRERA, de una moderna concepción —que se viene acentuando consistentemente en los últimos años— mediante la cual la pena que sigue a la comisión del delito no se aplica o simplemente se atenúa; es una forma *sui generis* de despenalización⁽¹⁹⁰⁾.

El *derecho penal premial* descansa en la figura del *arrepentido*. Se exige que el imputado mire al futuro orientando el cambio, apunta a su comportamiento "*post patratum delictum*". El arrepentido reconoce ante la autoridad los hechos delictivos en que ha participado y proporciona

(190) PEÑA CABRERA, Raúl: *Terminación anticipada del proceso y colaboración eficaz*, Grijley, Lima, 1995, p. 163.

TALLER

“ACUERDOS PARA LA CELERIDAD EN LA TRAMITACIÓN
DE LOS PROCESOS PENALES”

“LA CONFESIÓN”

SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR. DERECHO PROCESAL PENAL. TOMO I. SEGUNDA
EDICIÓN . EDITORIAL GRIJLEY. LIMA, OCTUBRE 2003. PÁG. 840 - 846.

IV. LA CONFESIÓN

1. CONCEPTO

Se entiende por *confesión* la declaración que en contra de sí hace el imputado, reconociéndose culpable del delito y demás circunstancias. En rigor, la confesión importa la admisión del imputado de haber cometido una conducta penalmente típica, aun cuando contenga alegaciones encaminadas a atenuar o a excluir la pena ⁽¹⁰⁵⁾.

El Código de 1940 no define la confesión, como lo hacen los Códigos antiguos. Se limita a fijar los efectos de la confesión "*sincera debidamente comprobada*" en orden a la actividad investigadora del Juez Penal y a la sanción penal (art. 136º) y a señalar que la sentencia debe apreciar, entre otros medios de prueba, la confesión del acusado (art. 280º). El

⁽¹⁰⁵⁾ CAFETZÓGLUS, Alberto Néstor: *Delito y confesión*, Hammurabi, Buenos Aires, 1982, p. 29.

Código de 1991, por su parte, reconociendo la importancia de la confesión, fija las condiciones de su valor probatorio, sus efectos en orden a la sanción penal y sus derivaciones procesales (arts. 127^a-129^a), así como sus efectos dispositivos sobre el objeto procesal en la institución de la conformidad (art. 280^a).

Las notas características de la *confesión*, siguiendo parcialmente a MIXÁN MASS ⁽¹⁰⁶⁾, son seis: a) es una declaración *personal y oral* del imputado, no hay confesión ficta; b) es una declaración *libre y consciente*, por lo que siendo voluntaria su autor no puede ser presionado y debe ser prestada sin que se afecte su libertad con método químico o mecánico; c) debe ser *sincera*, en cuya virtud el imputado debe proferir una narración veraz, con fidelidad a la memoria; d) debe tener un contenido *verosímil*, esto es, el relato debe ser de tal naturaleza y características que a la luz de una consideración razonable aparezca como susceptible de haber ocurrido, el relato debe ser explicable, cognoscible y no contrario a una ley natural, a un hecho notorio o a las leyes lógicas; e) debe ser *circunstanciada*, es decir, debe proporcionar los detalles pertinentes, debe dar "razón de su dicho" en orden a su intervención delictiva y a las circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores, objetivas y subjetivas, del hecho y de su comportamiento; y, f) debe *aceptar simple o calificadamente la imputación*—en rigor no se debe decir *total* o *parcialmente*— que es su nota específica, o sea el imputado relata aceptando que intervino en una acción penalmente típica.

Es muy claro que la confesión importa admisión de la comisión de un hecho tipificado como delictivo en la ley penal. Por consiguiente, debe estimarse que no ha habido confesión si el imputado no ha reconocido ser autor o partícipe de hecho alguno tipificado por la ley penal. En rigor, no existe la denominada *confesión parcial*, pues toda confesión por definición siempre es total. El reconocer haber actuado de determinada manera, pero no el hecho típico objeto del proceso, no constituye en puridad confesión. CAFETZÓGLUS señala al respecto que estas admisiones son simplemente hechos antecedentes, indicios, a partir de los cuales el juzgador puede elaborar presunciones ⁽¹⁰⁷⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ MIXÁN MASS: *La prueba en el procedimiento penal*, cit., pp. 59-67.

⁽¹⁰⁷⁾ CAFETZÓGLUS: *Delito y confesión*, cit., p. 70.

2. CLASES DE CONFESIÓN

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

La *confesión simple* es aquella en la que el confesante admite lisa y llanamente su participación en el hecho imputado, sin introducir ninguna circunstancia tendiente a excluir o disminuir su responsabilidad. En cambio, en la *confesión calificada* el imputado, admitiendo su participación en el hecho que se le imputa, introduce en el relato circunstancias que tienden a excluir o disminuir su responsabilidad ⁽¹⁰⁸⁾. CLARÍA OLMEDO, en esa misma perspectiva, acota que en esta última confesión, hay una admisión del contenido fáctico de la imputación, pero se niega en todo o en parte la responsabilidad aduciendo una disculpa ⁽¹⁰⁹⁾.

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

Otro criterio clasificatorio que, a menudo, en los países con una fuerte tradición inquisitiva, se introduce es la confesión judicial y la extrajudicial. Respecto a la *confesión judicial*, es obvio que ésta es la única posible. Se presta, como corresponde, ante el juez del debate o del juicio, en el acto oral, de suerte que, como tal, cumple todos los requisitos propios de un acto de prueba: inmediación del juez, publicidad del debate, información sometida a contradicción, con la observancia de los requisitos que se derivan del derecho de defensa. Así lo ha estipulado la

⁽¹⁰⁸⁾ CAFETZÓGLUS: *Delito y confesión*, cit., p. 65.

⁽¹⁰⁹⁾ CLARÍA OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 105.

Corte Suprema al señalar que “no constituye confesión lo que testigos o autoridades hubieran oído decir, sino la legalmente prestada ante el magistrado que conoce del juicio” ⁽¹¹⁰⁾.

La instructiva, es decir, la declaración prestada en la fase de investigación, es una diligencia propia de ésta, y para que tenga validez la admisión de cargos prestada por el imputado en ella ha de ser ratificada ante el juez del juicio, lo que se deriva de la exigencia constitucional y legal de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción. De esta suerte, es de considerar que resultaría lesionada la presunción de inocencia si se condena al acusado sobre la base de declaraciones no reproducidas en el juicio oral. Esta conclusión, sin embargo, como aclara VEGAS TORRES, no impide al órgano jurisdiccional fundamentar su convicción en base a las declaraciones de la instrucción formal y del Atestado Policial, pero para ello es suficiente con que el acusado comparezca en el juicio y declare ante el órgano sentenciador, con independencia de cuál sea el contenido de esta última declaración: se trata de la doctrina de la posibilidad de contrastación de las declaraciones prestadas en el juicio oral con las prestadas en la instrucción y ante la policía, siempre que en este último caso se hayan respetado escrupulosamente las garantías legales y constitucionales: presencia del fiscal y del abogado defensor ⁽¹¹¹⁾. Sólo bajo esas circunstancias es posible aceptar lo prescrito en el art. 72º, segundo párrafo, del Código de 1940 y siempre que la declaración policial haya sido leída en el acto oral y sometida a contradicción en el curso del interrogatorio del imputado.

Respecto a la *confesión actuada*, expone CAFETZÓGLUS, se trata de aquella admisión de cargos que se trasmite por medio del accionar del confesante, en la reconstrucción del hecho. Desde el punto de vista del imputado la reconstrucción del hecho integra genéricamente la declaración instructiva, y específicamente la confesión, por lo que participa de los regímenes normativos de ambos institutos ⁽¹¹²⁾. Es de precisar que en la declaración, el imputado trasmite el relato por medio de la palabra, en cambio en la diligencia de reconstrucción agrega a ella su actuación, la cual inclusive puede ser registrada mediante fotografía o filmación.

⁽¹¹⁰⁾ *Anales Judiciales*, 1906, Lima, p. 85.

⁽¹¹¹⁾ VEGAS TORRES: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., p. 259.

⁽¹¹²⁾ CAFETZÓGLUS: *Delito y confesión*, cit., p. 71.

3. CONDICIONES DE VALIDEZ

En el Código de 1940, atento a una concepción muy amplia del criterio de conciencia, no incorpora una regulación específica de su valor probatorio, aunque del conjunto de sus disposiciones es posible extraer algunos requisitos para considerar a la confesión como tal. El Código de 1991, pese a afiliarse al sistema de la prueba libre y al criterio de conciencia, reconoce en el art. 129º un conjunto de requisitos para dotarla de validez procesal, que han sido asumidos por la Corte Suprema ⁽¹¹³⁾.

Las condiciones de validez son las siguientes:

A. *Libertad y normalidad psíquica del declarante*

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

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

Subjetivamente, también es de proscribir el error y la verosimilitud del relato incriminador. Se exige que el relato que expone el declarante debe ser adecuado a la realidad y, por tanto, ha de haber sido prestado en base a lo que él ha presenciado con sus sentidos, sin que pueda admitirse deducciones o presunciones. La posibilidad y verosi-

⁽¹¹³⁾ Ejecutoria suprema de 5 de agosto de 1998, Exp. Nº 2515-98, Lima (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal [1996-1998]*, cit., T. II, pp. 249-250).

militud pueden equivaler a la idea de normal comportamiento de las personas y de las cosas ⁽¹¹⁴⁾.

Desde la perspectiva objetiva, la confesión ha de referirse a un hecho objetivamente creíble, aceptable para el común de las personas. La versión ha de ser lógica y coherente, así como referirse a una transmisión de conocimientos adquiridos directamente por el imputado, no por noticias de terceros ⁽¹¹⁵⁾.

B. Corroboración por otros medios probatorios

Este requisito significa que la confesión no es una prueba autónoma. La confesión puede intervenir en la prueba del hecho objeto del proceso y de la participación del imputado en él, esto es, tiene entidad para contribuir a su acreditación, pero por sí sola no puede cumplir la función de probar el hecho delictuoso. La confesión debe concordar con una fuente probatoria distinta, que puede estar representada por testimonios, pericias, documentos, etc. Por tanto, "la simple confesión del inculpado, como 'prueba' única del delito, no es suficiente para condenarlo" ⁽¹¹⁶⁾.

A este respecto la Corte Suprema tiene sentado que la confesión sólo tiene un valor relativo contra quien la presta y, además, no constituye suficiente prueba contra sus coacusados ⁽¹¹⁷⁾, salvo que otros elementos de prueba de cargo la corroboren ⁽¹¹⁸⁾. Asimismo, ha establecido que no es elemento suficiente para fundar una sentencia condenatoria una declaración autoinculpatoria, sin elemento fáctico que la corrobore ni prueba de cargo que la avale ⁽¹¹⁹⁾.

⁽¹¹⁴⁾ CAFETZÓGLUS: *Delito y confesión*, cit., p. 53.

⁽¹¹⁵⁾ CLARÍA OLMEDO: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. V, p. 102.

⁽¹¹⁶⁾ *Revista de los Tribunales*, Lima, 1938, p. 330.

⁽¹¹⁷⁾ Ejecutoria suprema de 6 de febrero de 1973, procedente de San Martín (*Anales Judiciales*, T. LXV, Lima, 1973, pp. 188-190); y, Ejecutoria suprema de 22 de abril de 1981, Exp. N° 125-81, Cusco (TARAMONA, José R.: *Compendio de ejecutorias supremas*, Jamse Editores, Lima, 1982, T. I, pp. 134-135).

⁽¹¹⁸⁾ Ejecutoria suprema de 3 de marzo de 1999, Exp. N° 5091-98, Lima (CHOCANO RODRÍGUEZ/VALLADOLID ZETA: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 301-302).

⁽¹¹⁹⁾ Ejecutoria suprema de 6 de mayo de 1994, Exp. N° 398-93, Ica (*Normas Legales*, T. 223, octubre, Trujillo, 1996, pp. 44-48).

La confesión requiere la práctica de todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de su contenido, lo cual justifica la necesidad de que el sumario no se dé por concluido cuando el imputado confiesa y que el debate oral no concluya con la mera admisión de cargos del imputado, en tanto no se haga constar la existencia del cuerpo del delito ⁽¹²⁰⁾.

C. Autoridad competente y legalidad de su actuación

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

4. EFECTOS JURÍDICOS MATERIALES Y PROCESALES

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

A. Aspectos de procedimiento

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

⁽¹²⁰⁾ RIVES SEVA: *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 91.

TALLER
"ACUERDOS PARA LA CELERIDAD EN LA TRAMITACIÓN
DE LOS PROCESOS PENALES"

"CONCLUSIÓN ANTICIPACIÓN DEL JUICIO ORAL"

EN: GACETA JURÍDICA. ACTUALIDAD JURÍDICA. *INFORMACIÓN ESPECIALIZADA
PARA ABOGADOS Y JUECES*. TOMO 178. SETIEMBRE 2008. PÁG. 166 - 167.

EXTRACTOS DE JURISPRUDENCIA

PROCESAL PENAL



CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL JUICIO ORAL



¿Qué es la conclusión anticipada del juicio oral?

La institución de la "conformidad" o conclusión anticipada del debate oral es un acto procesal que, en cuanto tal, da la posibilidad que sobre la premisa fáctica aceptada sea posible advertir alguna circunstancia de atenuación preceptiva, no valorada total o parcialmente por la acusación, y en su caso unos factores de individualización de la pena que el tribunal considere están presentes en el caso, con lo cual se determinará que los hechos imputados merecen una respuesta punitiva menos intensa (R.N. N° 5598-2006-Lima).



¿Cuál es el fundamento de la conclusión anticipada del juicio oral?

La institución de la conformidad o conclusión anticipada del debate oral tiene como presupuesto que el imputado acepte los hechos, tal como han sido propuestos por la Fiscalía, sin perjuicio que aquel —aceptando los mismos— pueda cuestionar la magnitud de la pena y la cuantía de reparación civil solicitada, lo que en todo caso, dentro de ese marco procesal de aceleramiento y simplificación de la justicia, puede merecer un debate más restringido sustentado en los elementos de convicción aportados durante el sumario judicial; que, sin embargo, en el caso de autos el imputado no aceptó el cuadro de hechos incorporado por el fiscal superior en la acusación escrita, base del contradictorio, por lo que sus argumentos basados en cómo ocurrieron los hechos penalmente relevantes y en la presencia de un error de tipo necesariamente requerían que el plenario se lleve a cabo en toda dimensión procesal, por lo que al haberse aceptado la conclusión anticipada se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el inciso uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales (R.N. N° 186-2006-Piura).



¿Cuáles son los presupuestos de la conclusión anticipada del juicio oral?

La conclusión anticipada del juicio oral, regulada por el artículo 5 de la Ley N° 28122 presupone que el imputado acepta íntegramente los hechos objeto de acusación fiscal o, en todo caso, aceptándolos, solo cuestiona la calidad y cantidad de pena o el monto de la reparación civil solicitada por el señor fiscal superior, sin introducir circunstancias no contempladas en la acusación que requieran actividad probatoria concreta; que, en el presente caso, el imputado y su defensa si bien admitieron las relaciones sexuales con la menor agraviada, introdujeron dos hechos adicionales —no incorporados en la acusación fiscal referentes al conocimiento de la edad de la víctima y, concurrentemente, al conocimiento de la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, que a su vez importan la alegación tanto de un error de tipo cuanto de un error de prohibición. Siendo así, al no satisfacerse las exigencias del artículo 5 de la citada ley, no debió concluirse anticipadamente el juicio oral, por lo que al haberse procedido en el modo descrito se ha incurrido en la causal de nulidad (R.N. N° 1302-2005-Arequipa).



¿En qué oportunidad es posible su aplicación?

Se declaró culpable de los cargos que se le imputan y se acogió a la conclusión anticipada del debate oral, lo que fue aceptado por su defensora; por tanto, habiéndose expresado una firme voluntad, libre, informada y con el asesoramiento correspondiente, de aceptar los cargos objeto de acusación fiscal, no es posible sostener tardíamente que de los cuatro atentados, que incluyen el conjunto de delitos y agravados anteriormente indicados, solo se intervino secundariamente en el primero de ellos y sobre esa base, y de su confesión, instar una rebaja de pena aún más beneficiosa que la impuesta por el tribunal de instancia; que, por consiguiente, la aceptación de los cargos es jurídicamente irreprochable —a la que se agregan las sindicaciones de varios de sus coimputados y el reconocimiento de, por lo menos, uno de los afectados— y el procedimiento seguido por la sala sentenciadora está

arreglado a lo estipulado en el artículo 5 de la Ley N° 28122 (R.N. N° 3370-2005-Lima).

Si bien en la oportunidad legalmente prevista el encausado rechazó la conclusión anticipada del debate oral, ello en modo alguno significa que en otros momentos procesales sea posible intentarla puesto que, en principio, debe entenderse que las preclusiones no son necesariamente absolutas, tanto más si la razón de ser de la institución analizada estriba en poner fin aceleradamente a un juicio; que para estos efectos debe tenerse en cuenta si el momento del sometimiento a la "conformidad"—terminación anticipada del debate oral— no desnaturaliza el normal cauce del procedimiento del juicio oral o si se persiguen objetivos contrarios a la meta de esclarecimiento del proceso o que vulneren el principio de moralidad o buena fe procesal (R.N. N° 3390-2005-Lima).



¿Para su aplicación es necesaria la identidad entre la acusación y la sentencia?

Si bien el imputado y su defensora en el acto oral se acogieron a la conclusión anticipada del debate oral, en esa misma sesión esta última señaló que se trataba de un delito de seducción por lo que solicitó se aplique la determinación alternativa; que, asimismo, en la sentencia recurrida se varió el hecho al introducir como dato nuevo que las relaciones sexuales se iniciaron tiempo después y fueron de mutuo acuerdo, lo que no es coincidente con los cargos formulados por el señor fiscal superior. En el presente caso no solo se trata de un cambio de tipificación por razones técnico-jurídicas —una desvinculación entre título acusatorio y título condenatorio sin modificación fáctica—, sino de una desvinculación radicada en la incorporación como hecho probado de un dato fáctico distinto: el consentimiento de la víctima y el inicio del acto sexual. Tal modificación no puede hacerse sorpresivamente y, menos, sin que se produzca el contradictorio; que la conclusión anticipada del juicio oral que da lugar a la sentencia respectiva tiene como presupuesto la identidad del hecho incorporado por la acusación con la sentencia, de suerte que si el cuestionamiento alternativo del imputado y

su defensora –como implícitamente fue planteada por aquella al hacer mención al delito de seducción– importa una afirmación de un curso fáctico distinto que, además, significa la aplicación de otro tipo penal, tal institución no resulta procesalmente viable y eficaz; que al procederse en la forma descrita se ha desnaturalizado la institución de la conclusión anticipada del debate oral e incurrido en la causal de nulidad (R.N. N° 4380-2005-Cusco).



¿Para su aplicación debe haber allanamiento de la pena y reparación civil?

Si bien el juicio oral concluyó anticipadamente con arreglo al artículo 5 de la Ley N° 28122, ello en modo alguno importa un allanamiento respecto a la pena y la reparación civil solicitada por el Ministerio Público o la parte civil en su caso (R.N. N° 2512-2004-Lima).



¿Qué principios rigen en la conclusión anticipada del juicio oral?

La conclusión anticipada del debate o juicio oral –donde rige el principio del consenso– se circunscribe básicamente a la aceptación del acusado de ser autor o partícipe del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil y la conformidad de su defensa técnica, lo que determina la prosecución o no del juzgamiento y la expedición inmediata de una decisión definitiva; esto es, la aceptación reconocida por la citada ley solo tiene como efecto procesal concluir el juicio oral y la expedición de una sentencia anticipada, teniendo el tribunal

la facultad de fijar la pena y reparación civil conforme a lo que corresponda (R.N. N° 730-2005-Arequipa).



¿Qué diferencias existen entre la conclusión anticipada del juicio oral y la terminación anticipada de la instrucción?

La conclusión anticipada de la instrucción se circunscribe a determinados tipos penales y a procesos simples, siempre que se presenten puntuales supuestos procesales, tales como flagrancia delictiva, investigación preliminar con la intervención del fiscal con suficiencia probatoria y confesión sincera, lo que se explica porque se tiende a limitar los actos de investigación judicial y, por ello, podría afectar la incorporación de fuentes de prueba y elementos de convicción; que, empero, en el caso de la conclusión anticipada del debate oral se privilegia la captación de los cargos por parte del imputado y su defensa –ella es la titular de esta institución–, cuya seguridad –de cara al principio de presunción de inocencia– parte de una instrucción cumplidamente actuada con sólidos elementos de convicción, y no impone límite alguno en orden al delito objeto de acusación o a la complejidad (R.N. N° 1766- 2004-Callao).



¿En los casos de conclusión anticipada del juicio oral debe plantearse y votarse las cuestiones de hecho?

En los casos de conclusión anticipada del juicio oral no cabe plantear y

votar las cuestiones de hecho a que se refiere el artículo doscientos ochenta y uno del Código de Procedimientos Penales, no solo porque la norma especial (artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós) no lo estipula de modo expreso, sino también porque el citado artículo doscientos ochenta y uno de la Ley Procesal Penal presupone una audiencia precedida de la contradicción de cargos y de una actividad probatoria realizada para verificar –rechazando o aceptando– las afirmaciones de las partes, que es precisamente lo que no existe en esta modalidad especial de finalización del procedimiento penal (R.N. N° 2206-2005-Ayacucho).



¿La nulidad indebida de auto de conclusión anticipada del juicio oral produce nulidad de juicio oral?

Aun cuando la sala por anuló indebidamente el auto que disponía la conclusión anticipada de la audiencia –en tanto que, como este supremo tribunal ya lo estableció mediante sentencia vinculante, el artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós no está sujeto a los límites de los artículos anteriores de dicho dispositivo legal–, ello no genera la nulidad del juicio y de la sentencia en tanto que el efecto de la referida resolución fue llevar a cabo el juicio con arreglo a sus pasos regulares, sin que se haya producido indefensión material (R.N. N° 884-2005-Arequipa).

TALLER
"ACUERDOS PARA LA CELERIDAD EN LA TRAMITACIÓN
DE LOS PROCESOS PENALES"

MEDINA TAPIA, RURIK J. "LA PRUEBA EN LA SENTENCIA DE
CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL JUICIO"

GACETA JURÍDICA. ACTUALIDAD JURÍDICA. *INFORMACIÓN ESPECIALIZADA
PARA ABOGADOS Y JUECES*. TOMO 176. JULIO 2008. PÁG. 177 - 181.

La prueba en la sentencia de conclusión anticipada del juicio ¿Puede el tribunal efectuar una valoración de las pruebas al expedir la sentencia una vez que el encausado acepta los cargos?

Rurik J.

MEDINA TAPIA^(*)

MARCO NORMATIVO:

- Ley sobre conclusión anticipada de la instrucción en procesos por delitos de lesiones, hurto, robo y microcomercialización de droga descubiertas en flagrancia con prueba suficiente e imputados sometidos a confesión sincera, Ley N° 28122 (16/12/2003): pássim.
- Código Procesal Penal de 2004: art. 372.
- Constitución Política: art. 139 inc. 3.

Uno de los problemas más álgidos y difíciles de solucionar por los órganos encargados de la administración de justicia, sin duda alguna, lo constituye la carga procesal⁽¹⁾. Esta sobrecarga laboral con la que tienen que lidiar a diario los diversos operadores de justicia —léase jueces, fiscales, secretarios, etc.— encuentra su explicación en que cada año ingresan muchos más casos en el Poder Judicial; y, aún cuando el Consorcio Justicia Viva, a través de una investigación realizada por el economista Wilson Hernández Breña⁽²⁾, sostenga que "(...) en relación a la carga procesal se ha tenido como verdaderas percepciones que, en realidad, son solo mitos. Mitos que, considerados en las políticas de reforma, no hacen sino esquivar una solución real al problema (...) "⁽³⁾, lo real y concreto es que el crecimiento de los índices delictivos y la falta de creación de nuevos juzgados, traen como consecuencia el incremento de los procesos en trámite, sin visos de solución a corto plazo⁽⁴⁾.

Lo descrito ha ocasionado que en la actualidad la justicia penal peruana esté atravesando por una crisis sin precedente alguno, la misma que, al parecer, no tiene visos de solución a corto plazo; y, lo peor es que esta situación se agrava con los índices de sobrepoblación penitenciaria y el clamor de la ciudadanía que no ve cubierta sus expectativas respecto de la obtención de justicia⁽⁵⁾.

Esta problemática, en palabras de Peña Cabrera y Frisancho Aparicio, "(...) ha producido un desencantamiento, desconfianza y descrédito en la ciudadanía producto de la lentitud, inoperancia e ineficacia de los tribunales de justicia ante la sobrecarga procesal que abruma su

TEMA DE DISCUSION

La introducción de mecanismos de negociación al interior del proceso penal comporta en algunos casos la renuncia por parte del inculpaado a las garantías previstas para la imposición de una sanción penal. En el caso de la conclusión anticipada del juicio, el autor señala que, al renunciar el imputado a la presunción de inocencia que le asiste aceptando los cargos formulados por el Ministerio Público, debe ceñirse el tribunal a expedir sentencia con arreglo a los hechos que sustentan la acusación del Ministerio Público y que han sido aceptados por el procesado, encontrándose impedido de corroborarlos a través de la valoración de los medios de prueba colectados.

tarea de administrar justicia criminal (...) "⁽⁶⁾.

El mismo autor sostiene que el fenómeno de la sobrecriminalización revela, dentro del sistema de justicia penal, un problema de capacidad: la demanda crece sin cesar mientras la oferta se reduce⁽⁷⁾.

Ante este panorama crítico, el Estado ha procurado paliar el problema a través de

una redefinición del rumbo político-criminal, y sobre la base de una corriente despenalizadora flexibiliza el principio de legalidad y crea un marco legal propicio para introducir mecanismos de consenso o llamados también "Justicia Penal Negociada o Consensuada", que importa instituciones de terminación anticipada propios del proceso civil, que se rige bajo el principio dispositivo. Se produce entonces una tendencia a la privatización

(*) Fiscal Adjunto Superior en lo Penal del Distrito Judicial de Lima.

(1) Una noticia reciente, propalada por diversos medios de comunicación, nos informa que "(...) La carga procesal en el Poder Judicial es de tres millones de expedientes anuales, cuyo índice de resolución es del 80 por ciento, reveló el gerente general de este poder del Estado, Hugo Suero Ludeña, durante una reunión regional para definir el proyecto de presupuesto institucional del 2006 (...)". (En http://www.rpp.com.pe/portada/politica/2859_1.php. Consulta efectuada el 5 de noviembre de 2007).

(2) Publicación que lleva por título: "13 mitos sobre la carga procesal. Anotaciones y datos para la política judicial pendiente en la materia".

(3) En página web de Justicia Viva. http://www.justiciaviva.org.pe/noticias/2007/octubre/25/para_desmitificar.htm (Consulta realizada el 5 de noviembre de 2007).

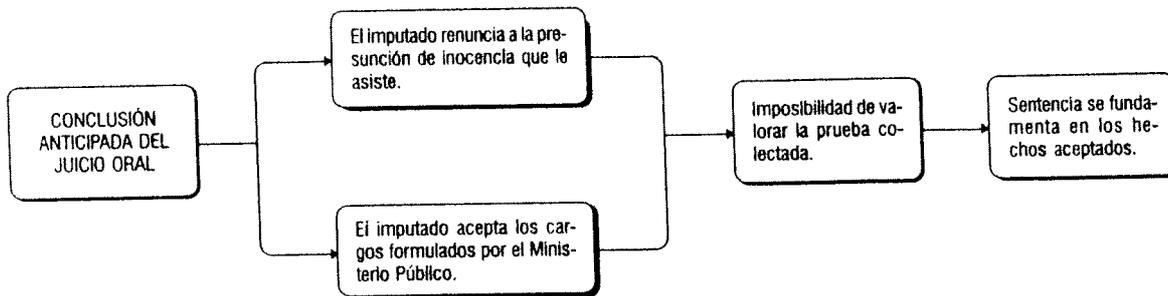
(4) Sobre este tópico, Gabriela Córdoba, nos dice: "(...) Actualmente asistimos a una eminente crisis de la justicia criminal, la inflación sufrida universalmente por el Derecho Penal y, como consecuencia de ello, la sobrecarga de trabajo de las autoridades encargadas de la persecución han afectado en forma esencial al Derecho Procesal Penal. En efecto, estas circunstancias han provocado una excesiva duración de los procedimientos penales y, en algunos casos, una complejidad extrema de ellos (...)". Citada por PEÑA CABRERA Raul F. y FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Terminación anticipada del proceso: principio de oportunidad, colaboración eficaz y arrepentimiento*. Jurista Editores. Primera edición. Lima, Perú, octubre de 2003, p. 11.

(5) Una frase de viejo cuño, nos dice que: "Justicia que tarda no es justicia"; otra, que pretende paliar esta óptica negativa, nos informa que: "La justicia tarda pero llega". Sin embargo, el clamor popular exige solución inmediata a los conflictos o, en su defecto, la solución de los mismos dentro de un plazo razonable.

(6) PEÑA CABRERA, Raul y FRISANCHO APARICIO, Manuel. Ob cit., p. 11.

(7) Ídem. p. 11.

CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL JUICIO ORAL



de ciertos aspectos del Derecho Penal que significan una transformación en el marco de las categorías tradicionales del Derecho Penal⁽⁸⁾. De ese modo se produce una cierta declinación del principio acusatorio así como el desplazamiento de una verdad material a una verdad formal, a la cual se arriba mediante el consenso entre ambas partes intervinientes, iniciándose formalmente con la admisión de culpabilidad por parte del imputado y que puede finalizar en la obtención de una atenuación de la pena hasta su exención.

Al respecto, nos dice Herrera Velarde, que la negociación (conocida en los Estados Unidos como *plea bargaining*), "(...) es una de las figuras que por excelencia adquieren importante cabida dentro de un sistema adversarial (...) es una figura del modelo anglosajón que resulta manifestarse como la más conveniente para llevar un proceso rápido, justo y eficiente, buscando que la Administración de Justicia ocupe más recursos en los otros casos que no tienen acuerdo entre las partes. Las bondades de esta figura se aprecian desde varios puntos, así como lo señala José de los Santos Martín Ostos al sostener que existe un real beneficio para cada uno de los sujetos que se ven involucrados directa o indirectamente en la comisión de un delito, de este modo, para el acusado (ahorro económico, no coste psíquico y social del proceso, evita efectos secundarios, limita la discrecionalidad del Tribunal en la pena, obtiene con rapidez una pena más corta), para el Ministerio Público (mejor dedicación a otros asuntos), abogado (lo mismo, además de conseguir un buen acuerdo para su defendido), sociedad (ahorro económico, evita riesgo de la absolución de un culpable además de la resolución pronta y eficaz de un proceso, sin olvidar que la colaboración de un imputado puede servir para perseguir otros delitos) y, finalmente, para la propia Administración de Justicia (disminuye el volumen de asuntos en los órganos judiciales a la par que goza del comentario beneficio social en particular) (...) "⁽⁹⁾.

Sin embargo, los mecanismos de consenso que forman parte de lo que se conoce como "Justicia Penal Negociada" han merecido críticas por parte de sus detractores, quienes sostienen que la admisión de culpabilidad implica una renuncia a la presunción de inocencia⁽¹⁰⁾ como garantía fundamental de un proceso penal regido por el modelo acusatorio, pues dentro del procedimiento prima un acuerdo que carece de las garantías procesales propias de un juicio oral público y contradictorio⁽¹¹⁾; en el mismo sentido, sostienen otros, que el principal obstáculo que podría enfrentar la negociación en materia procesal penal consiste en que, en el evento de un acuerdo, el implicado se declara culpable, lo que, en alguna

forma, haría colegir la vulneración del derecho a no autoincriminarse⁽¹²⁾, que si bien no se encuentra reconocido expresamente en la Carta de 1993, sí lo está en los tratados internacionales ratificados por el Perú⁽¹³⁾; además de ello, debe tenerse en cuenta que se trata de un derecho fundamental de orden procesal que forma parte de los derechos implícitos que conforman el derecho al debido proceso penal, este último reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución⁽¹⁴⁾.

No obstante ello, aunque pudieran oponerse muchas alegaciones en contra de la confesión negociada, como lo grafica Richard Possner en su "Análisis Económico

(8) La adopción de una justicia negociada ha merittuado la transposición de mecanismos de consenso propios de la rama civil, una especie de superposición del Derecho privado sobre el Derecho Público, sin que aquello suponga una privatización de la justicia criminal, ya que aquello supondría socavar las garantías que emanan de la naturaleza eminentemente pública del Derecho penal como fruto del moderno Estado de Derecho.

(9) HERRERA VELARDE, Eduardo. ¿Estamos preparados para el sistema adversarial?. En: <http://www.estudiolinares.com/news.php?n=24> (Consulta: 12 de diciembre de 2007).

(10) Principio del que se desprende que el acusado no tiene por qué aportar prueba en su contra así como de autoincriminarse; sin embargo, ello no conduce a afirmar que él mismo no pueda contraargumentar la acusación y aportar las pruebas necesarias que demuestren su inocencia o la insuficiencia de pruebas por parte del ente acusador.

(11) La contradicción infiere que las partes tengan oportunidad de ser oídas antes de la decisión jurisdiccional capaz de afectar sus intereses jurídicos y por consiguiente, la posibilidad de fiscalizar la actividad judicial o de la parte contraria, o de refutar los argumentos que le afecten. En otros términos, la posibilidad de hacer llegar ante el Juzgador la voz de sus razones, y posibilidad de fiscalizar el ingreso en el proceso de toda prueba o de toda argumentación que tienda a demostrar su culpabilidad (si es el imputado), o la falta de derecho para reclamar la indemnización que persigue (actor civil), o su responsabilidad civil (civilmente responsable).

(12) Sobre este punto, merece comentario la posición adoptada por la Corte Suprema de los Estados Unidos; que aprovechando el caso de Robert M. Brady (quien al ser acusado de secuestro y ante la posibilidad de ser condenado a muerte, en la respectiva audiencia se declaró no culpable, pero después de enterarse que su copartícipe había confesado el crimen y estaba dispuesto a testificar, acordó con la Fiscalía declararse culpable a cambio de una pena que terminó siendo de treinta años de prisión; pero, posteriormente invocando la acción constitucional de hábeas corpus buscó remedio para su situación argumentando que se había declarado culpable en forma no voluntaria dado que lo hizo coaccionado por la presión indebida de su abogado), estableció que "el hecho de que una ley desalentara a los procesados de insistir en su inocencia y de demandar un juicio por jurado, no implicaba que todos los acusados que aceptaran su culpabilidad actuaban contrariando su voluntad. Dejó claro, eso sí, que una declaración de culpabilidad es un acto serio y solemne, que para ser aceptado requiere de cuidado y discernimiento; de ahí que un aspecto esencial de la declaración de culpabilidad sea que el procesado admita ante la corte competente que él cometió los delitos por los cuales se le acusa; él obra en tal ocasión como un testigo contra sí mismo. Puntualizó la corte que la renuncia a un derecho constitucional, como el derecho a un juicio, además de ser voluntaria, debe ser hecha en forma consciente con comprensión suficiente de las consecuencias relevantes en tal evento. Es igualmente imperativo que quien se declara culpable esté asistido por un abogado". (MUNOZ NEIRA, ORLANDO. *Sistema Penal Acusatorio de Estados Unidos*. Primera Edición. Legis Editores S.A. Colombia. 2006. pp. 212-213).

(13) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14, inciso 3, parágrafo g); Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8, inciso 2, parágrafo g).

(14) Así lo tiene establecido el Tribunal Constitucional peruano en reiterada jurisprudencia. Así, la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional de 9 de agosto de 2006 (Proceso de Inconstitucionalidad, Expediente N° 003-2005-P1/TC). Precisando, el Tribunal, en dicha Sentencia que "Su condición de derecho implícito que forma parte de un derecho expresamente reconocido, también se pueda inferir a partir de la función que los tratados internacionales en materia de derechos humanos están llamados a desempeñar en la interpretación y aplicación de las disposiciones por medio de las cuales se reconocen derechos y libertades en la Ley Fundamental (IV Disposición Final y Transitoria)".

del Derecho⁽¹⁵⁾, los beneficios señalados anteriormente se traducen objetivamente en una marcada inclinación a favor de utilizar este tipo de mecanismos para solucionar las controversias penales. Apoyados en esta aseveración, pensamos que la negociación debe abrirse necesariamente paso como una de las manifestaciones esenciales del sistema adversarial, así como para convertirse en una adecuada manera de solucionar las controversias, logrando acercarse a la tan ansiada paz social y finalmente a la justicia.

Luego de esta especie de nota introductoria, y ya abordando el tema en sí, podemos señalar que en nuestro país, como un paliativo o alternativa de solución para la problemática descrita, con fecha 16 de diciembre de 2003 fue promulgada la Ley N° 28122 (Ley sobre conclusión anticipada de la instrucción en procesos por delitos de lesiones, hurto, robo y microcomercialización de droga, descubiertos en flagrancia con prueba suficiente o imputados sometidos a confesión sincera). Este dispositivo encuentra su núcleo fundamentador en la llamada justicia consensuada o negociada, o de justicia contratada, donde el acuerdo entre las partes, cada una optando libremente entre varios caminos, es central.

La referida ley posibilita a los jueces penales adoptar criterios específicos en aquellos casos en los que es posible ahorrarse tiempo y recursos cuando concurren la flagrancia la confesión sincera o prueba suficiente. Consideramos de suma importancia, la decisión adoptada por nuestros legisladores, máxime, si se tiene en cuenta que la agilidad durante los juicios es un elemento importante para el buen funcionamiento del sistema penal, lo cual sin duda genera mayores beneficios no solo a los litigantes, sino también a los inculpados.

Para los efectos de este artículo, me referiré al mecanismo de negociación establecido en el art. 5 de la Ley N° 28122⁽¹⁶⁾, dispositivo que faculta a los vocales de determinada sala superior, dar por concluido el proceso del juicio oral si el imputado se acoge a la confesión sincera⁽¹⁷⁾; básicamente, abordaré el tema referido a la valoración de las pruebas por parte del colegiado. En este punto y previo a desarrollar el tema en sí, considero necesario establecer una diferenciación, precisando que en la etapa de instrucción, la Ley de Conclusión Anticipada se emplea en el juzgamiento de los delitos de lesiones, leves y graves; hurto, simple y agravado; robo y robo agravado y; microcomercialización o microproducción de drogas; mientras que durante el juicio oral se aplica a cualquier delito gracias al precedente vinculante, precisado en la Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Permanente de fecha 21 de setiembre del año 2004⁽¹⁸⁾. Nos informa esta sentencia, que la citada ley, más allá de lo limitado y

parcial de su denominación oficial, en puridad comprende dos institutos procesales penales: la conclusión anticipada de la instrucción (artículos uno al cuatro) –a la que hace mención el título de la ley– y la conclusión anticipada del debate o del juicio oral (artículo cinco), que aunque a estar ambas vinculadas al principio de celeridad o aceleramiento de la justicia penal se diferencian en que en este último supuesto rige básicamente el principio del consenso, dado que la decisión del imputado y su defensa es determinante para dar inicio al procedimiento de conclusión anticipada del debate o juicio oral.

Es pertinente acotar que el Instituto de Conclusión Anticipada del Juicio se encuentra regulado, también, en el nuevo Código Procesal Penal (vigente a la fecha en los Distritos Judiciales de Huaura y La Libertad, conforme lo establecido por el Decreto Supremo N° 005-2007-JUS que modifica el Calendario Oficial de Aplicación Progresiva de dicho Código; dispositivo publicado el 5 de mayo de 2007), haciendo la atinencia de que el artículo 372 de este cuerpo normativo mantiene la base institucional de la Ley N° 28122 y "(...) si bien no le acuerda un nombre determinado el apartado 5) menciona expresamente el vocablo "conformidad" refiriéndose a esta institución. Por lo demás, la nueva norma desarrolla con más cuidado los supuestos de **conformidad parcial** –cuando el imputado y su defensa no están de acuerdo con la cuantía de la pena o de la reparación civil– y, a su vez, permite una posibilidad transaccional entre fiscal e imputado respecto a la pena y la reparación civil, que es lo que se denomina "conformidad negociada (...)"⁽¹⁹⁾.

Como ya lo he señalado, el propósito de este artículo consiste en determinar si le está permitido o le está vedado al colegiado efectuar una valoración –o, si se quiere, valorización– de las pruebas acopiadas durante el transcurso del proceso de investigación, previas al juicio oral (las recopiladas por la policía en

la investigación preliminar y las acopiadas por el juez o vocal instructor en la fase de instrucción); es decir, si la Sala Superior Penal, o la Sala Suprema Penal en determinados casos, pueden valorar dichas pruebas. Nace la interrogante a raíz de dos sentencias de la Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima que tuvo ocasión de revisar.

La primera de ellas, del 18 de junio de 2007 que, en la parte que nos interesa (segundo y décimo considerandos), dice lo siguiente:

"(...) **Segundo:** Que, ante tales imputaciones, el procesado (...) se declaró culpable, acogiendo a la Terminación Anticipada del Debate Oral, para lo cual expresó su conformidad con los términos de la acusación fiscal; que consultado el señor Fiscal de tal acogimiento manifestó su conformidad (...) **Décimo:** (...) la sentencia condenatoria debe fundarse en suficientes elementos que acrediten de manera clara e indubitable la responsabilidad del acusado, por lo que a falta de tales requisitos procede la absolución, (...) **no resultando óbice para tal decisión jurisdiccional el acogimiento del encausado Torres Rupay a la Conclusión Anticipada del Juzgamiento, dado que la misma para dar lugar a una sentencia condenatoria, requiere de la corroboración probatoria de los cargos aceptados,** conforme lo exige el numeral ciento treintiséis del Código de Procedimientos Penales, el cual en la presente causa respecto del antes referido resulta negativo; máxime si la presunción de inocencia no se desvanece con la sola confesión o autoinculpación del procesado, ya que **es necesario que el proceso se lleve a cabo la actuación de prueba material idónea que corrobore indubitablemente la comisión del delito y la responsabilidad penal del acusado (...)**"⁽²⁰⁾ (las negritas son nuestras).

(15) POSSNER, Richard. *El análisis económico del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México D.F., México, 2000. pp. 527-530; citado por Eduardo Herrera Velarde en su artículo ¿Estamos preparados para el sistema adversarial?

(16) Supuesto en el que rige, básicamente el principio de consenso, dado que la decisión del imputado y su defensa es determinante para dar inicio al procedimiento de conclusión anticipada del debate o juicio oral (Ejecutoria de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, su fecha 21 de setiembre de 2004).

(17) En la etapa del juicio oral, una vez que el tribunal verifica la asistencia de las partes procesales, da por instalada la audiencia. En seguida, pide que el fiscal presente los cargos contra el encausado, y si este acepta ser el autor del delito y a la vez se acoge a la confesión sincera, la sala declarará la conclusión anticipada del debate oral y procederá a emitir sentencia.

(18) Nos dice esta Ejecutoria en su tercer considerando: "(...) de suerte que el artículo cinco –precisamente por tratarse de una institución procesal autónoma y distinta de la anterior– no impone límite alguno en orden al delito objeto de acusación o a la complejidad del proceso ni remite su aplicación a las exigencias de los artículos uno y dos; que, asimismo, es de aclarar que cuando el artículo cinco hace mención a la "confesión sincera", en rigor nos remite al numeral uno de dicha norma que por tal expresión, a estos solos efectos –aunque dogmáticamente cuestionable– entiende únicamente aceptar en ese trámite ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil, de modo que en este caso tampoco cabe concordarlo necesariamente con el artículo ciento treinta y seis del Código de Procedimientos Penales o con el artículo uno, numeral tres, de la citada ley (...)", para más adelante, en su sexto considerando, agrega: "(...) dado el carácter general de interpretación de los alcances del artículo cinco de la ley veintiocho mil ciento veintidós como institución procesal penal aplicable a toda clase de delitos sujetos al proceso penal ordinario, (...)".

(19) SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. "La Conformidad o conclusión anticipada del debate oral". En: http://www.pj.gob.pe/docinteres/2006/otros/CESAR_SAN_MARTIN_270406.pdf (Consulta: 12 de diciembre de 2007).

(20) Sentencia de la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el Expediente número 588-06, su fecha 18 de junio de 2007 (OD. Ponce de Mier).

La segunda sentencia, su fecha 18 de setiembre de 2007, señala en su segundo y tercer considerandos:

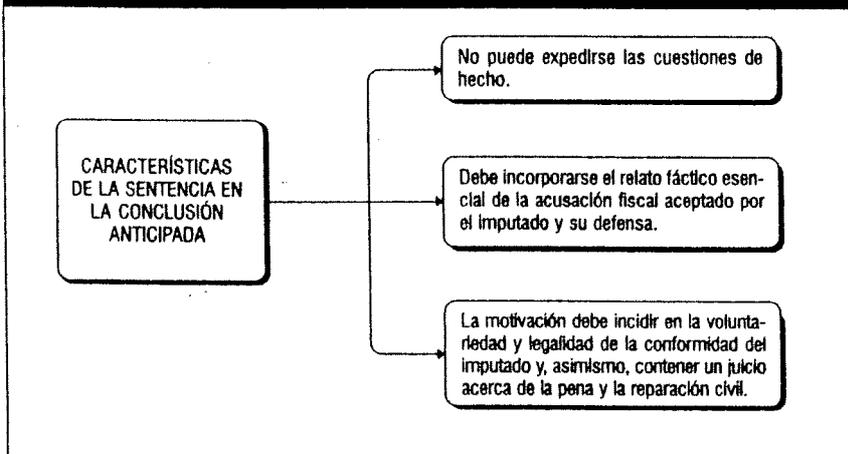
"(...) Segundo: (...) los procesados al ser exhortados por el señor Director de debates, al inicio de la audiencia pública, para que contesten con la verdad acerca de su responsabilidad en los hechos materia de imputación, han aceptado los cargos en su contra respecto a todos los extremos de la acusación escrita emitida por el Representante del Ministerio Público, por lo que se ordenó que se declare la Terminación Anticipada del Debate Oral conforme a los alcances de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós; (...) Tercero: Que, si bien los acusados han aceptado la comisión del ilícito, sin embargo ello no releva al Colegiado de la valoración respectiva de las pruebas que corroboren su actuar criminal y responsabilidad penal en el evento delictivo puesto que la sola aceptación de los cargos por parte de los mismos no es suficiente para emitir una sentencia condenatoria. Frente a ello, se tiene que la actuación y responsabilidad de los acusados se encuentra corroborada con los siguientes elementos de prueba: (...)"⁽²¹⁾ (las negritas son nuestras).

En la primera de las sentencias que se citan, se falla absolviendo al encausado de los cargos formulados en su contra por delito de robo agravado; a su vez, en la segunda sentencia se condenó al acusado por el mismo delito en grado de tentativa; sin embargo, se le impuso una pena muy por debajo de la propuesta por el Ministerio Público.

Como es de verse, en ambas sentencias, el Tribunal efectúa una valoración de la prueba con la finalidad de —como reza textualmente la primera de las resoluciones— realizar la "corroboración probatoria de los cargos aceptados".

Considero incorrecta la decisión del Órgano Jurisdiccional; toda vez que, de acuerdo a lo aceptado por la doctrina en forma pacífica, "(...) para que algo sea considerado como una Prueba válida de cargo o de descargo sobre la culpabilidad o no del acusado, se requiere (...), que sea pedida, ordenada, practicada e incorporada en el juicio solamente y ante los Tribunales Penales, salvo las consideradas como pruebas urgentes o anticipos jurisdiccionales de prueba (...)"⁽²²⁾ (las negritas son nuestras); es decir, que solo es prueba lo que se hace en juicio público y oral, salvo el caso, por ejemplo, de la prueba preconstituida, entre otros expresamente admitidos por la norma adjetiva. Por consiguiente, toda prueba que quebrante esta garantía, no tendrá validez alguna para fundamentar la acusación fiscal, menos para producir la convicción del Tribunal en la sentencia.

CARACTERÍSTICAS DE LA SENTENCIA EN LA CONCLUSIÓN ANTICIPADA



En el mismo sentido, nos dice Eugenio Florián: "(...) si se le considera dentro del proceso penal, la prueba se presenta por un doble aspecto fundamental, y así puede hablarse de ella, en un sentido amplio, para designar el concepto de lo que se comprueba en el juicio, y también en un sentido propio, restringido y específico, para indicar el concepto de lo que se comprueba en el juicio con medios idóneos de prueba procesalmente establecidos. Es bien sabido que la comprobación puede conseguirse en el juicio penal aun sin el auxilio de especiales medios probatorios (...)"⁽²³⁾ (las negritas son nuestras).

Ertonces, al expedir la sentencia anticipada, no procede efectuar la valoración de las pruebas que, hasta el momento en que el acusado aceptó los cargos, se hubiesen acoplado, y, la razón de esto radica, precisamente, en los fundamentos teóricos que ya he expuesto; es decir, no habiéndose realizado el juicio como consecuencia de la aceptación de cargos, mal puede el juzgador efectuar una ponderación, valoración o corroboración de los hechos a través de las "pruebas" recogidas durante las actuaciones previas al juicio.

Sobre este aspecto, resulta conveniente traer a colación lo señalado en una Ejecutoria de la Corte Superior de Justicia de Lima, cuando sostiene que "(...) La valoración de pruebas es una actividad que corresponde a la fase de sentencia, luego del debate que, en el juicio, debe seguir a la sustentación de

la pretensión punitiva (...)"⁽²⁴⁾. Nótese que la posición del Colegiado, coincide con la exposición doctrinaria arriba reseñada, es decir que la valoración de la prueba se realizará una vez culminado el contradictorio (debate) en juicio público, que tiene por finalidad establecer si la pretensión punitiva del ente acusador (Ministerio Público) se encuentra debidamente probado; o, si en defecto de ello, los argumentos de defensa del encausado terminan por desvirtuar la tesis fiscal.

Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 de la Ley N° 28122, producida la conformidad (aceptación de cargos), la sentencia se dictará en la misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho horas, bajo sanción de nulidad. Quiere esto decir que, cuando el órgano jurisdiccional se enfrente a la conformidad, tiene que partir de los hechos expuestos por el Ministerio Público en la formulación de cargos (lo que en la práctica se conoce, también, como "presentación de cargos") como de la calificación que de ellos ha efectuado al formularlos (tipificación del delito que será materia de juicio); "(...) Y no puede ser de otra forma, señala Calvo Sánchez, puesto que al no haberse producido la práctica de la prueba la alteración de los hechos consensuados supondría una quiebra del principio acusatorio (...)"⁽²⁵⁾.

De otro lado, refiriéndonos específicamente a una de las sentencias citadas (la que concluye absolviendo al acusado), es pertinente acotar que, si de acuerdo a

(21) Sentencia de la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el Expediente número 467-05, su fecha 18 de setiembre de 2007 (DD. Vigo Zevallos).

(22) En: www.monografias.com (Consulta: 18 de diciembre de 2007).

(23) FLORIÁN, Eugenio. *De las pruebas penales*. Tomo I: De la Prueba en General. Cuarta reimpresión de la tercera edición. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2002. p. 45.

(24) Corte Superior de Justicia de Lima, primera sala penal especial (C.II - 19.a), Inc. 19 - 2006. Resolución N° 06, su fecha 2 de abril de 2007.

(25) CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen. *Procedimiento abreviado: Lagunas y dificultades interpretativas*, citada por RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás *El consenso en el proceso penal español*, José María Bosch Editor, S.L. Primera edición. Barcelona, España. 1997. p. 178.

lo hasta aquí expuesto el Tribunal se encuentra vinculado a los hechos que suscita los cargos expuestos por el Ministerio Público y, que a su vez, han sido aceptados por el encausado al expresar su conformidad; mal puede concluir absolviéndolo de la acusación fiscal (como sucede en dicha sentencia), pues ello "(...) supone un desbordamiento inadmisibles de los principios inquisitivo y de oficialidad sobre una institución que precisamente se basa en los opuestos a ella, es decir, en el acusatorio y el dispositivo; además, habría que preguntarse en qué se puede fundar el Tribunal para apartarse de la calificación mutuamente aceptada, cuando los datos del sumario no constituyen prueba, salvo excepciones, y las del juicio oral no se practica en tal supuesto, y cuando faltan asimismo el debate final entre las partes y toda facultad judicial para ordenar diligencias de prueba por su cuenta (...)">(26). (las negritas son nuestras).

Mediante la conformidad, el imputado renuncia a la presunción de inocencia y a los derechos instrumentales de su defensa, tales como la celebración o, mejor dicho, continuación de un juicio con práctica de pruebas y debates, lo que importa una abreviación del procedimiento en interés de la economía procesal; radicando allí, precisamente, el sustento de mi posición (que el tribunal está vedado de efectuar una valoración de prueba en el acto de expedición de sentencia); pues, al no haberse practicado prueba en juicio público, no le es posible al Órgano Jurisdiccional controlar la suficiencia de pruebas de cargo, toda vez que "(...) la conformidad obvia esa exigencia al importar una renuncia a la presunción de inocencia, cuya legitimidad viene dada por la libre y consciente voluntad del acusado de hacerlo. Toda carencia de prueba

queda colmada con el reconocimiento del imputado, advertido su derecho a no declararse culpable. Tal análisis del tribunal, enfatiza Moreno Catena, por muy pro reo que pueda ser, deja en entredicho la ulterior imparcialidad del tribunal; se produciría un prejuiciamiento, sin juicio oral contradictorio, que bien puede hacer temer a la acusación el fracaso de sus pretensiones o, al menos, la predisposición del juzgador para desestimarlas (...)">(27).

El profesor César San Martín nos dice que al expedir la sentencia conformada, el tribunal debe observar lo siguiente(28):

- a) No cabe la expedición de cuestiones de hecho (pues, habiendo el imputado renunciado al derecho a realizar una actividad probatoria contradiciendo los hechos que integran la pretensión del acusador público, exonerándolo de la carga de probarlos en juicio, que precisamente es un ámbito de la presunción de inocencia, entonces, no es dable expresar un veredicto sobre los hechos que solo tiene sentido cuando estos han sido materia de contradicción);
- b) En la sentencia debe incorporarse en sus rasgos esenciales, sin desnaturalizarlos, el relato fáctico descrito en la acusación fiscal y aceptado por el imputado y su defensa; y,

- c) La motivación debe incidir en los ámbitos propios del control judicial de la conformidad: voluntariedad y legalidad de la conformidad –subsunción normativa–, así como debe contener un juicio sobre la medición de la pena y la reparación civil. No es pertinente que el tribunal desarrolle un juicio histórico, acompañándolo con las pruebas o actos de investigación que justifican los hechos imputados, precisamente porque la conformidad importe una renuncia a la presunción de inocencia.

De todo lo expuesto, concluyo señalando que al producirse la admisión de cargos por parte del procesado (con arreglo a lo establecido en el art. 5 de la Ley N° 28122), se excluye la necesidad de tenerlos que probar; y, no habiéndose actuado prueba alguna, al haberse truncado, precisamente, la prosecución del juicio oral (público y contradictorio, en donde en rigor se actúan los medios probatorios ofrecidos por el ente acusador y la defensa), debe ceñirse el tribunal a expedir sentencia con arreglo a los hechos que sustentan la acusación del Ministerio Público y que han sido aceptados por el procesado, encontrándose impedido de corroborarlos a través de la valoración de medios de prueba.

(26) ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *El allanamiento en el proceso penal*. Citado por RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. Ob. cit. p. 188.

(27) SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. *La conformidad o conclusión anticipada del debate oral*. En: http://www.pj.gob.pe/doc/interesa/2006/otroa/CESAR_SAN_MARTIN_270406.pdf (Consulta: 27 de diciembre de 2007).

(28) Ídem.

TALLER
“ACUERDOS PARA LA CELERIDAD EN LA TRAMITACIÓN
DE LOS PROCESOS PENALES”

“CONFESIÓN SINCERA”

GACETA JURÍDICA. ACTUALIDAD JURÍDICA. *INFORMACIÓN ESPECIALIZADA*
PARA ABOGADOS Y JUECES. TOMO 170. ENERO 2008. PÁG. 166.

EXTRACTOS DE JURISPRUDENCIA

PROCESAL PENAL



CONFESIÓN SINCERA



¿Qué es la confesión sincera?

La confesión sincera es la declaración del imputado en la que reconoce ser autor o partícipe de un delito o falta, prestada espontánea, veraz y de modo coherente, ante una autoridad competente y con la formalidad y garantías correspondientes (R.N. N° 2515-98-Lima, del 05/08/1998).

La confesión sincera es el acto por el cual el sujeto a quien se le imputa el hecho punible, acepta o narra haber participado en el mismo, en forma libre, espontánea, coherente y veraz. Es una atenuante de orden procesal establecida en el artículo ciento treintiséis del Código de Procedimientos Penales (R.N. N° 1462-2003-Huánuco, del 26/08/2003).

La confesión sincera como atenuante de orden procesal está constituida en la declaración del imputado en la que reconoce ser autor o partícipe de un delito o falta, prestada en forma espontánea, oportuna, veraz, coherente y uniforme ante una autoridad competente y con las formalidades y garantías correspondientes, que tiene sustento legal en el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Ley N° 24388 (R.N. N° 192-2004-Santa, del 24/05/2004).



¿Cuál es la justificación del beneficio de confesión sincera?

El confeso se hace acreedor no de una atenuante por un menor injusto o una menor culpabilidad, sino a un beneficio que opera como reducción de la penalidad y que se justifica por la ayuda que aquél ofrece, con su confesión debidamente sustentada, a la eficiencia de la administración de justicia (R.N. N° 3421-2004-Lima, del 17/01/2005).



¿Qué sucede si hay multiplicidad de versiones?

Las diferentes versiones brindadas por el encausado en la secuela del proceso no pueden ser consideradas como confesión sincera, ya que este incurre en una serie de contradicciones, negando los cargos en un lugar y aceptándolos en otro, por lo que estos últimos a lo sumo pueden ser considerados como mera

admisión o adjudicación de cargos que no surten los efectos de una confesión sincera para reducir la pena por debajo del mínimo legal (R.N. N° 2681-97-Lima, del 04/03/1998).

Si bien el acusado reconoce los cargos formulados en su manifestación policial y en su declaración instructiva, tal reconocimiento no puede surtir los efectos de la confesión sincera, por cuanto en el Interrogatorio del juicio oral negó la imputación, indicando que nunca vioió a la agraviada; por lo que, al no ser uniforme ni coherente, devienen en inatendibles sus agravios (R.N. N° 304-2004-Huánuco, del 10/06/2004).

El encausado puede haber admitido la imputación del Ministerio Público; sin embargo, no existe coherencia sobre las circunstancias que acompañaron a la agresión sexual si en la instructiva refiere que obligó a la víctima a yacer sexualmente en un número de ocasiones, pero al ser examinado en el juicio oral refiere que mantuvo relaciones con el menor en menos ocasiones. Al no apreciarse uniformidad y persistencia en su declaración, no se configura la confesión sincera (R.N. N° 340-2005-Ica, del 25/04/2005).



¿Qué ocurre en el caso de existir suficiencia probatoria?

La facultad de atenuación de la pena a mérito de la confesión sincera, solo es posible de ejercitarse si la prueba de cargo es de carácter indiciario y no cuando las pruebas son de tal magnitud que llevan a la plena certeza de la culpabilidad del encausado, siendo irrelevante que sea o no confeso (R.N. N° 1742-2003-Cañete, del 06/10/2003).



¿Qué ocurre en el caso de flagrancia delictiva?

Si bien los inculcados reconocen su participación en el hecho delictivo, dichas declaraciones no son consideradas como confesión sincera, y por tanto, no generarán beneficios en los acusados, ya que estos fueron aprehendidos cuando intentaban fugarse del lugar de los hechos, es decir, cuando habían sido descubiertos en flagrancia delictiva (R.N. N° 261-99-Lambayeque, del 26/03/1999).

No debe aplicarse lo dispuesto por el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales sobre la confesión sincera, por haberse colaborado desde la etapa policial, si el agente fue intervenido en flagrancia; y aunado a que en el juicio oral

haya tratado de evadir sus responsabilidades, variando lo declarado; por lo tanto no se lo puede considerar confeso para efectos de rebaja de pena, ya que dicha atenuante procesal debe ser uniforme, total y espontánea (R.N. N° 3416-2002-Loreto, del 03/03/2003).



¿Cómo se aplica en la determinación de la pena?

La confesión sincera no obliga al juzgador a aplicarla como un acto premial para atenuarle la pena al acusado, sino para adecuar la penalidad a su personalidad criminal y la agravante incurrida (Exp. N° 6964-95-Lima, del 31/07/1996).

El artículo ciento treintiséis del Código de Procedimientos Penales establece el beneficio de la confesión sincera para los efectos de la disminución de la pena por debajo del mínimo legal, concordante con el artículo cuarentiséis del Código Penal; que señala que la determinación de la pena es potestativo del juzgador, de acuerdo a las circunstancias de la perpetración del evento antijurídico; que, en cuanto a la calificación de la confesión, es necesario que esta sea sincera, como lo exige la ley, vale decir que sea espontánea, veraz y uniforme y que demuestre arrepentimiento (R.N. N° 3737-2002-Cusco, del 27/02/2003).



Para aplicar los beneficios de la confesión sincera, ¿se requiere brindar colaboración a la justicia?

El sentenciado ha admitido su participación en el ilícito manifestando hallarse arrepentido; sin embargo se advierte que no ha prestado su colaboración para lograr la identificación del uno de los implicados, por lo que no podría acogerse a los beneficios establecidos por el artículo ciento treintiséis del Código de Procedimientos Penales (R.N. N° 2260-2003-Junín, del 22/10/2003).

Pese a que el procesado admitió su participación en los hechos, ello no puede tenerse como una confesión sincera pues esta debe de ser espontánea, veraz, coherente, oportuna y útil; denotándose de autos que el sentenciado en modo alguno ha contribuido a esclarecer la identidad de los sujetos que participaron en el ilícito que se investiga; y respecto a estos sus declaraciones son incoherentes y contradictorias (R.N. N° 2724-2003-Lima, del 01/12/2003).

TALLER
"ACUERDOS PARA LA CELERIDAD EN LA TRAMITACIÓN
DE LOS PROCESOS PENALES"

IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE, TRANSITORIAS Y ESPECIAL
ACUERDO PLENARIO N° 5-2008/CJ-116

§ 27. ACUERDO PLENARIO N° 5-2008/CJ-116, DEL 18.07.08**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA****IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE, TRANSITORIAS y ESPECIAL****ACUERDO PLENARIO N° 5-2008/CJ-116**

CONCORDANCIA

JURISPRUDENCIAL: ART. 116º TUO LOPJ

ASUNTO: NUEVOS ALCANCES DE LA CONCLUSIÓN ANTICIPADA

Lima, dieciocho de julio de dos mil ocho.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

1º. Las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del

Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y a instancia del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2º. Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse. Se decidió tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema en los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría Técnica designada al efecto –órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo–, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores Vocales Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Vocal Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

3º. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la conclusión anticipada del debate oral, previsto en el artículo 5º de la Ley número 28122. Específicamente resolvió abordar la institución procesal de la conformidad; y, en concreto, la oportunidad procesal para acogerse a la conformidad, las posibilidades existentes para declarar la conformidad parcial, la convocatoria como testigo del imputado conformado, el alcance de los efectos vinculantes de la conformidad del acusado, la medición de la pena en relación con la conformidad y la confesión, y la conformidad y el objeto civil del proceso penal.

4º. En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería con-

§ 27. ACUERDO PLENARIO Nº 5-2008/CJ-116

forme a lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

5º. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad [con un voto en contra respecto al primer y cuarto punto de la decisión], se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor SAN MARTÍN CASTRO, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *La conformidad. Alcances generales*

6º. El artículo 5º de la Ley número 28122 incorporó al ordenamiento procesal penal nacional la institución de la conformidad, de fuente hispana. En su virtud, estipuló que una vez que el Tribunal de mérito inste al acusado si acepta ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil, si se produce su confesión, luego de la formal y expresa aceptación de su abogado defensor, se declarará la conclusión anticipada del debate oral y se emitirá, en el plazo correspondiente, la sentencia conformada respectiva.

Sólo será posible, al margen de la denominada «conformidad absoluta» [hechos, responsabilidad penal, pena y reparación civil;

es decir, la declaración de culpabilidad del imputado no se limita al hecho, también alcanza a las consecuencias jurídicas], pero siempre en ese marco de aceptación de los cargos, un cuestionamiento y ulterior debate procesal, que incluirá lectura de medios probatorios –prueba instrumental y alguna diligencia documentada preconstituida–, acerca de la pena y reparación civil –de su entidad o de su cuantía– («conformidad limitada o relativa»).

Asimismo, el numeral 4) del citado precepto, a diferencia de la fuente española, autoriza la ruptura de la continencia de la causa para dar lugar a una «conformidad parcial», según algún o algunos acusados la acepten y otros no, posibilidad condicionada a que «...*la Sala estime que [no] se afectaría el resultado del debate oral*».

7º. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la Ejecutoria Suprema Vinculante número 1766-2004/Callao, del veintiuno de septiembre de dos mil cuatro, (1) diferenció lo que debe entenderse por ‘confesión’ como medio de prueba y ‘confesión’ como admisión de los cargos contenidos en la acusación fiscal de cara a la conformidad procesal, más allá de que la Ley utilizó el mismo vocablo para ambas instituciones. Igualmente, (2) afirmó la potestad del Tribunal, con independencia de la posición adoptada por el imputado y su defensa –si opta por la conformidad absoluta o la conformidad limitada– de poder fijar la pena con arreglo a los principios de legalidad y proporcionalidad –siempre, claro está, que no rebase el pedido de pena del Ministerio Público, pues ese límite se corresponde con una de las características favorables de esa institución–. También (3) reconoció que el Tribunal de mérito, si advierte que el hecho aceptado es atípico o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia determinante de la exención de responsabilidad penal o de su preceptiva atenuación, puede dictar la sentencia que corresponda.

Por otro lado, dicha Sala en la Ejecutoria Suprema Vinculante número 2206-2005/Ayacucho, del doce de julio de dos mil cinco, precisó que las sentencias conformadas no están precedidas del veredicto o «cuestiones de hecho», y aclaró que la aplicación del artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós genera

§ 27. ACUERDO PLENARIO Nº 5-2008/CJ-116

un procedimiento en el que no existe actividad probatoria alguna dirigida a verificar las afirmaciones de las partes.

8º. El aspecto sustancial de la institución de la conformidad, tal como está regulado en la Ley antes citada, estriba en el reconocimiento, aunque con características singulares, del principio de adhesión en el proceso penal. La conformidad tiene por objeto la pronta culminación del proceso –en concreto, del juicio oral– a través de un acto unilateral del imputado y su defensa de reconocer los hechos objeto de imputación, concretados en la acusación fiscal, y aceptar las consecuencias jurídicas penales y civiles correspondientes.

Este acto procesal tiene un carácter expreso y siempre es unilateral –no es un negocio procesal, salvo la denominada «conformidad premiada» establecida en el artículo 372º, apartado 2), del nuevo Código Procesal Penal, en cuanto prescribe «...*el acusado también podrá solicitar por sí o a través de su abogado conferenciar previamente con el Fiscal para llegar a un acuerdo sobre la pena ...*»–. Además, es un acto unilateral de disposición de la pretensión, claramente formalizado, efectuado por el acusado y su defensa –de doble garantía–, que importa una renuncia a la actuación de pruebas y del derecho a un juicio público, que a su vez genera una expectativa de una sentencia conformada –en buena cuenta, constituye un acto de disposición del propio proceso, al renunciar a los actos del juicio oral, y del contenido jurídico material de la sentencia, al convenir, desde ya, la expedición de una sentencia condenatoria en su contra–.

9º. Lo expuesto significa, desde la estructura de la sentencia y de la función que en ese ámbito corresponde al órgano jurisdiccional, que los hechos no se configuran a partir de la actividad probatoria de las partes –ese período del juicio oral, residenciado en la actuación de los medios de prueba, sencillamente, no tiene lugar–. Los hechos vienen definidos, sin injerencia de la Sala sentenciadora, por la acusación con la plena aceptación del imputado y su defensa.

La sentencia, entonces, no puede apreciar prueba alguna, no sólo porque no existe tal prueba, al no ser posible que se forme a partir de una específica actividad probatoria, por lo demás inexis-

tente, sino además porque la ausencia del contradictorio y el propio allanamiento de la parte acusada no autoriza a valorar los actos de investigación y demás actuaciones realizadas en la etapa de instrucción. Se da en este caso una «predeterminación de la sentencia».

La sentencia, en la medida en que está precedida de un acto procesal de aceptación de los hechos, tanto en el plano objetivo como subjetivo, y de su relevancia jurídico penal, con las consecuencias que le son propias, sólo puede apreciar desde el imputado la libertad, la voluntariedad –sin vicios del consentimiento–, la plena capacidad –si tiene o no limitadas sus capacidades intelectivas– y el conocimiento racional e informado de la naturaleza de la acusación que acepta, de la limitación o restricción de sus derechos e intereses legítimos, derivados de una declaración judicial de culpabilidad y de la consiguiente imposición de una sanción penal y reparación civil, así como de los derechos e instrumentos de defensa a los que está renunciando. Ello obliga al Tribunal, como paso inicial de su poder de apreciación de la aceptación de los cargos y acogimiento a la conformidad, no sólo a un examen de las características y situación del propio imputado, sino al previo ejercicio de su deber de instrucción; es decir, de informar objetivamente los alcances de la institución de la conformidad, sin formular promesas o condicionar la respuesta del imputado a un determinado tratamiento procesal o punitivo, en el entendido que una desviación de ese deber entrañaría una constricción irrazonable o una promesa indebida que viciaría el consentimiento con la consiguiente ineficacia de la conformidad.

10°. Superado ese nivel de control, el Tribunal no puede mencionar, interpretar y valorar acto de investigación o de prueba preconstituida alguna, desde que el imputado expresamente aceptó los cargos y renunció a su derecho a la presunción de inocencia, a la exigencia de prueba de cargo por la acusación y a un juicio contradictorio.

Los fundamentos de hecho o juicio histórico de la sentencia, en suma, no se forman como resultado de la valoración de la prueba, sino le vienen impuestos al juez por la acusación y la defensa, a través de un acto de allanamiento de esta última, que son vinculantes

§ 27. ACUERDO PLENARIO Nº 5-2008/CJ-116

al Tribunal y a las partes. El relato fáctico aceptado por las partes no necesita de actividad probatoria, ya que la conformidad excluye toda tarea para llegar a la libre convicción sobre los hechos. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional no puede agregar ni reducir los hechos o circunstancias que han sido descritos por el Fiscal en su acusación escrita y aceptados por el acusado y su defensa, pues ello implicaría revisar y valorar actos de aportación de hechos, excluidos por la propia naturaleza de la conformidad procesal.

En consecuencia, es inaceptable que el Tribunal se pronuncie sobre la no presencia de pruebas, pues la conformidad del acusado –es de insistir– supone que ha quedado fijado el elemento fáctico, sin que exista propiamente prueba al no mediar juicio derivado de tal apreciación de hechos [es una previsión lógica precisamente por la inexistencia de prueba en este momento procesal]. Ello, además, provocaría una indefensión a las partes frente al Tribunal sentenciador por introducir un tema que no fue objeto de discusión, y rebasar la vinculación fáctica que la institución importa (*vinculatio facti*).

§ 2. Oportunidad procesal de la conformidad

11º. La oportunidad procesal en que tiene lugar la conformidad está claramente estipulada en la Ley Procesal Penal. El emplazamiento al imputado y su defensa, de cara a la posible conformidad, constituye un paso necesario del período inicial del procedimiento del juicio oral. Su definición determinará si se pone fin al acto oral con la inmediata expedición de una sentencia conformada, evitándose el período probatorio y, dentro del período decisorio, el paso de alegato de las partes respecto a la actividad probatoria desarrollada en el juicio –obviamente inexistente cuando se produce la conformidad procesal–.

En atención a que una de las notas esenciales de la conformidad, como acto procesal, es su carácter formal, debe cumplir con las solemnidades requeridas por la ley. Si la conformidad procesal persigue evitar el procedimiento probatorio del juicio oral en aras de la inmediata finalización de la causa, es obvio que una vez que se em-

plazó al imputado y su defensa para que se pronuncien acerca de los cargos objeto de acusación, y ambos se expresaron negativamente al respecto, ya no es posible retractarse luego que se dio inicio formal al período probatorio.

Extraordinariamente pueden presentarse, sin duda, algunas excepciones a esa regla general, uno de cuyos motivos podría ser la concurrencia de vicios procedimentales o vicios en el emplazamiento o en la respuesta del imputado o de su defensa. Pero la condición o límite necesario siempre estará definido por la apertura y entrada al período probatorio que consolida la lógica contradictoria del juicio oral, esto es, con el inicio efectivo del examen o declaración del imputado, como primer paso de la actuación probatoria. La exigencia del cumplimiento del trámite de conformidad antes de la práctica de la prueba evita, precisamente, que pueda optarse por esa institución a partir de la fuerza o sentido indicativo de algunas de las diligencias acreditativas practicadas o por realizarse; y, con ello, impedir conductas fraudulentas o especulativas.

§ 3. *La conformidad parcial. Reglas de ruptura de la unidad del juicio*

12º. La Ley acepta la posibilidad de una «conformidad parcial». Es factible que en una causa que se sigue contra una pluralidad de imputados, unos se acojan a la conformidad y otros la rechacen. A partir de ese reconocimiento, el numeral 4) del artículo 5º de la Ley número 28122, estatuye que: «*Si son varios acusados y solamente confiesa una parte de ellos, con respecto a éstos, se aplicará el trámite previsto y se expedirá sentencia, prosiguiéndose la audiencia con los no confesos,...*». No hay lugar a dudas y, como tal, la norma debe cumplirse irremediablemente.

La Ley, empero, autoriza a no aceptar la conformidad parcial cuando «...*la Sala estime que se afectaría el resultado del debate oral*» – parte final del citado numeral 4) del artículo 5º de la Ley número 28122–. La interpretación de esa frase, de cara a los derechos de los imputados, conformados y no conformados, debe atender a los fi-

§ 27. ACUERDO PLENARIO N° 5-2008/CJ-116

nes de la institución –uno de los cuales es el principio de aceleramiento procesal y el otro es el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas para el conformado– y a la meta de esclarecimiento del proceso penal, aspecto último en que tendrá una especial relevancia las características de los cargos objeto de dilucidación y la posición que sobre ellos han adoptado las partes acusadas.

13°. Si se tiene en cuenta que el imputado conformado acepta o reconoce los hechos que se le atribuyen y que sobre su acaecimiento no cabe discusión, observación o debate alguno –*vinculatio facti*–, de suerte que el órgano jurisdiccional se limita a incorporarlos como tal en la sentencia conformada, en principio, no existe obstáculo procesal para que la situación jurídica de un imputado se resuelva mediante una sentencia conformada y, finalizado ese trámite, prosiga la causa para dilucidar la situación jurídica de los imputados no conformados, aún cuando se trate del mismo hecho o delito –*conexidad objetiva* o, mejor dicho, pluralidad de objetos desde el punto de vista subjetivo–; es decir, cuando se les atribuya cargos por autoría, instigación o complicidad de un mismo hecho delictivo, y estén presentes en la audiencia. Cabe puntualizar que en el proceso penal no existe la figura del *litis consorcio pasivo necesario*, pues la posición de cada imputado se considera con total independencia de los otros –no hay comunidad de suerte para todos los copartícipes, la responsabilidad penal es siempre individual–, a cuyo efecto se entiende que en sede penal existirán tantas pretensiones cuantas personas se les haya de dirigir contra ellas la acusación.

El presupuesto de un juzgamiento independiente estará presente, que es la perspectiva normal de una acusación, cuando existan elementos fácticos para enjuiciar el delito con autonomía y juzgar separadamente a cada imputado. Si se presentan estas condiciones, entonces, cabe individualizar la responsabilidad que se atribuye a cada copartícipe, por lo que el órgano judicial estará facultado a decidir sin necesidad de contar con la voluntad concurrente de los restantes copartícipes.

En suma, si los hechos están clara y nítidamente definidos en la acusación, si el relato fáctico delimita perfectamente los roles y la con-

ducta específica que realizó cada copartícipe, no existe problema alguno para ese tratamiento autónomo, en cuya virtud no se «...afectaría el resultado del debate oral».

§ 4. *Imputado conformado y declaración en el juicio contradictorio*

14º. Si, como es legalmente posible, cabe la «conformidad parcial», es del caso decidir si el imputado que aceptó los cargos, y contra quien se expidió una sentencia conformada, está en aptitud de declarar en el juicio que continúa con los restantes acusados que invocaron, con plena legitimidad, su derecho a la contradicción de la imputación.

En principio, si bien las declaraciones de los coencausados por su participación en los mismos hechos no están específicamente reguladas como medio de prueba en el Código de Procedimientos Penales –aunque indirectamente otras leyes, materiales y procesales, hacen referencia a su declaración–, lo cierto es que no está prohibida: los datos que aquél pueda proporcionar, en sí mismos, no vulneran garantías o derechos de ninguna parte procesal y pueden contribuir a esclarecer los cargos. Por lo demás, en señal de su aceptación y valorabilidad, tanto la jurisprudencia vinculante de este Supremo Tribunal –Acuerdo Plenario número 2-2005/CJ-116, del treinta de septiembre de dos mil cinco– como, por ejemplo, el nuevo Código Procesal Penal –artículo ciento cincuentiocho, apartado dos– señalan pautas para apreciar el testimonio que aquéllos pueden presentar cuando atribuyen participación criminal a otras personas en los mismos hechos en que resultaron involucrados. No es razonable negar a priori la importancia y utilidad que puede importar a la justicia las declaraciones de las personas a quienes se atribuyen la comisión de delitos con la participación de otras, ello sin perjuicio de la desconfianza o sospechas que merezca su versión y, por tal motivo, de los ulteriores controles y especiales cuidados que exija el juicio de fiabilidad o credibilidad respectivo.

En consecuencia, más allá de las dificultades que entraña la actuación y la apreciación del testimonio del coacusado, de natura-

§ 27. ACUERDO PLENARIO N° 5-2008/CJ-116

leza híbrida entre la testimonial –al que se parece en cuanto a los modos y a los medios de convocatoria del interesado– y la declaración como imputado –en orden a sus garantías formales–, tal como ha sido definido por la Casación Italiana [Sentencia del tres de junio de mil novecientos ochenta y seis], su admisibilidad está plenamente consolidada, tanto más si no es de negar que la información que puede brindar en el juicio está basada en un conocimiento extraprocesal de los hechos objeto de acusación, de la cual el juzgador puede extraer elementos necesarios para la formación de su convicción en orden a la participación en el hecho delictivo del sujeto o sujetos distintos del que depone.

15°. El coimputado, respecto de un testigo, es obvio decirlo, tiene una distinta posición procesal a la que van aparejadas una serie de derechos y obligaciones, como sería la obligación de veracidad para los testigos y el derecho al silencio de los coimputados. El criterio de delimitación –entre testigo e imputado– que es de asumir sobre el particular es el de la «alteridad» de quien declara respecto de los sujetos que intervienen en el proceso: del órgano jurisdiccional y de las partes, esto es, de su diferente posición en el proceso penal. Como el coimputado ostenta el status formal de imputado y presta declaración en esa condición, como parte procesal, en consecuencia, el *régimen jurídico* de su declaración debe ser el de acusado. Esa es la regla general.

Ahora bien, en función de ese mismo criterio, y trasladando el análisis al caso que nos ocupa, fijado el enjuiciamiento por separado entre imputados conformados y no conformados, el régimen jurídico respecto del cual han de ser sometidos variará si los últimos, al momento de su declaración, son ajenos o no al proceso, si están o no excluidos del mismo. Expedida una sentencia de conformidad, en tanto haya adquirido firmeza, los citados copartícipes y condenados ya no son parte –han sido excluidos del ulterior juicio–; además, están protegidos por la cláusula del *ne bis in idem*, en cuya virtud la sentencia conformada no puede anularse ni ser revisada en su perjuicio. Siendo así, el régimen jurídico que le son aplicables es el establecido para los testigos, con la misma obligación de concurrir, y

sometido a las mismas consecuencias penales que cualquier otro testigo si es que mintiera [en igual situación estarán, desde luego, coimputados sobreseídos o absueltos con anterioridad]. Otra cosa, por cierto, que permanece latente, son las sospechas que puedan merecer sus declaraciones.

§5. Efectos vinculantes de la conformidad

16º. Ante una conformidad, en virtud a los intereses en conflicto, la posición del Tribunal como destinatario de esa institución, no puede ser pasiva a los efectos de su homologación; existe cierto margen de valoración que el juez debe ejercer soberanamente. Si bien está obligado a respetar la descripción del hecho glosado en la acusación escrita –vinculación absoluta con los hechos o inmodificabilidad del relato fáctico (*vinculatio facti*)–, por razones de legalidad y justicia, puede y debe realizar un control respecto de la tipicidad de los hechos, del título de imputación, así como de la pena solicitada y aceptada, por lo que la vinculación en esos casos (*vinculatio criminis* y *vinculatio poena*) se relativiza en atención a los principios antes enunciados. El juzgador está habilitado para analizar la calificación aceptada y la pena propuesta e incluso la convenida por el acusado y su defensa: esa es la capacidad innovadora que tiene frente a la conformidad procesal.

En tal virtud, respetando los hechos, el Tribunal está autorizado a variar la configuración jurídica de los hechos objeto de acusación, es decir, modificar cualquier aspecto jurídico de los mismos, dentro de los límites del principio acusatorio y con pleno respeto del principio de contradicción [principio de audiencia bilateral]. Por tanto, la Sala sentenciadora puede concluir que el hecho conformado es atípico o que, siempre según los hechos expuestos por la Fiscalía y aceptados por el acusado y su defensa técnica, concurre una circunstancia de exención –completa o incompleta– o modificativa de la responsabilidad penal, y, en consecuencia, dictar la sentencia que corresponda.

El ejercicio de esta facultad de control y la posibilidad de dictar una sentencia absolutoria –por atipicidad, por la presencia de

§ 27. ACUERDO PLENARIO Nº 5-2008/CJ-116

una causa de exención de la responsabilidad penal, o por la no concurrencia de presupuestos de la punibilidad– o, en su caso, una sentencia condenatoria que modifique la tipificación del hecho, el grado del delito, el título de participación y la concurrencia de las circunstancias eximentes incompletas o modificativas de la responsabilidad penal, como es obvio, en aras del respeto al principio de contradicción –que integra el contenido esencial de la garantía del debido proceso–, está condicionada a que se escuche previamente a las partes procesales [en especial al acusador, pues de no ser así se produciría una indefensión que le lesionaría su posición en el proceso], a cuyo efecto el Tribunal debe promover un debate sobre esos ámbitos, incorporando los pasos necesarios en la propia audiencia, para decidir lo que corresponda. Es evidente, que el Tribunal no puede dictar una sentencia sorpresiva en ámbitos jurídicos no discutidos por las partes [interdicción de resolver *inaudita parte*].

La posibilidad de introducir, jurídicamente, determinadas circunstancias no incorporadas en la acusación –sólo desde sus perfiles jurídicos, mas no fácticos– y dictar una sentencia conformada, siempre es compatible con un control *in bonam partem*, respecto del que sólo se exige audiencia a las partes. Empero, si se advierten otros errores, tales como omisión de considerar –a partir del relato fáctico– una circunstancia agravante o la posibilidad de un tipo legal distinto, más grave, que requiere indagación, debate probatorio y discusión en sede de alegatos por todas las partes –control *in malam partem*–, sólo corresponderá denegar la conformidad y ordenar proseguir el juicio oral.

En cuanto a la individualización de la pena, el Tribunal –por configurar una tarea exclusivamente judicial, inherente a ella– tiene una amplia libertad, dentro del marco jurídico del tipo legal en cuestión [pena abstracta], para dosificarla conforme a las reglas establecidas por los artículos 45º y 46º del Código Penal, cuyo único límite, a parte de no introducir hechos no incluidos en la acusación ni aceptados por el imputado y su defensa, es no imponer una pena superior a la pedida por el Fiscal –explicable por la propia ausencia de un juicio contradictorio y la imposibilidad de formularse, por el Fis-

cal o de oficio, planteamientos que deriven en una pena mayor a la instada en la acusación escrita–.

Más allá del respeto a la exigencia de promover la intervención de las partes sólo cuando se presentan las circunstancias anteriormente señaladas –que importan una preceptiva aminoración de la respuesta punitiva–, vinculada a la aplicación de los artículos 14º, 15º, 16º, 21º, 22º, y 25º, segundo párrafo, del Código Penal, el Tribunal puede proceder, motivadamente, a graduar la proporcionalidad de la pena en atención a la gravedad o entidad del hecho y a las condiciones personales del imputado.

17º. Si, como se ha estipulado, procede la «conformidad parcial» en los términos del inciso 4) del artículo 5º de la Ley número 28122, resta determinar los efectos de la sentencia conformada respecto de la sentencia expedida en el juicio contradictorio que tiene lugar inmediatamente después de culminar el trámite de conformidad.

La regla es que no existe extensión subjetiva de la eficacia de la cosa juzgada penal, la cual sólo y exclusivamente afecta a la persona contra quien se dictó el fallo correspondiente. Por esta razón lo resuelto en ella no se extiende a un tercero –a los acusados que prosiguen la causa al no acogerse a la conformidad– ni, por ende, la condena impuesta en la sentencia conformada compromete a los acusados como copartícipes del mismo hecho o que condicionan a esa decisión anterior su libertad y defensa. La falta de eficacia subjetiva de un fallo firme, dice CORTÉS DOMÍNGUEZ –entre otros–, tiene lugar incluso en aquellos supuestos (1) en los que sea factible hablar de relaciones o situaciones penales prejudiciales heterosubjetivas, (2) de interdependencia por la conexidad probatoria –unidad parcial o total en el campo fáctico de ambos supuestos enjuiciados, o (3) en los que un hecho jurídico declarado en una primera sentencia entra a formar parte del supuesto de hecho de la conducta delictiva que se enjuicia en un segundo proceso.

Por consiguiente, aún cuando es de valorar la existencia de la sentencia conformada, nada impedirá que sobre los hechos –si existe identidad– no sólo se realice prueba plena y total, sino que tam-

§ 27. ACUERDO PLENARIO Nº 5-2008/CJ-116

bién se llegue a resultados valorativos totalmente opuestos [así, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo Español del dos de marzo de mil novecientos noventa y ocho].

18º. Afirmada esta concepción, el Tribunal de mérito en el proceso incoado a continuación de la expedición de la sentencia conformada tiene libertad para decidir como corresponda en orden a la actividad probatoria desplegada y a las nuevas valoraciones que pueda realizar, incluso podría –si se cumplen los presupuestos normativos correspondientes, tanto materiales cuanto procesales– variar la tipificación del hecho o tener un juicio jurídico distinto, desde diferentes planos, que el contenido en la sentencia conformada.

Un interrogante que se abre paso en estas circunstancias es si cabe extender esa decisión, en caso sea más favorable que la sentencia conformada, para ‘mejorar’ la situación jurídica de los imputados que se acogieron a la conformidad. Ahora bien, si se tiene en cuenta que se trata de una sentencia firme, toda modificación respecto a la existencia del juicio de hecho, vinculada a la valoración de la prueba actuada en el segundo proceso, no tiene otra opción que abordarse vía acción de revisión penal. Empero, si sólo se trata de un cambio de tipificación más favorable, resta analizar si, analógicamente, podría aplicarse el artículo 322º del Código de Procedimientos Penales, que se circunscribe ya no a una absolución sino a una pena atenuada.

La norma en cuestión dice: «*Cuando el Tribunal Correccional o la Corte Suprema, en sus respectivos casos, fallen en una causa contra reos que fueron ausentes y en la que se expidió sentencia contra los reos presentes, podrán revisar la sentencia de los condenados, con el fin de atenuar la pena, si hubiere lugar por los datos nuevos que resulten*». Si bien, en el presente caso, no se está ante una sentencia derivada de un mismo proceso en el que primero se resolvió la causa contra reos presentes y, luego, ante la puesta a Derecho de reos ausentes, se expidió otra sentencia, obviamente distinta de la anterior en función a los datos nuevos resultantes del ulterior enjuiciamiento, lo cierto es que, al igual que aquélla, se trata de un mismo proceso que derivó en dos juzgamientos sucesivos que decidieron la situación jurídica de acu-

sados que se encontraban en diferente posición –ya no por ausencia sino por no acogimiento a la conformidad–, en el último de los cuales surgió la presencia de datos nuevos determinantes de un cambio favorable respecto de la respuesta punitiva.

Para establecer si existe analogía entre las dos situaciones – ante la no regulación en el caso de imputados conformados y no conformados–, no sólo es de rigor advertir la semejanza o similitud de situaciones fácticas. Debe concurrir entre ambas una identidad del fundamento –la razón de ser o ratio legis–; deben coincidir en el caso concreto las bases o fuentes que sirven de fundamento al citado artículo 322º del Código Adjetivo. Siendo así, será del caso utilizar la denominada «analogía legis» como método de integración jurídica, en la medida que la regla del artículo 322º del Código Adjetivo cumpla con los requisitos antes esbozados.

Si se asume la flexibilidad necesaria para analizar la presencia de la analogía, se tiene que lo esencial de la disposición examinada es dar una respuesta atenuatoria –basada en el *favor rei*– a todos los procesos en que se juzga sucesivamente a diversos imputados cuando en el último juzgamiento se advierten datos nuevos que autorizan una solución más favorable –que es una regla jurídica de carácter general que está en la esencia del sistema punitivo–, que importe una atenuación de la pena en comparación con la primera sentencia. Tal situación, de presentarse en el sucesivo juzgamiento contra los acusados no conformados, obviamente, exigiría una extensión a los reos conformados: la igualdad esencial, de imprescindible concurrencia, es evidente.

En ambos casos se lleva a cabo un segundo enjuiciamiento y en ellos surgen nuevos datos que modifican en sentido favorable la apreciación de los hechos juzgados, por lo que ante una idéntica situación de hecho (surgimiento de nuevos datos en un segundo juzgamiento contra copartícipes) debe existir una misma respuesta jurídica.

Por lo expuesto, es de concluir que no sólo cabe que en el segundo juzgamiento las respuestas jurídicas pueden diferir con las

§ 27. ACUERDO PLENARIO Nº 5-2008/CJ-116

del primer juzgamiento, sino que además es posible revisar *in bonam partem* la primera sentencia para atenuar la pena.

§ 6. Conformidad y confesión sincera

19º. El tema de la confesión y de la consiguiente atenuación excepcional de la pena por debajo del mínimo legal prevista para el delito cometido, tal como estatuye el artículo 136º del Código de Procedimientos Penales [dice, en lo pertinente, el citado precepto: «...*la confesión sincera debidamente comprobada puede ser considerada para rebajar la pena del confeso...*»], genera determinados problemas interpretativos y aplicativos con la institución de la «conformidad procesal», en tanto que el texto del artículo 5º. 2) de la Ley número 28122 explícitamente hace referencia a «...*la confesión del acusado, ...*».

La confesión, desde una perspectiva general, es una declaración autoinculpatoria del imputado que consiste en el expreso reconocimiento que formula de haber ejecutado el hecho delictivo que se le atribuye. Como declaración que es debe reunir un conjunto de requisitos externos (sede y garantías) e internos (voluntariedad o espontaneidad y veracidad –comprobación a través de otros recaudos de la causa–).

En la conformidad procesal el imputado, desde luego, admite los hechos objeto de acusación fiscal. Sólo se le pide, si así lo estima conveniente y sin necesidad de una explicación o un relato circunstanciado de los hechos –que es lo típico de una declaración ante la autoridad de cara a la averiguación de los hechos o a la determinación de las afirmaciones de las partes, según la etapa procesal en que tiene lugar–, aceptar los cargos y una precisión adicional acerca de las consecuencias jurídico penales, a fin de obtener un pronunciamiento judicial inmediato, una sentencia de conformidad. Ello ha permitido sostener a un sector de la doctrina procesalista que la conformidad es una forma de confesión prestada al inicio del juicio oral o una especie de confesión cuando concurren determinados requisitos.

La conformidad consta de dos elementos materiales: a) el reconocimiento de hechos: una declaración de ciencia a través de la

cual el acusado reconoce su participación en el delito o delitos que se les haya atribuido en la acusación; y, b) la declaración de voluntad del acusado, a través de la cual expresa, de forma libre, consciente, personal y formal la aceptación de las consecuencias jurídico penales y civiles derivadas del delito.

20°. Empero, más allá del juicio de valorabilidad y de los criterios de apreciación de la confesión como medio de prueba –que no integra el ámbito de este Acuerdo Plenario–, lo relevante en el presente caso consiste, de un lado, en determinar si existe equivalencia entre el artículo 5º.2 de la Ley número 28122 y el artículo 136º del Código de Procedimientos Penales, y, de otro lado, si necesariamente la invocación a la conformidad por el imputado y su defensa merecerá una pena atenuada.

En cuanto al *primer punto*, cabe decir que existe cierta coincidencia entre la regulación de la confesión como medio de prueba y el rol que cumple en las diferentes fases del procedimiento penal respecto de la conformidad, pues más allá de la no exigencia del relato circunstanciado de los hechos acusados –propio de la declaración autoinculpatoria que se da en sede preliminar, del sumario y del plenario–, se da una declaración de ciencia por la que se reconocen los hechos atribuidos. Esto último, de cara a los efectos penológicos respectivos –de cumplirse los requisitos adicionales vinculados a la sinceridad–, permitirá apreciar confesión –conforme al citado artículo 136º del Código de Procedimientos Penales– si es que el acusado se encontraba en calidad de reo ausente y se presenta al juicio oral acogándose a la conformidad [aunque será del caso relativizar su entidad atenuatoria, conforme se verá más adelante, en orden a su relevancia, pues sólo se aligera –con mayor o menos nivel de profundidad– el trámite de las sesiones del plenario, sin perjuicio de reconocer que en todo caso constituye un acto de auxilio a la justicia].

Respecto al *segundo punto*, y atento al principio que informa el procedimiento de la conformidad, es posible concluir que tal acogimiento, en sí mismo, determina la aminoración de la pena. Es de tener presente, al respecto, el proceso especial de terminación anti-

§ 27. ACUERDO PLENARIO Nº 5-2008/CJ-116

cipada, que expresa un criterio de oportunidad y se basa en el principio del consenso, que da lugar a una conclusión anticipada de la causa con una decisión final que le pone término, como es el caso de este procedimiento. En ese proceso se reconoce legalmente una consecuencia premiada, con independencia de la confesión sincera [véase la concordancia de los artículos 161º y 471º del Nuevo Código Procesal Penal en relación con el artículo 136º del Código de Procedimientos Penales].

21º. Cabe aclarar, desde el punto de vista de la pena, que el artículo 136º del Código de Procedimientos Penales instituye una circunstancia atenuante de carácter excepcional de la responsabilidad penal, cuya *ratio* es la facilitación del esclarecimiento de los hechos delictivos y que ésta sea relevante para efectos de la investigación de los hechos [la ley, en estos casos, premia aquellos comportamientos que, de alguna manera, contribuyen a aliviar los costes y esfuerzos de una investigación criminal: razones objetivas de utilidad para el proceso], a la par que evidencia una voluntad de colaboración, de coadyuvar a los fines del ordenamiento jurídico que contrarreste la anterior voluntad antijurídica mostrada al cometer el hecho delictivo. De esta forma se reduce los agravios que inevitablemente se producen a la víctima y aminora la tensión social que el delito ocasiona; ese solo comportamiento, se afirma por algún autor, produce un cierto restablecimiento de la armonía y del equilibrio del sistema.

Desde una perspectiva político criminal, las regulaciones que sobre la materia, tiene expuesto el Tribunal Supremo Español, buscan incitar al autor del delito a realizar una pronta confesión del hecho que permita la identificación de su autor desde el primer momento y facilite el esclarecimiento de las circunstancias más relevantes que en el mismo haya concurrido (Sentencia número 118/92, del cuatro de febrero de dos mil dos).

Desde una perspectiva global el referido artículo 136º del Código de Procedimientos Penales, exige la sinceridad de la confesión, que equivale a una admisión (1) completa –con cierto nivel de detalle que comprenda, sin omisiones significativas, los hechos en los

que participó-, (2) veraz –el sujeto ha de ser culpable sin ocultar datos relevantes del injusto investigado-, (3) persistente –uniformidad esencial en las oportunidades que le corresponde declarar ante la autoridad competente– y (4) oportuna –en el momento necesario para garantizar y contribuir a la eficacia de la investigación–, a la que se aúna, a los efectos de la cuantificación de la pena atenuada, (5) su nivel de relevancia.

Es obvio, por consiguiente, que si el imputado antes, en sede de investigación, negó los cargos y, luego, llegado el momento culminante del proceso, en el juicio oral, los admite, ya nada queda por investigar, entonces, la confesión plenaria sólo podrá tener una relativa o escasa influencia en torno a la determinación e individualización de la pena, pero no puede considerarse como un elemento atenuante de la responsabilidad penal con entidad para rebajar la pena por debajo del mínimo legal.

De igual manera, si la confesión se configura por el dato objetivo de la realización de actos de colaboración útiles a la investigación del delito –a partir de la información que se proporciona–, a los efectos de la atenuación excepcional debe comprenderse en ella la investigación preliminar, en especial la policial –que por lo general es el pórtico o puerta de entrada al esclarecimiento de los hechos–. La autoridad facultada para recibir la declaración de un imputado puede ser la Policía o el Fiscal [a los solos efectos, claro está, de valorar la posibilidad de la atenuación y la utilidad de la misma de cara a los objetivos que persigue]. Es más, el artículo 1º, literal 10), de la Ley número 27934, prescribe que la Policía está autorizada a recibir la manifestación de los presuntos autores y partícipes de la comisión de los hechos investigados, y el artículo 62º del Código de Procedimientos Penales prescribe que las declaraciones en sede preliminar, llevadas a cabo con intervención del Ministerio Público, serán apreciadas conforme al artículo 283º del citado Código.

22º. Si, como se ha dejado sentado, no puede equipararse de modo absoluto el artículo 136º de la Ley Procesal Penal con el artículo 5º de la Ley número 28122, ello en modo alguno impide apreciar determinados efectos atenuatorios o de reducción de la pena a

§ 27. ACUERDO PLENARIO N° 5-2008/CJ-116

quienes se acojan a la conformidad. Para ello es de invocar analógicamente el artículo 471º del nuevo Código Procesal Penal [es de aclarar que el proceso de terminación anticipada del citado Código está vigente en todo el territorio nacional]. Dicha norma prescribe: *«El imputado que se acoja a este proceso recibirá un beneficio de reducción de la pena de una sexta parte. Este beneficio es adicional y se acumulará al que reciba por confesión»*.

La viabilidad de la analogía, con la consiguiente aplicación a la conformidad del artículo 471º del referido Código, ante la presencia de una laguna jurídica en la conformación legal del artículo 5º de la Ley número 28122, tiene lugar ante una racionalidad que es sustantivamente igual o semejante en sustancia –que no identidad– entre ambas instituciones procesales, las mismas que están sujetas a una lógica encadenada.

Los rasgos esenciales comunes entre la terminación anticipada y la conformidad procesal derivan del hecho que están incardinadas en criterios de oportunidad y de aceptación de cargos –el principio del consenso comprende ambos institutos procesales, aunque en diferente intensidad y perspectiva–, con la consiguiente conclusión de la causa con una sentencia anticipada que pone fin al proceso, sobre la base de una disposición del imputado a la aceptación de los cargos objeto de imputación, lo que desde una perspectiva político criminal, legislativamente aceptada, determina una respuesta punitiva menos intensa. Si bien es cierto la oportunidad procesal en que se llevan a cabo, los controles judiciales que importan y la mayor intensidad de colaboración de la primera frente a la segunda, no son los mismos, tales diferencias no eliminan la semejanza existente y su común punto de partida.

Lo expuesto permite concluir que toda conformidad, si reúne los requisitos legalmente establecidos, tiene como efecto el beneficio de reducción de la pena, sin perjuicio de la confesión, que de presentarse se acumula al primero.

23º. El principio de proporcionalidad que informa la respuesta punitiva del Estado, la individualización de la pena, impone una

atenuación menor en los supuestos de conformidad. No es lo mismo culminar la causa en sede de instrucción, poniéndole fin anticipadamente, que esperar su culminación y el inicio del juicio oral, como sucede en la conformidad por oposición a la terminación anticipada. En consecuencia, la reducción de la pena no puede llegar a una sexta parte; ha de ser siempre menor de ese término.

Como se sabe el método de reducción de la pena en el caso de terminación anticipada [artículo 471º del Nuevo Código Procesal Penal] constituye un último paso en la individualización de la misma. En efecto, fijada la pena con arreglo a los artículos 45º y 46º del Código Penal –luego de haber determinado el marco penal abstracto [pena abstracta] y, a continuación, el marco penal concreto como consecuencia de diversas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y concurso de delitos–, la cual debe ser identificada en la sentencia conformada, corresponde, como última operación, disminuirla en un sexto. El Tribunal debe ser muy claro en diferenciar los dos momentos finales: la pena que correspondería sin la reducción por acogerse a la terminación anticipada, y, luego, la pena resultante de aplicar la reducción del sexto de la misma.

Empero, según lo expuesto en el primer párrafo, en los supuestos de conformidad procesal la reducción no puede ser de un sexto. Necesariamente ha de tratarse de un porcentaje menor. Así las cosas podrá graduarse entre un séptimo o menos, según la entidad o complejidad de la causa, las circunstancias del hecho y la situación personal del imputado, y el nivel y alcance de su actitud procesal.

§ 8. *Conformidad y objeto civil*

24º. Otro tema relevante de la conformidad está vinculado al objeto civil del proceso penal. Como quiera que en el proceso penal nacional –más allá de los matices propios que contienen el Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal– se produce una acumulación heterogénea de acciones: la penal y la civil, y esta última necesariamente deberá instarse y definirse en sede penal –con los alcances y

§ 27. ACUERDO PLENARIO N° 5-2008/CJ-116

excepciones que la ley establece–, en tanto en cuanto puede generar un daño patrimonial a la víctima, un daño reparable.

Como se está ante una institución de naturaleza jurídico-civil, que descansa en el daño ocasionado, no en el delito cometido, y se proyecta, en cuanto a su contenido, a lo establecido en el artículo 93° del Código Penal, procesalmente está informada por los principios dispositivo y de congruencia.

La vigencia de los indicados principios, a tono con la naturaleza privada –y, por ende, disponible– de la responsabilidad civil *ex delicto*, determina que si no se cuestiona la reparación civil fijada en la acusación fiscal el Tribunal está limitado absolutamente a la cantidad acordada, esto es, no puede modificarla ni alterarla en su alcance o ámbito y magnitud.

25°. En esta perspectiva, es evidente que si existe una pretensión civil alternativa, ejercitada conforme a lo dispuesto en el artículo 227° del Código de Procedimientos Penales, el imputado deberá referirse a ella en el marco de la responsabilidad civil que le corresponde admitir. En ese ámbito, por imperio de la garantía de tutela jurisdiccional – artículo 139°.3 de la Constitución–, se debe dar plena intervención a la parte civil.

Ahora bien, de no mediar acuerdo o aquiescencia de los interesados y, en ese caso, de no ser suficiente la mera lectura de la prueba documental y de las actuaciones documentadas –como establece el inciso 3) del artículo 5° de la Ley número 28122–, en la medida que el artículo 227° del Código ritual autoriza la actuación de prueba testimonial y pericial para justificar la pretensión civil de la víctima, sin perjuicio de la prueba que en ese ámbito haya podido proponer la Fiscalía conforme al inciso 5) del artículo 225° del mismo Código, el Tribunal podrá fallar respecto de la responsabilidad penal y disponer la continuación del proceso para la actuación probatoria respectiva, en tanto se requiera una indagación, concreción probatoria y alegaciones ulteriores sobre ella.

La cesura del juicio que se establece, pretorianamente impuesta, deriva del respeto a la garantía de tutela jurisdiccional a favor de la

víctima y de la imperiosa evitación de la indefensión material que le puede acarrear una decisión sin prueba, no obstante su necesidad procesal. La interpretación constitucional de la institución de la conformidad –específicamente del inciso 3) del citado artículo 5º de la Ley número 28122– desde los numerales 3) y 14) del artículo 139º de la Ley Fundamental, que reconocen las garantías procesales de tutela jurisdiccional y defensa procesal, así lo impone.

Esta conclusión no sólo no está prohibida por la ley, sino que no la tergiversa –no es incompatible con ella–, pese al silencio legislativo o, mejor dicho, a la presencia de una laguna legal. Si en una misma causa es posible, para un supuesto, dictar una sentencia conformada, y para otro, emitir –luego de la prosecución del juicio, bajo perspectivas de contradicción efectiva– una segunda sentencia; entonces, no existe impedimento alguno que se profiera una segunda sentencia, precedida de un juicio en forma, referida ya no a los objetos penal y civil –que es el supuesto anterior, contemplado en el numeral 4) de la Ley número 28122–, sino circunscripta exclusivamente al objeto civil, y sólo para los imputados conformados –es la regla, por lo demás, que ha establecido el apartado 5) del artículo 372º del Nuevo Código Procesal Penal–.

26º. Por último, es materia de discusión en el ámbito de la responsabilidad civil la determinación del monto y los obligados a cubrirlo cuando se trata de una pluralidad de copartícipes –codelinquencia–, varios de los cuales no se han sometido a la conformidad procesal. Sobre el particular, en los marcos de una sentencia conformada, es de tener en consideración dos aspectos sustanciales: el *primero*, referido a los alcances de la sentencia conformada: ésta sólo comprenderá a los imputados que se someten a la conformidad; y, el *segundo*, circunscrito al monto de la reparación civil, el cual está en función al daño global irrogado, bajo la regla de la solidaridad entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente obligados (artículo 95º del Código Penal).

Siendo así, el Tribunal fijará el monto de la reparación civil de modo global [la cantidad en cuestión siempre será única, no puede dividirse], de suerte que como ésta es solidaria si existieran copartí-

§ 27. ACUERDO PLENARIO Nº 5-2008/CJ-116

cipes –y no mancomunada–, al emitirse condena contra ellos en el juicio sucesivo, si así fuera el caso, tal suma no variará y sólo se les comprenderá en su pago. Es posible, sin embargo, que en el juicio contradictorio la determinación del monto puede variar en virtud a la prueba actuada. En ese caso tal variación, de más o de menos, no puede afectar al fallo conformado, al haber quedado firme o ganado firmeza. Por consiguiente, la variación sólo puede alcanzar a los acusados comprendidos en la condena objeto del juicio contradictorio.

III. DECISIÓN

27º. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDARON:

28º. ESTABLECER como doctrina legal, conforme a los fundamentos jurídicos ocho a veintitrés, la siguiente:

1) El Tribunal, en el procedimiento de conformidad, no puede agregar ni reducir los hechos o circunstancias descritos por el Fiscal y aceptados por el imputado y su defensa. Tampoco puede pronunciarse acerca de la existencia o no de las pruebas o elementos de convicción.

2) La oportunidad procesal para que el acusado se acoja a la conformidad es cuando se le emplace en el período inicial y, siempre, antes que se inicie propiamente el período probatorio del juicio oral.

3) La conformidad parcial está expresamente autorizada por la ley. Es posible un juzgamiento independiente para los acusados no conformados, que se producirá siempre que los hechos estén clara y nitidamente definidos en la acusación, y el relato fáctico que

contiene la acusación delimite perfectamente los roles y la conducta específica que realizó cada copartícipe.

4) El imputado conformado puede declarar en el juicio contradictorio seguido contra los acusados no conformados. El régimen jurídico de su declaración variará si al momento de su intervención en el juicio son ajenos o no al proceso –criterio de la alteridad–.

5) El Tribunal está vinculado absolutamente a los hechos conformados. No sólo tiene un deber de instrucción o información, también tiene poderes de revisión *in bonam partem* respecto a su configuración jurídica, dentro de los límites del principio acusatorio y del respeto al principio de contradicción, y, en consecuencia, está autorizado a dictar la sentencia que proceda. Asimismo, puede dosificar la pena dentro del marco jurídico del tipo legal en aplicación de los artículos 45º y 46º del Código Penal.

6) La sentencia conformada no tiene efectos extensivos o prejudiciales sobre la sentencia dictada en el juicio contradictorio. Si en el juicio contradictorio surgen datos nuevos que favorezcan la situación jurídica de los reos conformados, en el fallo que se dicte puede revisarse la sentencia con el fin de atenuar la pena.

7) Existe cierta coincidencia entre la regulación de la confesión y la función de la conformidad. La confesión, para que configure una circunstancia atenuante de carácter excepcional, está sujeta a determinados requisitos legalmente estipulados, cuya *ratio* es la facilitación del esclarecimiento de los hechos delictivos y que sea relevante para la investigación de los mismos. No obstante ello, la conformidad, de cumplir sus requisitos legales, importa necesariamente una reducción de la pena, por aplicación analógica del artículo 471º del Nuevo Código Procesal Penal, aunque con una reducción inferior a la sexta parte.

8) La conformidad sobre el objeto civil está informada por los principios dispositivo y de congruencia. Si no se cuestiona la reparación civil no es posible modificarla. Debe respetar la pretensión civil alternativa de la parte civil. Es posible, si fuera el caso, la cesu-

§ 27. ACUERDO PLENARIO N° 5-2008/CJ-116

ra del juicio para la actuación de pruebas en aras de la determinación de la reparación civil. Debe tomarse en cuenta para su concreción la suma global y la regla de la solidaridad en los supuestos de codelincuencia. La variación del monto de la reparación civil en la segunda sentencia no altera la fijada en la sentencia conformada.

29º. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116º del estatuto orgánico.

30º. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial «El Peruano». Hágase saber.

SS.

GONZALES CAMPOS / SAN MARTÍN CASTRO / VILLA STEIN / LECAROS CORNEJO / PRADO SALDARRIAGA / RODRÍGUEZ TINEO / VALDEZ ROCA / ROJAS MARAVÍ / PONCE DE MIER / MOLINA ORDOÑEZ / SANTOS PEÑA / VINATEA MEDINA / PRÍNCIPE TRUJILLO / PARIONA PASTRANA / ZECENARRO MATEUS / CALDERÓN CASTILLO / URBINA GANVINI

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
Corte Suprema

TALLER
"ACUERDOS PARA LA CELERIDAD EN LA TRAMITACIÓN
DE LOS PROCESOS PENALES"

"LEGITIMACIÓN DE LAS FÓRMULAS CONSENSUADAS
SIMPLIFICATORIAS DEL PROCESAMIENTO PENAL"

BROUSSET SALAS, RICARDO ALBERTO

LEGITIMACIÓN DE LAS FÓRMULAS CONSENSUADAS SIMPLIFICATORIAS DEL PROCESAMIENTO PENAL*

Ricardo Alberto Brousset Salas

Magíster en Derecho con Mención en Ciencias Penales y Egresado del Doctorado en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Vocal Superior Titular de la Corte Superior de Lima. Profesor Principal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de la Academia de la Magistratura.

SUMARIO

1.- Introducción. 2.- Consideraciones relativas al modelo de la Reforma Procesal Penal y sus limitaciones de aforo. 3.- Apreciaciones conceptuales con relación a las fórmulas consensuadas de simplificación procesal en materia penal. 4.- Del Proceso de Terminación Anticipada; 5.- La Conformidad o Conclusión Anticipada del Juzgamiento y su problemática; 6.- Condiciones de viabilidad constitucional y consecuencias de las fórmulas consensuadas de simplificación del procesamiento penal 7.- Bibliografía.

1.- INTRODUCCIÓN

La legitimación de los mecanismos procesales simplificatorios, a través de los cuales se busca revertir, dentro del contexto de una reforma procesal profunda, las disfunciones de nuestro sistema de justicia penal; a nuestro criterio exige necesariamente ser abordada desde las perspectivas situacional o de contexto socio político, jurídico validante o de viabilidad constitucional; y de impacto político criminal, pues ello nos va a posibilitar una aproximación a las causas, condiciones

* El presente trabajo está estructurado sobre la base del artículo "La búsqueda de fórmulas para la simplificación del procesamiento penal: un análisis replanteado" que trabajáramos en coautoría con mi hijo Ricardo A. Brousset Mendoza, por lo en algunos de sus pasajes se reproduce textualmente su contenido. Hecha esta precisión me considero liberado de efectuar en tales casos citas a pie de página.

y consecuencias esperadas de su implementación en nuestro procesamiento penal.

En tal entendimiento, de modo de introducción debemos precisar que una resumida apreciación contextualizada de nuestro procesamiento penal en los últimos cincuenta años, nos revela como constantes: Por un lado: Una marcada tendencia al endurecimiento de nuestro sistema penal, expresada en el ámbito penal sustantivo, por la sobrecriminalización coyuntural de determinadas conductas delictivas - unas percibidas como especialmente generadoras de inseguridad ciudadana y otras atentatorias al sistema político económico; produciendo el incremento desproporcionado de las penas, el que utilizando metafóricamente categorías macroeconómicas, ha producido en nuestro sistema penal una hiperinflación punitiva con la consecuente devaluación de nuestro sistema de penas en términos de proporcionalidad, razonabilidad y congruencia, que linda con lo irracional; y en el ámbito procesal penal, por la manipulación impropia de las reglas de procesamiento penal, destinada a restringir los derechos y beneficios procesales en detrimento del debido proceso concebido en su dimensión de macro principio conglobante. Y de otro lado: Por la búsqueda de mecanismos que doten de celeridad al procesamiento penal, permitiendo una respuesta punitiva rápida a la criminalidad siempre en incremento, con la finalidad de controlar la desbordante carga procesal del sistema de justicia penal y paliar, de algún modo, la progresiva sobrepoblación carcelaria, que a la actualidad cobra dimensiones dantescas.

Así tenemos que contradictoriamente, mientras se incrementaban las penas para delitos considerados socialmente endémicos, dada su recurrencia, tales como el robo agravado, el tráfico ilícito de drogas y los de agresión sexual contra menores, entre otros; y se encargaba cíclicamente el procesamiento penal de delitos comunes al "Fuero Militar" para la imposición "rápida e inflexible" (entiéndase en procesos sumarísimos con serios recortes al derecho de defensa) de penas draconianas, que hasta fines de la década de los años setenta incluían la pena de muerte para civiles para delitos de robo agravado seguido de muerte y de homicidio contra miembros de las fuerzas policiales; o se echaba mano de "jueces sin rostro" y recortes a las mínimas garantías procesales, para el juzgamiento de

los delitos de terrorismo, durante las décadas de los años ochenta y noventa; crecía a la vez la preocupación por controlar la carga procesal que desbordaba las posibilidades de los órganos de justicia penal, y reducir los índices de sobrepoblación que soportaban los principales establecimientos penales del país; para lo cual se incorporaron al Código de Procedimientos Penales de 1940, mecanismos procesales inspirados en los principios de celeridad y economía procesal, así como fórmulas premiales ajenas al tradicional principio de legalidad procesal que sustentaba el modelo mixto conservadora al que dicho código adscribía; y se instauró¹, para regir provisionalmente y solo respecto de un limitado número de delitos, el controvertido proceso penal sumario, por el cual se posibilita un procesamiento penal común sin juzgamiento oral, público y contradictorio; limitado al solo desarrollo de la instrucción reservada, luego de la que se concede facultad de fallo al mismo juez que instruyó, para que sentencie sin mediar siquiera un ámbito procesal obligatorio para el ejercicio del derecho de defensa.

Como era de esperarse, la contradictoria política criminal aplicada, no solo tornó en estériles los propósitos de controlar la creciente criminalidad mediante el uso de una sobrecriminalización simbólica y deslegitimante; sino que además hizo lo propio con las medidas tendientes a reducir la sobrecarga del sistema penal y el hacinamiento carcelario que exhibe desde hace más de veinte años uno de los índices de sobrepoblación más elevados del planeta.

En tales condiciones enfrentamos el reto de la reforma procesal penal, que como si lo antes señalado fuera poco, además tuvo que sortear en la década pasada avatares políticos que la tornaron accidentada²; lo que nos sitúa en un actual momento de transición y reforma en materia procesal penal.

¹ Mediante Decreto Ley N° 17110 en el año 1968

² Sino como puede calificarse una reforma que en los últimos 16 años ha dado a luz cuatro códigos: el de 1991 promulgado por ley, con veinte artículos puestos en vigencia, para luego ser derogado; los de 1995 y 1997, en su momento aprobados por el Congreso de la República, pero observados por el Ejecutivo; y el del 2004, que fue promulgado por ley, rigiendo plenamente en los Distritos Judiciales de Huaura, La Libertad, Arequipa, Moquegua y Tacna, con un calendario de aplicación progresiva, que reserva para el final su entrada en vigencia en el Distrito Judicial de Lima (el principal de la República)..

2.- CONSIDERACIONES RELATIVAS AL MODELO DE LA REFORMA PROCESAL PENAL Y SUS LIMITACIONES DE AFORO

Nuestra reforma procesal penal, se gesta dentro del contexto de la reforma procesal penal latinoamericana estructurada en base al Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (1970), que buscó uniformar las legislaciones procesales penales latinoamericanas, bajo un modelo institucional con bases comunes, sin perjuicio de las características particulares que cada legislación nacional pudiere adoptar, según reza de su propia exposición de motivos³ se trata de "...una propuesta básica, pero concreta y operativa, de un conjunto de mecanismos aptos para solucionar los conflictos sociales de un modo pacífico y a través de las instituciones judiciales...", que "...apunta a solucionar los mas graves conflictos sociales, captados sin duda por el sistema penal.", se trató, que duda cabe, de una respuesta latinoamericana frente a requerimientos comunes de relegitimación, eficacia y modernización de las pautas de procesamiento penal.

Como hemos señalado nuestra reforma nacional, por razones que no es el caso detallar, fue particularmente accidentada; basta recordar que produjo cuatro códigos, el CPP de 1991 promulgado por Ley, del cual están aún vigentes 22; los CPPs de 1995 y 1997, que luego de ser aprobados por el Congreso de la República fueran observados por el Poder Ejecutivo; y el CPP del 2004, promulgado por Decreto Legislativo N° 957, vigente en los Distritos Judiciales de Huaura, La Libertad, Arequipa, Moquegua y Tacna. Fiel a la propuesta estructural de su referente el CPP Modelo para Iberoamérica, el CPP del 2004, diseña un proceso penal común único, con tres etapas: la primera, de Investigación Preparatoria formalizada bajo la dirección del Fiscal pero sujeta a un periférico control de regularidad por parte del Juez de la Investigación Preparatoria, a quien el fiscal le requiere la expedición de las medidas asegurativas personales y reales y la variación de su régimen, las que son resueltas al igual que la mayoría de las incidencias materia de su exclusivo pronunciamiento, previo mecanismo de

³ Código Procesal Penal Modelo para Latinoamérica, Exposición de Motivos, I Introducción, punto 2 tercer acápite. Inserto como apéndice en "Derecho Procesal Penal Argentino tomo 1-a. Pags.291 a 453.

audiencia que se erige en un ámbito contradictorio; **la segunda**, denominada Etapa Intermedia, bajo la dirección del Juez de la Investigación Preparatoria, que constituye una fase intermedia repotenciada en su función de saneamiento del proceso, la que tiene como actuación central la Audiencia Preliminar, en la cual además de agotarse la posibilidad de cuestionar el proceso a través de medios de defensa, nulidades y otras articulaciones homólogas, se efectúa de oficio el control formal y sustancial de la acusación, el mismo que permite su rechazo liminar definitivo (absolución anticipada) optándose para este efecto por el mecanismo de sobreseimiento impropio; así mismo se produce el ofrecimiento y admisión de pruebas para el Juzgamiento, pudiendo además consensuarse convenciones probatorias y acuerdos reparatorios; y **la tercera**, de Juzgamiento, constituida por un Juicio oral dirigido por el Juez Penal, unipersonal o colegiado (del mismo nivel que el Juez de la Investigación preparatoria).

Los ejes principales sobre los que gira el modelo de nuestra reforma procesal penal son: la distribución de funciones diferenciadas y exclusivas dentro del proceso, con sujeción a las exigencias constitucionales; la igualdad de armas como expresión del derecho de igualdad entre las partes; el contradictorio que atraviesa todas las etapas del proceso, la que aunada a la garantía amplia del derecho de defensa la dan una connotación adversarial al modelo; la excepcionalidad de la prisión preventiva y la limitación temporal de las demás medidas asegurativas personales, como expresión material de la presunción de inocencia; y la incorporación de fórmulas simplificadoras basadas en el consenso que permiten la definición anticipada del proceso penal.

Con respecto a la caracterización o rotulación del modelo, se maneja por un sector importante de los procesalistas nacionales, el criterio de adscribirlo al sistema acusatorio, cuando no a considerarlo como un modelo acusatorio, adicionándole rótulos como garantista, formal, democrático y adversarial. Con el profundo respeto, admiración y estima personal que me merecen los insignes profesores que sostienen tal posición, me permito disentir de tales criterios, pues considero que no se puede desconocer, ni relativizar la existencia del sistema mixto como uno autónomo y distinto del acusatorio e inquisitivo aurorales, en base a los que

se estructuró en Francia (1808) al influjo de los postulados de la Revolución Francesa. Ello no es óbice para reconocer que, en los modelos mixtos tradicionales (entre ellos el del Código Procedimientos Penales de 1940) hasta mediados del siglo anterior presentaban una preponderancia de las prácticas inquisitivas, la que gradualmente se fue atenuando con las reformas introducidas; y que el modelo del CPP del 2004 presenta una marcada preponderancia acusatoria, lo que no lo torna exento de características como “la persecución penal pública” y “la búsqueda de la verdad histórica” que aún cuando relativizadas, a decir del profesor Julio B. J. Maier, constituyen dos de las máximas fundamentales del inquisitivo⁴. Entonces debemos colegir que nuestra reforma procesal propone un modelo con preponderancia acusatoria y de corte adversarial (entiéndase dentro del sistema mixto, un modelo acusatorio adversarial), que responde a las exigencias de nuestro programa constitucional y de las normas supranacionales para el procesamiento penal en un Estado democrático de derecho; así como a la compleja tarea de “lograr un equilibrio entre las garantías del individuo y la eficacia en la persecución del delito”⁵.

Pero es el caso que, en América Latina el creciente número de conflictos penales registrados rebasa la posibilidad de respuesta de nuestros sistemas de justicia penal; las nuevas manifestaciones de criminalidad altamente aflictiva, en especial la que se perpetra por medio de organizaciones delictivas y/o a través de una compleja operatividad, motivan procesos complejos de duración dilatada por la mayor demanda de atención efectiva; ello aunado a las limitaciones logísticas y de personal, así como la sobrecarga procesal y la sobrepoblación carcelaria heredadas; torna materialmente imposible que todas las causas que ingresan al sistema penal, puedan ser objeto de procesos comunes lineales⁶. Estudios serios realizados en Chile, han permitido establecer que el sistema de justicia de dicho país solo está en capacidad de tramitar mediante procesos lineales, en

⁴ “Derecho Procesal Penal I” de Julio B. J. Maier; Editores del Puerto s.r.l.; Buenos Aires 1999- 2da Edición; pags. Dentro de un449 - 450

⁵ “Comentarios al nuevo Código Procesal Penal” de Pablo Talavera Elguera; Editora Jurídica Grijley; Lima 2004. Pags. 7 – 8.

⁶ Entiéndase procesos penales tipo en los cuales se cumplan todas las etapas del proceso común, así como el trámite impugnatorio.

condiciones regulares que garanticen su eficiencia, aproximadamente el 15% de las causas que ingresan. Estimados al respecto en nuestro país, indicarían que dicho porcentaje no superaría el 20% de las causas ingresadas al sistema penal. Ante tal realidad cobran vital importancia, a nivel de investigación preliminar, el perfeccionamiento de mecanismos de depuración de denuncias (el rechazo liminar de las que carecen de real contenido penal, promover la conciliación a través de la concreción de acuerdos reparatorios, y la aplicación de criterios de oportunidad); y dentro del desarrollo del proceso penal propiamente dicho, las fórmulas de simplificación que a partir del consenso posibilitan una definición anticipada del proceso.

3.- APRECIACIONES CONCEPTUALES CON RELACIÓN A LAS FORMULAS CONSENSUADAS DE SIMPLIFICACIÓN PROCESAL EN MATERIA PENAL

Sea que se trate de institutos procesales insertables o insertados en el proceso común⁷, o de procesos especiales alternativos a éste⁸, las fórmulas de simplificación procesal, concebidas modernamente, no son otra cosa que mecanismos basados en criterios de especialidad, necesidad y razonabilidad, que propenden a la eficacia y celeridad del procesamiento penal, dentro del marco de un debido proceso, que sin vulnerar los derechos procesales del imputado, se orienta a la búsqueda de una solución consensuada, donde se las partes legitimadas (entiéndase el fiscal, el procesado y su abogado defensor) convengan dentro de ciertos límites, no solo la extensión de la pena a imponerse, sino eventualmente también, los términos fácticos y jurídico penales de la condena. Queda claro que, su finalidad material es abreviar los tiempos del proceso, mediante formas de definición anticipada en base al consenso, a las que se llega a través de la aplicación de mecanismos procesales predeterminados; y su objetivo político criminal es la racionalización de las causas a tramitarse mediante

⁷ Como la "Confesión Sincera" o la "conformidad" insertada en nuestro ordenamiento procesal penal por el Art. 5to de la Ley 28122, bajo la denominación de "conclusión anticipada del juzgamiento".

⁸ Como el Proceso de Terminación Anticipada, el Proceso Inmediato o el Proceso por Colaboración Eficaz.

procesos comunes de extensión lineal. Lo antes glosado nos permite inferir inequívocamente que, la inserción de estos mecanismos simplificadorios, en nuestro ordenamiento procesal penal, surge como respuesta a las prácticas procesales burocrático-rituales, inherentes a la tradición procesal europeo continental, que aunadas a la expansión del derecho penal sustantivo; generan la saturación de la carga procesal, altos niveles de población carcelaria en condición de procesados sin condena e ineficacia que se traduce en amplios márgenes de impunidad (aunque esto parezca contradictorio con lo antes señalado). Respuesta político criminal que, evidencia el decaimiento del principio de legalidad procesal, por apartamiento gradual, dada la inoperancia de su rigidez y supeditación a limitantes criterios moralistas, frente a los requerimientos de versatilidad que impone el procesamiento penal en los tiempos actuales.

Un inventario comparativo con relación a la incorporación de mecanismos simplificadorios del procesamiento penal basados en el consenso (sea pleno o por adhesión), efectuado tomando como referentes de comparación el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, los Códigos Procesales Penales (reformados) del Perú, Chile, Bolivia, Ecuador, Costa Rica; y Ley de Enjuiciamiento Criminal de España; nos informa que:

Mientras el CPP Modelo para Iberoamérica (art. 371), preveía como único mecanismo el "Procedimiento Abreviado" activable en la etapa intermedia del proceso, solo en el caso que la pena solicitada por el fiscal no superare los dos años de privación de Libertad.

El CPP del Perú, desarrolla dos fórmulas: una de conformidad (art. 372-2), bajo la denominación de "Conclusión anticipada del juicio" como mecanismo insertado al proceso común; y otra como proceso especial (art. 468), denominado "Proceso de Terminación Anticipada", ambos de aplicación general sin límites en la punición requerida por el Fiscal,.

Por su parte los CPP de Chile (art.406) y de Ecuador (art. 369), incluyen como única fórmula a modo de procedimiento especial, el "Procedimiento Abreviado", en el modelo chileno puede solicitarse concluida la investigación formalizada o en la audiencia preparatoria del juicio (conformidad), procediendo solo en aquellos

casos que el requerimiento de pena del fiscal no supere los cinco años de pena privativa de libertad; mientras en el modelo ecuatoriano puede solicitarse hasta el momento de la clausura del juicio; procediendo solo si el delito materia del proceso tiene conminada una pena privativa de libertad cuyo máximo no supera los cinco años.

Los CPP de Bolivia (art.373) y Costa Rica (art.373) también consideran como única fórmula consensuada el "Procedimiento Abreviado", la que se puede activar concluida la investigación ante el Juez de Instrucción, en el modelo boliviano; y hasta antes de la apertura del juicio, en el modelo costarricense; no estableciendo ninguno de los dos códigos, límites en los términos de la punición, acordándole una aplicación general.

Por último la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España (arts. 655 y 688) implementa como único mecanismo simplificador consensuado insertado al proceso común, "la conformidad", que puede activarse en dos momentos, el primero durante la fase intermedia, luego de conocidos los términos de la acusación; y el segundo, durante la instalación del juicio; procede solo si el requerimiento de pena es de carácter correccional, esto es si la pena solicitada por las partes acusadores no excede de seis años. También procede su aplicación en la tramitación de Procedimientos abreviados.

4.- DEL PROCESO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA

De las fórmulas simplificadoras consensuadas incorporadas a nuestra legislación procesal penal, es el proceso de terminación anticipada el de mayor intensidad tanto en términos reductores de la duración del procesamiento, como en el ámbito de su temática sometido al acuerdo entre el fiscal, el imputado y su defensor.

Estamos hablando de un proceso especial que para su instauración requiere de la previa formalización de un proceso común, constituyendo una variación ex post del trámite procedimental durante el desarrollo de la investigación preparatoria

formalizada⁹, que cobra autonomía definitoria, sustentada en el principio de consenso y en la necesidad político criminal de eficacia a través de una resolución judicial rápida al conflicto penal; fórmula simplificada que permite la conclusión consensuada del proceso penal mediando el respeto del principio de legalidad, consenso conclusivo que es producto de una negociación entre el fiscal y la defensa, basada en recíprocas concesiones y se ve auspiciada por las consecuencias premiales que la ley le acuerda, como son la aplicación del beneficio de reducción de pena por confesión sincera; y de modo adicional acumulativo a la aplicación del beneficio de reducción de pena en una sexta parte por el sólo hecho de acogerse a la terminación anticipada.

En cuanto a la calificación superlativa de su intensidad, ella se explica: en términos del ámbito sometido al consenso, por comprenderse dentro éste, el aspecto fáctico de la incriminación – las circunstancias del hecho punible –, y las consecuencias jurídico penales del delito – pena, reparación civil y consecuencias accesorias a imponer –¹⁰, resultando que en la práctica, como efecto posible de la construcción consensuada de los términos fácticos, a través del “acuerdo acerca de las circunstancias del hecho punible”¹¹, la negociación también podría comprender la calificación jurídico penal de la incriminación, ingresando de ese modo a todos los ámbitos materia de decisión penal; y en términos de reducción de los tiempos del procesamiento, al darse en la etapa investigatoria del proceso, la terminación anticipada permite obviar las restantes etapas procesales, así como las actuaciones impugnatorias, constituyéndose en la fórmula procesal con mayor potencial simplificadorio de nuestro ordenamiento procesal penal.

Pero la terminación anticipada, no es totalmente nueva en nuestro acervo procesal penal, la encontramos presente bajo la denominación de “Terminación anticipada del proceso” desde 1994, como un mecanismo a aplicarse exclusivamente en procesos por tráfico ilícito de drogas (de la Ley N° 26320 del 30 de mayo de 1994);

⁹ Encontrándose en vigencia a nivel nacional, entiéndase que en los distritos judiciales donde aún no rige el nCPP su ámbito de aplicación es la instrucción.

¹⁰ Art. 468 inc. 5 del nCPP.

¹¹ Art. 468 inc. 5 del nCPP.

y luego bajo la denominación de “Conclusión anticipada del proceso”, aplicable en procesos por delitos aduaneros (del Art. 20º de la Ley de los delitos aduaneros - Ley N° 28008) desde el 18 de junio 2003. En la actualidad por disposición de la Ley N° 28671, vigente a partir del 1 de Febrero del 2006, las normas relativas al Proceso de Terminación Anticipada, contenidas en el Código Procesal Penal del 2004, se encuentran vigentes a nivel nacional.

Cabe anotar que a diferencia del actual “Proceso de Terminación Anticipada”, sus antecedentes nacionales tenían un ámbito de aplicación restringido solo a los delitos precisados; y no posibilitaban una cabal negociación entre el fiscal y el imputado, pues se sustentaban en un consenso por adhesión, que solo permitía al imputado avenirse a la propuesta fiscal; siendo de precisar que, adicionalmente, en el caso de la “conclusión anticipada del proceso” para delitos aduaneros, la aprobación del acuerdo estaba supeditada “al pago de una suma equivalente al doble del valor de las mercancías materia del delito, mas los tributos dejados de pagar y los derechos antidumping o compensatorios, sin perjuicio del decomiso de las mercancías e instrumentos materia del delito”¹².

Auscultando las fuentes de la institución en comento, debemos reconocer como precursora al “plea bargaining” del sistema anglosajón; y como fuentes inmediatas a la terminación anticipada colombiana en su versión modificada mediante la Ley N° 81 de 1993, a la conformidad española y al “pateggiamento” italiano en su variante del Codice di Procedura Penale de 1989.

Con respecto a sus aspectos procedimentales, su ámbito de aplicación es general, pues resulta aplicable en los procesos por todo tipo de delito ; debiendo precisarse que en el caso, de procesos con pluralidad de hechos punibles y/o de imputados, se requiere el acuerdo de todos los imputados y por todos los cargos, procediendo aprobarse acuerdos parciales (esto es, de alguno de los imputados), sólo si el desacuerdo de los demás se refiere a otros delitos conexos en relación con otros imputados; y si tal aprobación no perjudica la investigación; o si la acumulación resulta indispensable.

¹² Art. 20 inc. D y E de la Ley N° 28008.

De otro lado, cabe resaltar que si bien, tanto el fiscal como el imputado pueden motivarlo independientemente, su prosecución requiere de la no oposición del fiscal o el imputado; pudiendo intentarse por una sola vez. En cuanto a la participación que corresponde a las partes durante su tramitación, tenemos que el Fiscal y el imputado están autorizados a sostener reuniones preparatorias informales (en búsqueda del consenso); por su parte el juez está obligado durante la audiencia, a explicar al imputado los alcances y consecuencias del acuerdo; y a propiciar el consenso, instando a las partes a que lleguen a un acuerdo.

En lo que respecta a la participación de la parte civil y el tercero civilmente responsable, esta es facultativa, existiendo la obligación de poner en su conocimiento la instauración del procedimiento de terminación anticipada, pudiendo estos pronunciarse respecto a su procedencia y del ser caso formular sus pretensiones.

Tratándose de un proceso sustentado en el principio de consenso, corresponde al Juez el control de regularidad y razonabilidad del acuerdo (razonabilidad de los cargos, tipicidad del hecho, legalidad y proporcionalidad de la pena), el que tiene un carácter externo o periférico; por lo que solo le permite desaprobado el acuerdo, en los casos: a) que no se cuente con elementos que doten de razonabilidad a los cargos; b) de haberse acordado una pena absolutamente desproporcionada e irrazonablemente fuera de los términos de la conminación legal; y c) que se favorezca irregularmente al procesado con una calificación penal que no corresponde a los hechos. Considero que eventualmente el Juez puede rechazar el acuerdo y declarar fenecido el proceso, de darse los presupuestos fundantes de las excepciones típicas; o reconducir la calificación típica de los hechos, siempre que esto no genere un perjuicio al procesado, en el caso de error manifiesto en la calificación jurídico penal propuesta en el acuerdo. Quede claro que el Juez no está facultado para dictar condena excediendo los términos del acuerdo.

Como en todo proceso de negociación, cabe la posibilidad que la misma no concluya en un acuerdo; ante esta situación o en el supuesto que el acuerdo sea objeto de desaprobación judicial, la aceptación de cargos por parte del imputado del imputado se tiene como inexistente, no pudiendo ser utilizada en su contra

dentro de proceso originario,; de igual manera debe entenderse que los términos de la propuesta fiscal o del acuerdo fallido, carecen de efecto vinculante para el Ministerio Público por alcanzarles la mismo ratio de inexistencia..

Evaluando los efectos adicionales del proceso de terminación anticipada en particular, tenemos que estos inciden tanto en favor del sistema de justicia penal como del procesado, sin que esto constituya una lista cerrada, son de precisarse, como efectos en favor del Sistema de Justicia: a) La economía procesal en términos de ahorro de las etapas intermedia y de juzgamiento, así como de las actuaciones impugnatorias; b) La reducción de los costos del proceso; c) La reducción de la carga procesal que posibilita la racionalización de los recursos, mediante su aplicación a procesos de mayor complejidad que los requieran; y d) La reducción de los índices de impunidad generados por los sobreseimientos y absoluciones motivadas en la improbanza o la duda; y como efectos en favor del imputado: a) Que, permite la obtención de una pena rebajada como consecuencia de los beneficios premiales acumulados; b).Que, evita los efectos estigmatizadores del juzgamiento público; c). Que, facilitar la adopción de una positiva actitud readaptativa por el condenado, favoreciendo su reinserción social; y d) Que, eventualmente evita los efectos negativos de la prisionización al posibilitar (en los casos que la ley lo permite), acuerdos respecto a la suspensión de la ejecución de la pena.

5.- LA CONFORMIDAD O CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL JUICIO Y SU PROBLEMÁTICA

La conformidad es considerada como una manifestación del principio dispositivo en el proceso penal, que constituye una clara excepción al principio de oficialidad que informa el mismo¹³, y por ende una expresión de la flexibilización del principio de legalidad. En esencia se trata de un mecanismo de simplificación procesal que permite poner fin anticipadamente al proceso, evitando la continuación del juicio

¹³ Silvia Barona Vilar. "La conformidad en el Proceso Penal" pág. 222.

oral y “por consiguiente la actuación probatoria encaminada a demostrar la realización del hecho imputado”¹⁴, al tener como existente y cierto el hecho aceptado, con independencia de que tal aceptación, en sentido estricto, se corresponda en todos los casos a la verdad histórica¹⁵, sin que ello implique la ausencia de un básico control de razonabilidad -en términos de sustentabilidad- de los cargos materia de aceptación. Esto supone una declaración de voluntad libre y unilateral del imputado expresada durante las actuaciones iniciales del juzgamiento —entiéndase antes de iniciarse la actuación probatoria—, aceptando solo los cargos penales formulados en la acusación (conformidad relativa o limitada), aceptando además la pena y el monto de la reparación civil propuestos en la acusación (conformidad absoluta) o acordando con el fiscal la pena (conformidad negociada), necesariamente ratificada por el abogado defensor; la que de modo decisivo releva al fiscal de la obligación de producir prueba de cargo y por ello “produce en la instancia una preclusión para el acusado de poder alegar en otro grado jurisdiccional la ausencia de aquella”¹⁶, lo que constituye el sustrato esencial sobre el que descansa dicha institución. En atención a lo antes glosado, queda claro que además, la conformidad se sustenta en la disposición activa por parte del imputado, de los derechos a la presunción de inocencia y de defensa que le asisten; que se traduce -tanto en la conformidad por adhesión como en la consensuada- en una mutua renuncia; la del imputado a que se quiebre con prueba en rigor su estatus legal de inocencia y a ejercer la contradicción probatoria; y la del Ministerio Público a desplegar su actividad probatoria; generando adicionalmente que el Ministerio Público y el sistema de justicia en su conjunto se beneficien, al economizarse el despliegue de los actos propios del juzgamiento; minimizando las posibilidades de fracaso de la persecución penal¹⁷.

¹⁴ Como se infiere de uno de los fundamentos de la STS del 17 de Junio de 1991 (RJ 1991, 4728) citada por Antonio Pablo Rives Seva en “ La Prueba en el Proceso Penal” pag. 141.

¹⁵ STS de 08 de Marzo de 1995 (RJ 1995, 1912) citada por Antonio Pablo Rives Seva en “La Prueba en el Proceso Penal” pag. 140.

¹⁶ Antonio Pablo Rives Seva . Ob.cit. pag.140.

¹⁷ Leonel Calderón Calavid; “Suspensión y Terminación del Proceso Penal” 1ra Edición, Biblioteca Jurídica Dike.- Medellín – Colombia, 1996, pag.106 – 107.

Como características generales de la conformidad nacional¹⁸, además de las antes señaladas, son de precisar: a) que tiene como presupuesto de base la confesión del procesado admitiendo los cargos penales que le son formulados en la acusación; b) que se trata de un mecanismo simplificador de aplicación general, esto es puede aplicarse en todos los procesos penales, cualquiera sea el delito o los extremos de la penalidad; a diferencia de los modelos de conformidad español, chileno y ecuatoriano, que establecen límites a su aplicación en atención a la penalidad de los delitos materia de procesamiento¹⁹; y c) que a diferencia del proceso de terminación anticipada, en el caso de procesos con pluralidad de imputados, se admite el acogimiento de parte de los encausados, sin que se requiera el asentimiento de los demás coprocesados (conformidad parcial).

En función de lo señalado líneas arriba, aparece claro que la conformidad es un instituto procesal que si bien resulta consecuencia de la confesión, no puede confundirse con esta. En la confesión el imputado acepta los cargos fácticos. En la conformidad, luego de confesar el imputado debe además aceptar la calificación jurídico penal de los hechos, (pudiendo en cuanto a los extremos de la pena producirse acuerdo entre fiscal e imputado, según la adopción de este instituto por nuestros reformadores del Código Procesal Penal).

Cabe señalar que mientras la confesión del imputado constituye un medio de prueba especial; la conformidad supone la exclusión de toda posibilidad probatoria futura a partir de la aceptación de cargos, lo cual no enerva la necesidad actual de controlar por lo menos la razonabilidad (en términos de sustentabilidad probatoria) de los cargos aceptados, entiéndase a partir de prueba preconstituida o de las actuaciones investigatorias²⁰; pues debe colegirse de la jurisprudencia vinculante citada que constituye un presupuesto para la procedencia de la conclusión

¹⁸ Tanto en la fórmula de consenso limitado acogida en el art. 5 de la Ley N° 28122, como en la fórmula de negociada por la que optó nuestro reformador en el art. 372 inc. 2 del CPP del 2004.

¹⁹ En España solo es aplicable en procesos en que la pena solicitada en la acusación no supere los 6 años de privación de libertad; en Chile en los procesos en que el requerimiento fiscal no supere los 5 años de privación de libertad; y en Ecuador en los procesos por delitos cuya pena conminada en su extremo máximo no supere los cinco años de privación de libertad.

²⁰ Brousset Salas, Ricardo Alberto/ Bernal Loayza, Janet Luz, artículo citado, pag 119.

anticipada del juzgamiento que en la etapa procesal de investigación se hubiere incorporado elementos que doten de razonabilidad a los cargos y por ende de sustentabilidad a la adhesión del encausado; situación que en la lógica del Código Procesal Penal del dos mil cuatro, se sobreentiende verificada en razón que en el modelo procesal de la reforma se exige el control liminar de la sustentabilidad de los cargos contenidos en la acusación durante la etapa intermedia del proceso²¹ (artículo trescientos cincuentidós, inciso cuarto del Código Procesal Penal), pero que en atención a la imposibilidad de dicho control liminar en la legislación procesal penal vigente²² se hace necesario que al igual de lo que ocurre en el proceso de terminación anticipada²³ el Juez tenga que avocarse al control de tal razonabilidad; siendo de precisar que el control judicial de dicha razonabilidad, no puede confundirse con el control de suficiencia de las pruebas de cargo o con la homologación probatoria de los cargos, las que no se corresponden con el especial carácter de esta institución. Ello en razón que la aceptación del acusado no puede suplir la ausencia de cargo probable, en cualquiera de los ámbitos que se requieren para establecer condena, pues el imputado al manifestar su conformidad dispone de su derecho a la presunción de inocencia y a la defensa, renunciando concreta y únicamente a ejercer controversia probatoria, esto es a presentar obstáculos a futuro a la pretensión punitiva ejercitada en su contra.

Quede en claro que dentro del marco de garantías propio de un estado democrático de derecho, no es posible pretender que el avenimiento dispositivo del acusado a la conformidad o a cualquier otra fórmula simplificatoria que permita sentencia anticipada, habilite su condena con prescindencia o abstracción de la prueba²⁴, entendida esta última (para estos casos en particular) en términos extensivos como la existencia de recaudos investigatorios que aunados a la confesión del imputado acogido, permitan una estimación judicial de razonabilidad de los cargos y por ende de su condena penal; estimación que dada la naturaleza consensual de las fórmulas de simplificación procesal que conducen a la

²¹ Art. 352° inc. 4° del C.P.P. del 2004.

²² En todo el país a excepción de los Distritos Judiciales de Huaura y La Libertad.

²³ Art. 468° inc. 6° del C.P.P del 2004..

²⁴ A decir del Prof. Leonel Calderón Calavid, Ob.Cit. pag. 107.

posibilidad de condenas anticipadas, sustituye la convicción judicial sustentada en prueba como mecanismo mínimo para garantizar que la expedición de condena se condiga con una razonable impartición de justicia penal; debiendo considerarse que la inobservancia de tal mecanismo mínimo de control y garantía por parte del Juez, acarrearía de nulidad la sentencia anticipada por grave infracción al debido proceso.

Ámbito del control Judicial respecto a la regularidad de la conformidad :

En atención a la naturaleza procesal de la conformidad (entiéndase conclusión anticipada del debate de juzgamiento en el modelo nacional); consideramos que el control jurisdiccional de su acogimiento y aplicación en cada caso concreto, necesariamente debe incidir en tres aspectos: **a)** la razonabilidad de los cargos formulados por el Ministerio Público, el que según lo explicado precedentemente carece de rigor probatorio en sentido estricto, limitándose a un juicio destinado verificar solo la probabilidad de los cargos; lo que posibilita que el mismo órgano jurisdiccional, prosiga de modo libre e imparcial el juzgamiento de los no conformados, en aquellos procesos con pluralidad de imputados en los que se produjera el acogimiento de parte de ellos; **b)** la legalidad penal no solo en términos de la correcta adecuación típica de los hechos atribuidos, sino también de igualdad y proporcionalidad, por lo que el control puede extenderse, de ser el caso, a la verificación de la existencia en el caso concreto de circunstancias que pudieran determinar la exención o la atenuación de la responsabilidad penal; y **c)** de la voluntariedad de la conformidad del imputado para lo que se debe evaluar si el sometimiento del acogido fue voluntario, libre, informado y con el asesoramiento de su abogado defensor y que no hubiere producido mediando error, presión, desconocimiento de sus alcances jurídico procesales, o contando con un patrocinio inexistente o fraudulento .

Es menester precisar que, al igual que en la sentencia de terminación anticipada, el control de regularidad del Juez respecto del acuerdo, bajo ningún punto de vista podría dar lugar a una sentencia que exceda los términos del acuerdo en contra

del acusado, pudiendo si variar tales términos en su favor, de mediar causa legal que lo amerite, por encontrarse facultado a efectuar un control directo pro reo, conforme lo precisado líneas arriba. Siendo que, en aquellos casos en que el acuerdo resulte manifiestamente carente de razonabilidad ó que inmotivadamente arribe a una pena fuera de los extremos de la conminación legal, el control judicial solo podría dar lugar a la insubsistencia del trámite simplificado y la desaprobación del acuerdo, debiendo continuar el desarrollo de la audiencia, bajo su tramitación regular.

La "Conformidad" del Código Procesal Penal del 2004.

La fórmula de "conformidad" adoptada en el Código Procesal Penal²⁵ bajo la denominación de "Conclusión del juicio" (entiéndase anticipada), se afilia parcialmente a las fuentes italiana y colombiana; pues manteniendo en lo sustancial la fórmula de fuente española adoptada por la Ley N^o 28122, posibilita

²⁵ Promulgado mediante Decreto Legislativo 957 en su artículo 372^o incorpora la institución de la conformidad bajo la denominación de conclusión anticipada del juicio bajo el siguiente texto:

1. El Juez después de haber instruido de sus derechos al acusado, le preguntará si admite ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil.
2. Si el acusado previa consulta con su abogado defensor responde afirmativamente, el Juez declarará la conclusión del juicio. Antes de responder, el acusado también podrá solicitar por sí o a través de su abogado conferenciar previamente con el Fiscal para llegar a un acuerdo sobre la pena, para cuyo efecto se suspenderá por breve término. La sentencia se dictará en la misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de cuarentiocho horas, bajo sanción de nulidad del juicio.
3. Si se aceptan los hechos objeto de acusación fiscal, pero se mantiene un cuestionamiento a la pena y/o la reparación civil, el juez previo traslado a todas las partes, siempre que en ese ámbito subsista la contradicción, establecerá la delimitación del debate a la sola aplicación de la pena y/o a la fijación de la reparación civil, determinará los medios de prueba que deberán actuarse.
4. Si son varios los acusados y solamente admiten los cargos una parte de ellos, con respecto a estos últimos se aplicará el trámite previsto en este artículo y se expedirá sentencia, continuando el proceso respecto a los no confesos.
5. La sentencia de conformidad, prevista en el numeral 2) de este artículo, se dictará aceptando los términos del acuerdo. No obstante, si a partir de la descripción del hecho aceptado, el juez estima que no constituye delito o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier causa que exima o atenúe la responsabilidad penal, dictará sentencia en los términos en que proceda. No vincula al juez penal la conformidad sobre el monto de la reparación civil, siempre que exista actor civil constituido en autos y hubiera observado expresamente la cuantía fijada por el fiscal o que ha sido objeto de conformidad. En este caso, el juez penal podrá fijar el monto que corresponde, si su imposición resultara posible o, en todo caso, diferir su determinación con la sentencia que ponga fin al juicio."

además una fórmula de conformidad consensuada, basada en el consenso o acuerdo, entre el acusado y el fiscal respecto de la pena a imponerse.

Apreciaciones críticas en torno a la incorporación de la “Conformidad” y su tratamiento jurisprudencial.

La incorporación de la conformidad a nuestro acervo procesal penal, bajo la denominación de “Conclusión Anticipada del Juicio”, primero mediante una fórmula única, conservadora, sustentada en un consenso unilateral expresado en la adhesión del imputado a los cargos propuestos por la parte acusadora (Ley N° 28122); y luego proponiendo además una fórmula sustentada en un consenso real, que permite una negociación entre el fiscal, el imputado y su defensor a efectos de acordar la pena (CPP del 2004); así como el tratamiento jurisprudencial dado a dicha institución; en el contexto de nuestra especial coyuntura de transición y reforma en materia procesal penal; nos motiva una serie de reflexiones, especialmente vinculadas al primer modelo de conformidad adoptado.

1) En tiempos de reforma, se torna indispensable, por razones de coherencia político criminal, que las modificaciones legislativas a implementarse de inmediato, tiendan a adelantar la vigencia de determinadas instituciones o prácticas del nuevo modelo, y en caso de no ser esto posible, se oriente a facilitar el tránsito hacia el nuevo modelo; y que la jurisprudencia así como los acuerdos plenarios de nuestra Corte Suprema de Justicia –en especial los de carácter vinculante- marquen una progresión ideológica hacia el nuevo modelo, de tal manera que se facilite su implementación y consolidación, dejando de lado criterios y prácticas incompatibles o contrarias con su lógica fundamental..

2) La conformidad de la Ley N° 28122,²⁶, conforme lo precisado líneas arriba, condiciona la conclusión anticipada del juzgamiento a la confesión del imputado – en términos de aceptación de los cargos contenidos en la acusación-, la que da lugar a su acogimiento voluntario para tal fin el que se perfecciona con la opinión favorable del defensor; sin establecer textualmente la exigencia de un control de sustentabilidad de los cargos a efectos de expedirse la sentencia conformada. En una línea interpretativa, sería de considerar innecesaria la inserción expresa de tal exigencia en la norma comentada, en razón que el art. 136° del C.de P.P., tanto en su versión modificada por Ley N° 24388 (vigente a la fecha de su expedición), como en su modificatoria por Ley N° 28760 (de data posterior a la misma), condicionan los efectos de la confesión a su corroboración o comprobación; lo cual explicaría tal omisión. Debe precisarse que la corroboración, en atención a la naturaleza y efectos procesales de la fórmula simplificatoria analizada: a) estará orientada a verificar la razonabilidad - insisto en términos de sustentabilidad material- de los cargos, al ser éstos materia de aceptación en la confesión; y b) deberá efectuarse a la luz de los elementos investigatorios aportados al proceso, pues el escenario de dicho control es previo a la actuación probatoria y su objetivo es justamente permitir la conclusión del proceso obviando tal actuación.

De otro lado, un análisis del tema desde la perspectiva de la trascendencia de los derechos materia de renuncia como consecuencia de la activación de la conformidad –presunción de inocencia y derecho a la contradicción de prueba, por parte del imputado; y a la prueba por parte del Ministerio Público-, de cara a la

²⁶ Art. 5° “En los casos de confesión sincera, la Sala o el Juez actuarán conforme a las siguientes reglas:

1. La Sala, después de instalada la audiencia, preguntará al acusado si acepta ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil.
2. Si se produce la confesión del acusado, el juzgador preguntará al defensor si está conforme con él. Si la respuesta es afirmativa, se declara la conclusión anticipada del debate oral. La sentencia se dictará en esa misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho (48) horas, bajo sanción de nulidad.
3. Si el defensor expresa su conformidad, pero condicionándola a la oralización de algún medio probatorio, se atenderá el pedido así como se permitirá argumentaciones y refutaciones sobre la pena y reparación civil. Seguidamente, se suspenderá la sesión para expedir sentencia, la que se dictará en esa misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho (48) horas, bajo sanción de nulidad.
4. Si son varios los acusados y solamente confiesa una parte de ellos, con respecto a éstos, se aplicará el trámite previsto y se expedirá sentencia, prosiguiéndose la audiencia con los no confesos, salvo que la Sala estime que se afectaría el resultado del debate oral.”

finalidad última del proceso y su legitimación constitucional, nos lleva a afincar la necesidad de un control básico de la sustentabilidad de los cargos objeto de conformidad, como una exigencia racional y jurídicamente validante de la sentencia conformada. Este criterio no coincidente con la postura que al respecto ha venido tomando la doctrina procesal penal acogida en el ámbito del derecho comparado por legislaciones modernas prestigiadas por sus resultados, como el Código Procesal Penal de Chile que condiciona la aceptación, por el Juez, de la solicitud de procedimiento abreviado –denominación que toma la conformidad en dicha legislación- a que “los antecedentes de la investigación fueren suficientes”²⁷; y si ello no fuera suficiente, preceptúa que “la sentencia condenatoria no podrá emitirse exclusivamente sobre la base de la aceptación de los hechos por parte del imputado”²⁸.

Connotados profesores europeos, han expresado su preocupación por los problemas que suscita la institución de la conformidad en el sistema europeo continental; cabe señalar al respecto la afirmación de Schünemann B., en el sentido “que las disfunciones que la introducción de la conformidad ha producido en Alemania podrían solventarse con las medidas cautelares necesarias, introduciendo la contradicción previa al acuerdo y remodelando el papel del Juez, respecto a la comprobación de la verdad, a la que lo acordado debe responder”²⁹; en el mismo sentido, Vives Antón en su informe respecto a la Reforma Procesal Penal Española de 1992 sostuvo que “sería conveniente reformar la regulación de la conformidad para permitir al Juez o Tribunal, acordar la continuación del juicio, si pese a las manifestaciones del imputado y de su letrado, no existen suficientes elementos de cargo, pues si bien ordinariamente la investigación practicada y la sucesiva conformidad serán bastante para destruir la presunción de inocencia, no puede excluirse que en algunos supuestos extraordinarios no lo sean”³⁰. Es en atención a los peligros antes anotados, que la doctrina y la jurisprudencia europea, vienen estableciendo que si bien “la conformidad significa un allanamiento a las

²⁷ Art. 410º del CPP.

²⁸ Art. 412 - 2do acápite – del CPP

²⁹ Schünemann B. “¿Crisis del proceso penal? P.10, citado por Silvia Barona Vilar. “La conformidad en el proceso penal” pág. 234.

³⁰ Silvia Barona Vilar. “La conformidad en el proceso penal” pág. 234 – 235.

pretensiones de la acusación, no llega a sus estrictas consecuencias”, ello por no darse una equiparación exacta entre ambas modalidades de terminación del proceso - conformidad y allanamiento-, permitiéndose en el caso de la conformidad en el proceso penal, que no obstante ella, el juez dicte la sentencia que estime justa³¹. Abona en el mismo sentido la posición asumida por el profesor colombiano Leonel Calderón Calavid, quien sostiene que en los casos de terminación anticipada y de conformidad, le está vedado al Juez absolver, ello en atención a la naturaleza de dichas instituciones y su finalidad, siendo la alternativa el condenar o anular lo actuado respecto a la terminación anticipada o conformidad³².

Por su parte, la Sala Penal de la Corte Suprema de la República al respecto, ha establecido como precedente vinculante –en la Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Permanente recaída en el RN N° 1766-2004³³- que *“...en el caso de la conclusión anticipada del debate oral, se privilegia la aceptación de los cargos por parte del imputado y su defensa –ella es la titular de esta institución-, cuya seguridad –de cara al principio de presunción de inocencia- parte de una instrucción cumplidamente actuada con sólidos elementos de convicción y valorada, a los efectos de la pretensión acusadora, por el Fiscal Superior y luego por la defensa...”*; y que *“es de aclarar que cuando el artículo cinco³⁴ hace mención a la confesión sincera, en rigor nos remite al numeral uno de dicha norma que por tal expresión, a estos solos efectos – aunque dogmáticamente cuestionable-, entiende únicamente aceptar en ese trámite ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil, de modo que en ese caso tampoco cabe concordarlo necesariamente con el artículo ciento treintiseis del Código de Procedimientos Penales o con el artículo primero,*

³¹ Brousset Salas, Ricardo Alberto/ Bernal Loayza, Janet Luz, “La Aplicación del Beneficio Procesal de Reducción de Pena por confesión sincera en los procesos por delitos de terrorismo”; en Revista de la Corte Superior de Justicia de Lima, Año 3, Número 4.- pags. 115 a 117.- Lima, 2003

³² Leonel Calderón Calavid, Ob. Cit. Pag. 107 - 108.

³³ Su fecha 21 de setiembre del 2004; en “Jurisprudencia y Precedente Penal Vinculante – Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema” del Prof. César San Martín Castro; Palestra Editores; Lima 2006; pags. 159 a 162.

³⁴ Entiéndase de la Ley N° 28122.

numeral tres, de la citada Ley³⁵”, excluyendo bajo tales argumentos, la necesidad de un básico control de razonabilidad de los cargos materia de conformidad a partir de los elementos recabados en la investigación. Comentando el precedente jurisprudencial antes glosado, sentada líneas arriba nuestra posición por un control judicial de la sustentabilidad de los cargos, solo nos cabe precisar que nuestra realidad judicial exhibe como una constante, la presencia significativa de instrucciones incompletas o defectuosamente sustanciadas, así como de acusaciones fiscales que no responden a un adecuado juicio de probabilidad; las que sin embargo dan lugar a la apertura de juicios orales, al no permitir nuestra legislación vigente un control liminar sustancial de la acusación³⁶; por lo que hablar -en términos generales- de instrucciones “cumplidamente actuadas” y acusaciones en las que se “valoren sólidos elementos de convicción”, resulta ajeno a la realidad de nuestro procesamiento penal. Consideramos que la primacía de la realidad, motivó que la propia Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en un pronunciamiento jurisprudencial posterior al precedente en comento –el recaído en el RN N° 1388-2005 procedente de La Libertad³⁷- tuviera que señalar contradictoriamente, que “... como la sentencia se emitió al amparo del artículo cinco de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós, no es posible una absolución sustentada en la ausencia de un elemento de prueba –no en un supuesto de atipicidad o de evidente exclusión del injusto penal-, pues la aceptación de cargos presupone que el Juez valore si ésta es procedente en función a la presencia de mínimos elementos de convicción suficientemente capaces de enervar la presunción constitucional de inocencia, y además por su propia naturaleza, importa una renuncia a la prueba plenaria que no es posible descartar si es que el Tribunal estima que faltan elementos de convicción y ha de resolver contra la pretensión del Ministerio Público, que aceptó el imputado y su defensa, pues en ese caso coloca al fiscal en una situación de indefensión

³⁵ Entiéndase de la Ley N° 28122.

³⁶ Mecanismo saneatorio que si contempla el CPP del 2004 en su art. 352º inc. 4to.

³⁷ Su fecha 27 de setiembre del 2005; en “Jurisprudencia y Precedente Penal Vinculante – Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema” del prof. César San Martín Castro; Palestra Editores; Lima 2006; pags.829 a 830.

material; que siendo así, y en todo caso, debió desestimarse la terminación anticipada del juicio oral...". Es de esperar que la expedición de la ejecutoria antes glosada motive la revisión³⁸ del precedente vinculante en comento, ello en atención a la equiparidad –constitucional y operativa para efectos del mecanismo simplificador de la conformidad- de los derechos materia de renuncia por parte del imputado y el fiscal.

3) Ante la omisión del legislador –en la Ley N° 28122- de fijar el límite de la pena a imponerse en la sentencia conformada, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la ejecutoria suprema antes citada –recaída en el RN N° 1766-2004- estableció, también como precedente vinculante, “...que el acto de disposición del imputado y su defensa se circunscribe al reconocimiento de la responsabilidad penal y civil atribuida, no es un allanamiento a la pena pedida y a la reparación civil solicitada, por lo que –como postula la doctrina procesalista- el Tribunal está autorizado al reconocerse los hechos acusados, a recorrer la pena en toda su extensión, desde la mas alta prevista en el tipo penal hasta la mínima inferida, llegando incluso hasta la absolución si fuere el caso, esto es si se toma en cuenta la fuente española parcialmente acogida...”.

A nuestro criterio, la autorización jurisprudencial a “recorrer la pena conminada en toda su extensión”, incluso mas allá de la pena propuesta en la acusación, resulta rebatible a partir de las siguientes líneas de cuestionamiento:

a) Que, no toma en cuenta el rol materialmente referencial –no solo en términos incriminatorios, sino también en términos punitivos- que cumple la acusación fiscal para determinar la conformidad del imputado; mas allá que el acogimiento del imputado no conlleva necesariamente un avenimiento a la pena cuya imposición se requiere en la acusación; resulta innegable que incluso en los casos en que se cuestione dicho pedido de pena, el imputado decide conformarse bajo el entendimiento que éste fija el límite de la punición en su contra, esto es el límite del riesgo procesal que asume.

b) Que, la propia fuente española que invoca –la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 655° 2do acápite- expresamente señala que en la sentencia conformada

³⁸ Entiéndase en un próximo Pleno Jurisdiccional Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República.

el tribunal “no puede imponer pena mayor que la solicitada”; prescripción que es adoptada por los demás códigos de la reforma procesal penal latinoamericana, como el CPP de Chile, que en su art. 412º precisa que “en caso de ser condenatoria –la sentencia recaída en el procedimiento abreviado- el juez no podrá imponer una pena superior, ni mas desfavorable a la requerida por el Fiscal o el querellante, en su caso”; y el CPP del Ecuador, que en el tercer acápite de su art. 370º señala “El juez puede absolver o condenar, según corresponda. Si condena, la pena impuesta no puede superar la requerida por el Fiscal”.

c) Que, nuestro propio CPP del 2004, en su art. 397 inc.3, establece como expresión de correlación entre la acusación y la sentencia, que “el juez penal no podrá aplicar pena mas grave que la requerida por el fiscal, salvo que se solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación.

6.- CONDICIONES DE VIABILIDAD CONSTITUCIONAL Y CONSECUENCIAS DE LAS FORMULAS CONSENSUADAS DE SIMPLIFICACIÓN DEL PROCESAMIENTO PENAL

Nos permitimos proponer, a modo de esboza conclusivo, determinadas condiciones que consideramos darían viabilidad constitucional a las fórmulas simplificadoras del procesamiento penal tratadas en el presente trabajo.

En primer término, el acogimiento del imputado a las fórmulas de simplificación procesal, trátase de procesos especiales simplificados propiamente dichos o de procedimientos de simplificación aplicables en el decurso del proceso común, debe darse de modo enteramente voluntario e informado, mediando necesariamente el asentimiento de la defensa, que opera como mecanismo de seguridad para efectos de garantizar tal voluntariedad informada.

En cuanto a los términos de referencia para el acogimiento, avenimiento o conformidad del imputado, estos deben ser claros y en su caso marcar el límite máximo de la posibilidad punitiva; resultando vedadas las emboscadas procesales posibilitadoras de una mayor punición del acogido.

En aquellas fórmulas simplificadoras, que a partir de la conformidad del imputado posibilitan su condena anticipada, debe ejercitarse un efectivo e ineludible control judicial de regularidad, que debe incidir necesariamente en: la razonabilidad (entiéndase probabilidad o sustentabilidad material) de los cargos aceptados, ello a partir de los elementos aportados a la investigación; la legalidad penal del título de incriminación; y la voluntariedad informada del acogimiento. Debiendo adicionalmente habilitarse el ejercicio jurisdiccional de un control pro reo, que excepcionalmente posibilite la absolución anticipada del acusado, frente a la evidencia de causas que eximentes de responsabilidad penal o de la manifiesta concurrencia de supuestos que funden excepciones típicas. Este ámbito de control jurisdiccional de regularidad, permitiría garantizar se satisfagan las exigencias mínimas del debido proceso; sin desnaturalizar el carácter consensuado y la finalidad simplificatoria de las fórmulas anticipativas de la resolución del proceso penal.

Es de resaltar que el principio de consenso pleno que posibilita la negociación entre fiscal e imputado, respecto de los términos y condiciones de la punición; así como la asociación de mecanismos premiales que garanticen de modo efectivo al imputado acogido la obtención de determinados beneficios que incidan de algún modo en la atenuación de la pena, se constituyen como los mas eficaces elementos de validación constitucional y social de estas instituciones; por lo que debe propenderse al abandono de aquellas fórmulas que se sustentan únicamente en la adhesión unilateral del imputado.

En cuanto respecta a las consecuencias mas saltantes de la adopción de los mecanismos simplificadorios consensuados del procesamiento penal, tenemos:

Se acuerda al Fiscal un poder dispositivo sobre el contenido esencial del proceso³⁹, facultándolo a efectuar concesiones en aras de consensuar los términos de la pena con el imputado y su defensa . Al respecto cabe señalar que,

³⁹ A despecho de lo sostenido por Velez Mariconde, Alfredo, en el Proyecto de Código Procesal Penal para la Provincia de Córdoba, 1968, pag 51; citado por Caferata Nores, José I. en "Cuestiones actuales sobre el proceso penal" 2da. Edición, Editores del Puerto SRL, Buenos Aires 1998,- El Juicio penal abreviado, pag. 140.

los mecanismos de consenso vienen siendo criticados por un sector de la doctrina, bajo la sindicación que estos han sido objeto de apropiación oficial, produciendo de este modo la consolidación de prácticas neo inquisitivas; postura que no compartimos, por considerar que contrariamente al sustento de tal posición crítica, las fórmulas simplificadoras sustentadas en el consenso, mas allá de la reducción de los plazos del proceso, permite a través de sus mecanismos inclusivos una efectiva democratización de la decisión penal.

Se otorga al Abogado Defensor un rol de garante procesal de la voluntariedad informada del imputado, para la disposición de sus derechos a la presunción de inocencia, a la no incriminación y a la contradicción de los cargos,

Se acuerda al Juez la función de propiciar (en sede de audiencia especial) el acuerdo entre el Fiscal, el imputado y su defensa; ello en los procesos de terminación anticipada, así como en la fórmula de conformidad consensuada;

Se limita la discrecionalidad del Juez frente a los acuerdos consensuados, al ámbito de un control de la regularidad de los mismos, de tal manera que solo tiene la alternativa de aprobar o desaprobado el acuerdo; y excepcionalmente apartarse del acuerdo para disminuir la pena acordada o absolver al imputado, bajo reglas predeterminadas. No encontrándose facultado para exceder los términos punitivos del acuerdo;

Se rompe el paradigma de la determinación exclusivamente judicial de la pena; pues el quantum de la pena es acordada entre el fiscal, el imputado y su defensa (entiéndase dentro de un marco de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad), limitándose el Juez a efectuar un control externo o periférico respecto de su regularidad. Por lo que se traslada al Fiscal la obligación de sustentar dentro de los cánones exigidos para su determinación legal, tanto su propuesta inicial de pena, como la que se determine como consecuencia del acuerdo celebrado con el imputado, ello en términos de proporcionalidad y razonabilidad; de tal manera que se facilite el control judicial de la misma.

7.- BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Armenta Deu, Teresa; "Principio Acusatorio y Derecho Penal"; Barcelona 1995; Editorial Bosch.
- 2.- Barona Vilar, Silvia; "La Conformidad en el Proceso Penal"; Tirant lo Blanch; Valencia – España; 1994.
- 3.- Brousset Salas, Ricardo A. / Brousset Mendoza Ricardo A. ; "La búsqueda de fórmulas para la simplificación del procesamiento penal"; en: "Revista de Investigación Jurídica Docencia et Investigatio" de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; Vol. 9 N° 1; Lima, Setiembre del 2007; "Revista de la Corte Superior de Justicia de Lima"; Año 5 N° 6; Lima, 2007.
- 3.- Brousset Salas, Ricardo A. / Bernal Loayza, Janet L.; "La aplicación del Beneficio Procesal de Reducción de Pena por Confesión Sincera en los Procesos por Delito de Terrorismo" en: "Revista de la Corte Superior de Justicia de Lima", Año 3 N° 4; Lima, Agosto del 2005; "Revista de Investigación Jurídica Docencia et Investigatio" de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; Vol. 7 N° 1; Lima, Noviembre del 2005; y "Libro Homenaje al Profesor Raul Peña Cabrera" Tomo II; Ara Editores; Lima 2006.
- 4.- Butrón Baliña, Pedro M.; "La Conformidad del acusado en el Proceso Penal".- Edit. Mc. Graw – Hill, Madrid, 1998.
- 5.- Caferata Nores, José; "El Juicio Penal Abreviado" en "Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal"; 2da. Edición, Editores del Puerto SRL. Buenos Aires, 1998.
- 6.- Calderón Calavid, Leonel; "Suspensión y Terminación del Proceso Penal"; 1ra. Edición; Biblioteca Jurídica Dike; Medellín – Colombia, 1996.
- 7.- Consejo General del Poder Judicial; "Los Principios del Proceso Penal y la Presunción Constitucional de Inocencia"; Madrid, 1992.

- 8.- Damián Moreno, Juan; "¿Un Derecho Procesal de Enemigos?" en "Derecho Penal del Enemigo" Tomo I; Edisofer S.L., Euros Editores SRL y B. de F. Ltda.; Buenos Aires, 2006.
- 9.- Duce J. Mauricio – Riego R. Cristian; "Introducción al Nuevo Sistema Procesal penal"; Vol. I; 1ra. Edición; Universidad Diego Portales; Chile, 2002.
- 10.- Gimeno Sendra, Vicente; "Derecho Procesal Penal" 2da. Edición; Editorial Colex; Madrid, 1997.
- 11.- Rives Seva, Antonio Pablo; "La Prueba en el Proceso Penal" 2da. Edición; Editorial Aranzadi, Navarra – España, 1996.
- 12.- San Martín Castro, César Eugenio; "Derecho Procesal Penal"; Editorial Grijley; Lima, 1999.
- 13.- San Martín Castro, César Eugenio; "La Conformidad o Conclusión Anticipada del Debate Oral" (Análisis jurisprudencial); Lima, 2006.
- 14.- Sánchez Velarde, Pablo; "Manual de Derecho Procesal Penal"; Lima, 2004.
- 15.- Verge Grau, Joan; "La Defensa del imputado y el principio acusatorio"; Editorial Bosch; Barcelona 1994.

Lima, Marzo 2008.

TALLER
"ACUERDOS PARA LA CELERIDAD EN LA TRAMITACIÓN
DE LOS PROCESOS PENALES"

"MÉTODO DE ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS
CAUTELARES PENALES"

PUJADAS TORTOSA. VIRGINIA. TEORÍA GENERAL DE MEDIDAS CAUTELARES
PENALES. EDITORIAL MARCIAL PONS. MADRID, 2008. PÁG. 201 - 225.

CAPÍTULO VIII

MÉTODO DE ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PENALES

I. ORDENACIÓN DE UN MÉTODO PARA LLEVAR A CABO EL «JUICIO CAUTELAR»

Este capítulo quiere tratar algunas cuestiones de procedimiento, esto es, algunas cuestiones relativas a cómo proceder en el examen de la cuestión cautelar. En definitiva, quiere ofrecer algunas pautas ordenadas para 1) verificar el fundamento de las medidas cautelares en el caso concreto y 2) realizar el juicio de proporcionalidad. Ha de advertirse que el contenido de este capítulo no varía en nada el de los anteriores: sólo se pretende, ahora, facilitar la aplicación práctica de aquellas formulaciones eminentemente teóricas. El método que propongo se refiere básicamente al «juicio cautelar», aunque también se apuntarán colateralmente algunas cuestiones relativas al «procedimiento»¹. Sugiero los siguientes pasos para resolver la cuestión cautelar:

1.º Tomar el acto de *imputación* como punto de partida para el análisis de la necesidad de protección del proceso.

2.º Celebrar, en su caso, la *audiencia* para resolver la cuestión relativa a la protección del proceso. El objeto de esta audiencia es el siguiente:

¹ Por «juicio cautelar» habremos de entender el conjunto de razonamientos y ejercicios valorativos que se llevan a cabo para decidir la procedencia y necesidad de acordar una o varias medidas de este género. «Procedimiento cautelar», en cambio, hace referencia al conjunto de actos procesales que se sustancian a fin de dictar una resolución en materia cautelar penal.

3.º Examinar los presupuestos materiales (I): analizar el (o los) *riesgo(s) de frustración procesal*.

4.º Examinar los presupuestos materiales (II): analizar la *disposición material* del sujeto pasivo del proceso para materializar el riesgo de frustración procesal advertido en el ejercicio precedente.

5.º Examinar de los presupuestos materiales (III): analizar la *disposición anímica* del sujeto a utilizar la disposición material advertida en el ejercicio precedente.

6.º Cambio de paradigma: deducir el fin a partir de lo advertido en el examen de los presupuestos materiales.

7.º Observar la regla de proporcionalidad (I): confeccionar un listado de medidas *idóneas* para el fin perseguido.

8.º Observar la regla de proporcionalidad (II): ordenar las medidas *idóneas* incluidas en la lista precedente y elegir la medida menos gravosa y suficiente para el fin perseguido.

9.º Observar la regla de proporcionalidad (III): ponderar el medio de protección elegido en el ejercicio precedente y el objeto que ha de proteger ese medio.

10.º Comprobar la concurrencia de otros requisitos específicos de la medida resultante del juicio precedente.

Este método es, en realidad, un intento de racionalizar el análisis del recurso a la tutela cautelar penal. Que un Juez siga o no este método, invierta o no el orden de los pasos propuestos (lo que sucede en la mayoría de los casos, pues el razonamiento práctico no parte normalmente del motivo de un acto sino del fin que con él se persigue), es irrelevante a efectos de la validez de la resolución que se dicte, validez que depende sólo de la corrección de los argumentos utilizados para motivar los presupuestos materiales y la proporcionalidad de la medida cautelar adoptada.

II DELIMITACIÓN SUBJETIVA DEL «JUICIO CAUTELAR» Y SUJETOS QUE PARTICIPAN EN EL MISMO

Como se ha advertido en numerosas ocasiones, para imponer una medida cautelar a una persona es necesario que haya sido imputada en el proceso en curso. Por este motivo, de entrada, el análisis de la peligrosidad procesal de un determinado individuo se limita sistemáticamente al sujeto imputado.

Ha de recordarse también que adoptará una medida cautelar el órgano jurisdiccional con competencia funcional para ello. Hasta aquí los «actores principales»: el sujeto pasivo del proceso y el órgano competente para imponerla. De respetarse la oficialidad en esta materia, no será imprescindible que

Pero en la decisión sobre adoptar o revisar una determinada tutela cautelar intervienen otros individuos: los abogados (que en interés de sus representados) o el Ministerio Fiscal (que en interés de la legalidad) aportan datos para que sean integrados en el razonamiento del Juez, alegan con el mismo en consideraciones respecto a la interpretación y aplicabilidad de las normas jurídicas relevantes, o formulan apreciaciones sobre la conexión lógica entre las premisas que integran los distintos juicios en materia cautelar.

También otras personas pueden participar en el procedimiento y juicio cautelar: me refiero a peritos utilizados para acreditar una determinada actividad psicológica del sujeto, o testigos que den cuenta de determinados hechos relevantes para acreditar la peligrosidad procesal del imputado.

III. EXAMEN DE LOS PRESUPUESTOS MATERIALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PENALES

Al advertir que concurren los presupuestos materiales de las medidas cautelares penales verificamos su fundamento en el caso concreto. ¿Cómo examinar la vigencia de esos presupuestos? Veámoslo.

1. Orden de análisis de los presupuestos materiales

El análisis de los presupuestos materiales en la práctica se acomete en un orden inverso al de su determinación teórica. Así, para enjuiciar la posibilidad de acordar una medida cautelar, habrá de verificarse, por el siguiente orden, que:

- 1.º Existe un sujeto imputado. Este es el primer e ineludible requisito para imponer una medida cautelar a ese sujeto.
- 2.º Existe un riesgo de frustración procesal.
- 3.º El sujeto pasivo del proceso es peligroso procesalmente.

Negar uno de los presupuestos indicados impide apreciar los que le suceden. Aquel orden y este efecto responden a la escala de presunciones con que se construye teóricamente el fundamento de las medidas cautelares penales: lo primero que este fundamento presupone es la existencia de un proceso y de un sujeto imputado; lo segundo, que ese proceso es susceptible de necesitar protección, y lo tercero, que el riesgo que justifica dicha protección puede ser materializado por el sujeto pasivo del proceso.

La «peligrosidad procesal» que permite recurrir al género cautelar, en tanto se define como la aptitud y actitud del imputado para materializar un riesgo de frustración, comprende tanto la imputación como el «riesgo de frus-

tración». En este sentido, el concepto «peligrosidad procesal del sujeto pasivo» se asimila a una de esas muñecas rusas llamadas *matrioshkas* que en su interior incluye otras dos menores. Siendo así, ¿por qué no analizar esta peligrosidad directamente y prescindir del examen particularizado de los tres presupuestos? Un primer motivo es la necesidad de asegurar la verificación de cada uno de estos tres elementos, contrarrestando la práctica contraria común en los juzgados. Otro, que el análisis del «riesgo de frustración procesal» propicia una visión panorámica de las necesidades de investigación y aseguramiento propias de la fase de instrucción: su examen autónomo contribuye a racionalizar la tarea de instruir. Aún otro argumento apoya el análisis pormenorizado, y en el orden expuesto, de los distintos presupuestos materiales: facilitar el examen de la «peligrosidad procesal». Éste es, por principio, complejo, pero apreciando los dos presupuestos previos se limita tanto el ámbito subjetivo como objetivo de dicha peligrosidad. Así, imputado uno o varios sujetos y advertido uno o varios «riesgos de frustración», el examen de la «peligrosidad procesal» se limitará sólo a la posibilidad que los sujetos imputados materialicen los riesgos de frustración procesal apreciados en el caso concreto.

2. Diagnósis y pronósis: acopio, selección y análisis de datos

Acaba de exponerse el orden en que han de analizarse los presupuestos, esto es, la prelación lógica de los juicios que conducen al dictado de una «resolución cautelar». Pero ¿qué conductas han de llevarse a cabo para realizar tales juicios?²

Trasladando, en lo posible y a lo que ahora nos ocupa, los resultados logrados por la doctrina tras años de análisis de la peligrosidad criminal, ha de afirmarse que el examen de la peligrosidad procesal requiere dos actividades distintas:

1) De un lado, *diagnosticar* la peligrosidad, esto es, «comprobar» dicha cualidad sintomática respecto a un sujeto.

2) De otro, *pronosticar* o «comprobar» la futura frustración del proceso por parte del sujeto peligroso. Predecir, en definitiva, una conducta peligrosa de dicho sujeto³.

² Se obvia, en lo que sigue, todo aquello relativo al tratamiento de la imputación, de acuerdo con la autonomía conceptual de este acto y la consiguiente especificidad en su tratamiento dogmático y jurisprudencial.

³ ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal...* ob. cit., p. 30. Sobre el «juicio de peligrosidad» en el trabajo referenciado, vid. las pp. 30 a 39. El trabajo se centra básicamente en la «peligrosidad criminal», pero la distinción que realiza entre diagnóstico y pronósis es perfectamente trasladable al juicio de «peligrosidad procesal». Si algo varía en ambos juicios de peligrosidad es el tipo de...

Si diagnosticar es «recoger y analizar datos para evaluar problemas de diversa naturaleza»⁴, son precisamente estos actos los que deberán llevarse a cabo en una eventual «fase de diagnosis». La recogida, selección y análisis de datos (concretamente, de los denominados «parámetros», que trato en el apartado siguiente) es de cabal importancia para resolver la cuestión cautelar con la máxima equidad posible: al efecto, parece que puede aprovecharse la metodología construida en las investigaciones sobre la peligrosidad criminal⁵. ¿Cómo recabar esos datos? Y ¿por quién?

Parece que las normas penales (procesales y sustantivas) pueden ser directamente percibidas por el juez, sin la ayuda de otras personas, lo que no obsta que éstas apunten elementos normativos distintos si los consideran relevantes para el «juicio cautelar».

En cambio, el conocimiento de los hechos indiciarios habría de producirse por concurso de todas las «partes» (pasiva, y acusadores públicos y privados) y del propio órgano jurisdiccional: el Juez puede requerir algunos datos, cuando éstos estén a su alcance (solicitar notificaciones a registros oficiales, obtener información del sujeto pasivo mediante el interrogatorio de sus allegados en cualidad de testimonio, etc.). A tal posibilidad se destinan algunas previsiones legales, como el art. 292.II LECrim. Pero también la defensa habría de alegar todas aquellas circunstancias que, a su parecer, favorecerán una resolución cautelar beneficiosa para su defendido. No encuentro impedimento para que la acusación particular o popular ponga de manifiesto datos o circunstancias del sujeto pasivo (que la defensa podría haber omitido) tendentes a fundamentar la vigencia de los presupuestos materiales de las

⁴ Voz: «Diagnosticar», en el *Diccionario de la Lengua...*, ob. cit., p. 814.

⁵ ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal...*, ob. cit., p. 36, nota al pie 81, expone resumidamente una serie de reglas y criterios, cuya autoría cabe atribuir a MIDDENDORFF (*Teoría y práctica de la prognosis criminal*, trad. por RODRÍGUEZ DEvesa, Madrid, Espasa Calpe, 1983, pp. 119 y ss.). Estima aquel primer autor que esas reglas y criterios pueden servir de modelo metodológico para la tarea de recogida y selección de datos. Por mi parte, he querido transcribir sólo seis de aquellas reglas (de posible aplicación al análisis de la peligrosidad procesal), desechando las que se destinan directamente al reconocimiento de sujetos reincidentes y no reincidentes, ya que la reincidencia, si bien es altamente relevante para el análisis de la peligrosidad criminal, lo es mucho menos para el de la peligrosidad procesal (a menos que la conducta en que se reincida sea la de frustrar el proceso). Para nuestro estudio, cabe prestar atención a las siguientes consideraciones:

«1. Los factores o datos tienen que ser lo más posiblemente objetivos e inequívocos, esto es, reconocibles y aplicables por diferentes personas.

2. La valoración de los factores constituye un problema especial. No todos los factores poseen igual importancia, mas en la valoración por quien los enjuicia radica un elemento fuertemente subjetivo.

3. Todos los sistemas de prognosis conocidos hasta ahora son sistemas de puntos malos. Habría que examinar si no daría mejor resultado el combinar puntos malos y puntos buenos.

4. No debe prescindirse de prestar atención a la personalidad del que elabora el material, pues es fácil que proyecte en él su subjetividad. Esta eventualidad puede corregirse si se trabaja en equipo en la investigación de la personalidad.

5. La importancia de un factor puede variar en el curso de la vida de un delincuente (de un individuo, diríamos nosotros, puesto que no se ha acreditado la comisión del delito por su parte).

6. La importancia de un factor no es idéntica para todos los hombres, razas y países».

medidas cautelares penales. El Ministerio Fiscal (en tanto garante de la legalidad), como habría de hacerlo el Juez, pondrá de manifiesto circunstancias con potencial signo tanto «positivo» como «negativo» en la resolución cautelar. Parece que la vista celebrada a tal efecto constituye un buen momento para alegar, justificar y debatir las circunstancias relevantes para el examen de los presupuestos. En definitiva, el acopio de circunstancias objetivas con las que examinar la peligrosidad procesal ha de realizarse favoreciendo una participación óptima: cuanto más y mejor información posea el Juez, mayor será la equidad y el «descenso al caso concreto» de la resolución cautelar. También habría de procurarse que, a fin de coadyuvar la posterior valoración de esos datos, que los mismos fueran obtenidos con la mayor inmediatez posible (por ejemplo, interrogatorio de los testigos por parte del Juez).

En la fase de recogida de datos carece de relevancia toda referencia a las máximas de la experiencia: éstas, obviamente, no deberán ser halladas, al menos de manera formal, ya que residen en la íntima convicción del juzgador (con independencia de dónde provenga la fuente que ha conducido a esa íntima convicción). A diferencia de los hechos indiciarios, esas máximas de la experiencia tampoco habrán de ser presentadas en la fase de diagnóstico, aunque nada impide que en la misma cualquiera de las personas identificadas anteriormente realice apreciaciones sobre cómo han de ser valoradas las circunstancias del sujeto o del hecho en el caso concreto, con el ánimo de modular o influir en las máximas de la experiencia del juez.

Recogidos y observados aquellos datos o factores, procede analizarlos. Cuando de normas jurídicas hablamos, el análisis pasa por 1) resolver, si las hay, cuestiones relativas a la aplicabilidad e interpretación de la norma y 2) deducir las exigencias para el concreto proceso a partir de dicha norma.

En cambio, el análisis de los hechos indiciarios pasa por 1) interpretar los objetivamente y 2) aplicar las máximas de la experiencia judicial sobre el resultado que aquella interpretación reporte. Esto es, interpretar objetivamente y valorar libremente. De este ejercicio se extraerán algunas conclusiones sobre la disposición material del sujeto y, además, sobre si cada una de las circunstancias analizadas constituye un coste o un beneficio asociado a la materialización del riesgo.

Diagnosticados los riesgos para el proceso, las posibilidades de que tales riesgos sean materializados por el sujeto y los distintos hechos indiciarios de su disposición anímica, llega la hora de realizar una de las tareas más complicadas entre las que se atribuyen al órgano jurisdiccional: la prognosis.

Si pronosticar es «conocer por algunos indicios lo futuro»⁶, parece que dicho ejercicio se realizará preferentemente al examinar la *disposición aní-*

⁶ Véase «Pronosticar» en el *Diccionario de la Lengua...* ob. cit., p. 1844.

mica del sujeto. El *método* de prognosis que permite emitir una afirmación de futuro es una de las cuestiones de mayor dificultad en el análisis de la peligrosidad. Entre los posibles métodos, el intuitivo es el susceptible de generar resultados más inciertos. Ganando credibilidad, se apunta normalmente al método científico, clínico o experimental, aunque el mismo plantea serias dificultades relativas a la gestión e incorporación de medios a la Administración de Justicia. También acostumbra a hacerse referencia al método estadístico, aunque han de conocerse muy bien las utilidades y las limitaciones de las tablas de predicción de las que este método se sirve⁷.

Conocida la panorámica general de un «juicio cautelar», procede detallar los parámetros que sirven a dicho juicio (ya anunciados en este apartado) y precisar los tipos de razonamientos que se llevan a cabo al examinar los presupuestos materiales de las medidas cautelares penales.

3. Parámetros utilizados para analizar los presupuestos materiales

Un parámetro es aquel «dato o factor que se toma como necesario para analizar o valorar una situación»⁸; en lo que nos ocupa, para analizar y valorar la existencia de un «riesgo de frustración» y de la «peligrosidad procesal» del imputado. Como he advertido en páginas precedentes, dichos parámetros son los elementos normativos aplicables al supuesto concreto, los hechos indiciarios de la peligrosidad procesal y las máximas de la experiencia del Juez.

A) *Los elementos normativos*

El «riesgo de frustración» ha de ser apreciado atendiendo a la configuración y características del concreto proceso respecto al que se analiza la tutela cautelar. Constituyen parámetros para examinar este presupuesto las normas *procesales* relativas a la presencia del sujeto pasivo y las *penales* relativas 1) a la pena asociada a un hecho, 2) a los elementos configuradores del tipo o 3) a las posibilidades de suspensión y sustitución de la consecuencia jurídica del delito o falta. Lógicamente, en tanto las normas han de

⁷ A estos métodos se refiere ROMEO CASABONA, en ob. cit., pp. 37 y ss. Dicho autor concluye la exposición de los mismos con una «crítica» general a las posibilidades de predicción que, pese a poder apoyarse en distintos métodos, siempre habrá de ser completada con el apoyo del método intuitivo. Esto lleva a ROMEO CASABONA a insistir en la necesidad que el Juez posea unos conocimientos y formación sólidos en criminología «con independencia de que deba ser asistido por las distintas clases de especialistas (...) que sean necesarios», en *Peligrosidad y derecho penal...*, ob. cit., p. 39. Para ver los distintos métodos de prognosis propuestos en este trabajo, *vid. supra*, capítulo V y, en este mismo, el § 4.B.b.

⁸ VOZ: «Parámetro», en el *Diccionario de la Lengua...*, ob. cit., p. 1678.

ser aplicables al caso, la realidad que condiciona su aplicabilidad también ha de tenerse en cuenta (por ejemplo, el estadio procedimental en que nos encontramos, si el mismo es relevante para determinar el derecho aplicable conforme a las disposiciones transitorias). También son relevantes los elementos intelectivos que constituyen criterios de interpretación de las normas.

B) *Los hechos indiciarios*

En otro momento he definido el «indicio cautelar» como «el elemento, conducta o circunstancia objetiva, existente por tanto en la realidad, en que se basa la apreciación de la peligrosidad procesal». De un modo más preciso cabe exponer que el indicio cautelar sirve, en primer lugar, para juzgar con equidad (esto es, para aplicar el derecho teniendo en cuenta las circunstancias concretas del sujeto); en segundo término, para acercar la apreciación subjetiva de los presupuestos (en tanto realizada por un sujeto, el Juez) al campo de lo objetivo, de lo existente en la realidad y, finalmente, para que lo incierto del juicio cautelar no se confunda con la arbitrariedad, ya que el juez se encuentra sujeto a una base fáctica.

De lo anterior puede comenzar a advertirse que la relevancia del indicio se sostiene, con mayor claridad, en los elementos del fundamento preeminentemente subjetivos e hipotéticos: precisamente, contrarrestando el carácter *subjetivo e hipotético* de la peligrosidad procesal, se señala el *objetivo y real* del indicio cautelar.

Existen algunas diferencias específicas entre el denominado «indicio cautelar», aquel hecho que sirve de indicio para pronosticar la peligrosidad criminal y aquél en que se basa la condena. Veámoslas.

a) *Indicios que permiten inferir la «peligrosidad procesal» e indicios que permiten inferir la peligrosidad criminal. Especial referencia a la existencia de antecedentes penales*

Se afirma que «para llegar a obtener una visión global y más rigurosa de la personalidad del individuo el estudio de la misma debe completarse con la aportación de otros factores biológicos, psicológicos y ambientales del propio sujeto que puedan adquirir relevancia, en un sentido u otro, en el diagnóstico de la peligrosidad»⁹. Entre estos otros factores se mencionan las condiciones intelectuales y morales del sujeto, su forma de vida o el modo en que se procura medios de sustento.

⁹ DOMINGO CASARONA, *Peligrosidad y Derecho penal* (ob. cit. p. 35)

También aquí se ha señalado algo semejante respecto a los indicios que pueden guiar el examen de la peligrosidad procesal. A ellos me remito, para suplir los que se acaban de exponer como indicativos de la peligrosidad criminal¹⁰. No obstante, han de formularse dos consideraciones específicas al respecto:

1) La primera, es que recopilar los elementos indiciarios de la «peligrosidad procesal» es un ejercicio mucho más acotado que recopilar indicios relativos a la peligrosidad criminal.

2) La segunda, que un mismo hecho indiciario puede ser válido para inferir la peligrosidad criminal pero no serlo para hacer lo propio con la peligrosidad procesal. El ejemplo más claro de esto es la existencia de antecedentes penales: para la segunda, la comisión de un delito, el móvil del mismo, la desvalorización social del acto, su forma de ejecución (circunstancias todas ellas que se usan como elemento indiciario de primer grado para evaluar la peligrosidad criminal) son sólo circunstancias que pueden 1) servir como indicio para valorar la capacidad material de acceso y alteración al objeto específico de protección cautelar (en el supuesto de comisión de delitos complejos, básicamente) o 2) poner de manifiesto la necesidad de prestar atención a las circunstancias psíquicas del sujeto pasivo (por ejemplo, a partir de determinados móviles o de la comisión de delitos con un elevado grado de desvalorización del acto). Pero en ningún caso cabe afirmar que la comisión de un delito tenga, en la apreciación de la peligrosidad procesal, el papel primordial que juega en el de la criminal. Incluso en el análisis de esta última se admite que la comisión de un delito ha de ir acompañada de otros «síntomas», con los que normalmente se valorará la posibilidad de incluir al sujeto en alguno de los «modelos criminológicos» o «estados peligrosos» confeccionados básicamente a partir de la década de los cincuenta por alguna doctrina norteamericana¹¹. Pero tal ejercicio (que se afirma como la gran «posibilidad» de acercar la punición de la peligrosidad a la seguridad jurídica) tampoco parece trasladable sin más al análisis de la peligrosidad procesal: y es que algunos de los más típicos y afirmados «factores determinantes del delito» (como la enfermedad mental o la toxicomanía¹²) podrían conducir a negar la peligrosidad procesal, precisamente por su posible influencia en la capacidad material del sujeto para llevar a cabo determinados actos de frustración o, en el grado de dependencia del sujeto pasivo respecto su entorno familiar o social.

¹⁰ Para la sistematización de estos elementos, *vid. supra*, capítulo V § III.3.B.

¹¹ ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal...*, ob. cit., p. 35. Sobre los «estados peligrosos», más específicamente, ob. cit., pp. 24 a 29.

¹² *Ibidem*.

b) *El indicio en materia cautelar y en materia probatoria*

Existe una importante semejanza entre el tratamiento del indicio cautelar y el de aquel que, como resultado de una prueba indirecta¹³, se utiliza para fundamentar la condena: ambos han de ser, tras la *interpretación objetiva* de la diligencia (de investigación o probatoria respectivamente), *valorados libremente* por el juzgador. Pero cabe observar una diferente función del indicio cautelar y de la que éste cumple en el ámbito probatorio¹⁴. En los juicios destacadamente hipotéticos, el indicio es la base fáctica de una predicción, esto es, de afirmar la posibilidad que algo suceda en el futuro. En cambio, en el ámbito probatorio, el indicio es la base fáctica de una comprobación, esto es, de afirmar que algo sucedió en el pasado: que un hecho acaeció es comprobable, que un hecho sucederá sólo predecible o previsible. Y mientras la comprobación puede llevarnos a afirmar una probabilidad tan alta que equivalga a la certeza jurídica, no así la predicción. Por eso apreciar la «peligrosidad procesal» constituye un juicio mayoritariamente *hipotético*, en tanto dudoso o incierto. Ha de precisarse que 1) cuanto más hipotético es el juicio a realizar, mayor relevancia cobra la *valoración* del indicio y que 2) lo acertado de aquel juicio habrá de evaluarse por la *lógica* de las inferencias deducidas a partir de los indicios o circunstancias objetivas.

Sabemos que el hecho indiciario es una de las premisas del razonamiento, pero ¿cuál es la otra premisa? Las máximas de la experiencia.

c) *Las máximas de la experiencia*

Así como el juez ha de *interpretar* la prueba practicada de modo que afirme un resultado *objetivo*¹⁵ y, sobre ese resultado, *valorar* la prueba *en conciencia*¹⁶, según las reglas de la sana crítica; del mismo modo ha de entenderse la *interpretación* y *valoración* de los hechos en el juicio caute-

¹³ Se toma la idea de prueba indirecta de CARNELUTTI, que la identifica con aquella que «consiste en un hecho diverso del hecho a probar» (*Lecciones sobre...*, ob. cit., pp. 296 a 299). Ese «hecho diverso» es el hecho indiciario, que no nos permite una certeza sino una probabilidad. Sólo un grado de probabilidad tan alto que equivalga a la certeza posibilitaría la condena.

¹⁴ Sobre «la función del indicio en el proceso penal», *vid.* el trabajo, de este modo titulado, de M. SERRA DOMÍNGUEZ, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, Ariel, 1969, pp. 699 a 711.

¹⁵ Por ejemplo, el testigo ha dicho que vio al imputado, en cierto lugar, dos horas antes de haberse cometido el hecho objeto de enjuiciamiento.

¹⁶ Por ejemplo, poca credibilidad del testimonio, por observar contradicciones en su declaración y estar manifiestamente enemistado con el acusado por asuntos ajenos al hecho enjuiciado. Sobre la exigencia expuesta en el texto principal, *vid.* STC 31/1981; la misma marca un punto de inflexión en la doctrina constitucional, por la que se exige que el juez al valorar la prueba, justifique el origen de su convicción, lo que debe hacer apreciando lógicamente la prueba mediante un silogismo, en el que la premisa mayor es una máxima de la experiencia y la premisa menor la fuen-

lar. Así, en materia cautelar, el hecho reporta un contenido objetivo¹⁷ que también ha de ser objeto de *valoración libre por parte del juez*¹⁸. Libre que no arbitraria, puesto que, como en el ámbito probatorio, esa valoración ha de consistir en la apreciación lógica del indicio mediante un silogismo en que las premisas son la *máxima de la experiencia* del juez y la circunstancia del sujeto. La conclusión de ese silogismo será la probabilidad que acaezca un hecho futuro (la peligrosidad procesal del imputado, en definitiva). De las máximas de la experiencia depende, pues, el juicio de valor sobre una concreta realidad.

La especial incidencia de este elemento (las máximas de la experiencia) sustenta una de las críticas a la «punición» de la peligrosidad: ¿tiene el Juez suficientes elementos para formular, aplicando sus máximas de la experiencia, una predicción acerca de la futura conducta del sujeto pasivo del proceso? Y, aunque los tenga, al tratarse de una predicción, ¿no existe siempre un grado de incertidumbre en el resultado? Además, ¿a qué condicionantes extrajurídicos está sometido el Juez al aplicar sus máximas de la experiencia?¹⁹ Y, en un plano distinto, ¿de dónde obtiene el Juez esas máximas? Obviamente, de su experiencia vital, tanto práctica como intelectual. Al respecto, y pasará a formar parte de su acervo cultural, el Juez puede haberse servido de los resultados aportados por el método estadístico, por determinadas ciencias que analizan el individuo en particular o en sociedad (psicología, sociología, antropología, filosofía, biología, etc.), de las que se ocupan preferentemente del fenómeno delictivo (criminología, psicología forense, etc.) o de determinadas ciencias médicas (psiquiatría, neurología, etc.). Además, la predicción que a partir de los indicios formula el Juez requiere «imitar» la estructura del razonamiento práctico del sujeto respecto al que quiere vaticinarse la *intención* de frustrar el proceso, lo que vincula la cuestión a las ciencias cognitivas.

Por consiguiente, deviene un elemento trascendental, si quiere asegurarse al máximo la racionalidad del Estado en la toma de decisiones judiciales de tipo preventivo, la formación del órgano que ha de dictarlas en varios campos científicos. Pero también es harto interesante que el juez sea ducho en

¹⁷ Por ejemplo, «el imputado no tiene vinculación familiar en el país puesto que es un inmigrante que ha obtenido el permiso de trabajo hace tres meses y toda su familia reside en Senegal».

¹⁸ Siguiendo con el ejemplo anterior: «como no tiene arraigo familiar en el país, es probable que se fugue»; pero también «con lo que le ha costado llegar al territorio español y habiendo obtenido un permiso de trabajo, no es probable que se fugue». Obviamente, cuantos más datos objetivos se valoren, más razonado será el juicio de prognosis. Como dicho juicio es esencialmente incierto, es importantísimo recabar cuantos más datos posibles acerca de las circunstancias del sujeto pasivo.

¹⁹ Sobre las variables psicológicas, heurísticos, sesgos y emociones que pueden influir en la toma de decisiones judiciales *prima facie*, vid. NIEVA FENOLL, *El enjuiciamiento prima facie*, ob. cit., pp. 69 a 99.

relaciones personales, versado en el conocimiento de la condición humana. Probablemente, demasiado para un solo sujeto, al que cada vez se exige más. Ciertamente las pretensiones actuales del legislador sobre la «Administración de justicia» sitúan al juez en una posición compleja: le obligan a ser, si quiere desarrollar su tarea con garantías, además de un buen jurista (y cada vez, diría yo, más necesitado de conocer el método jurídico, que no las normas o leyes jurídicas, que proliferan a un ritmo vertiginoso, a menos que se opte por el camino de la especialización judicial), un sujeto «multidisciplinado»²⁰ y con una determinada experiencia vital y empatía. Nuevamente, demasiadas exigencias para una sola persona que además, no lo olvidemos, ha de despachar asuntos al ritmo que la sociedad, cada vez más litigiosa, demanda. Por eso la cuestión ha de conectarse con las pretensiones del Estado y los recursos de que dispone para cumplirlas.

Ciertamente, las máximas de la experiencia judicial pueden ser sustituidas por las valoraciones efectuadas por servicios científicos especializados (confección de estadísticas, equipos multidisciplinarios, etc.). Pero eso plantea otros retos para la estructura de la «Administración de justicia»: integrar o no esos servicios en la sede del órgano jurisdiccional, redactar protocolos de funcionamiento, etc. Este aumento de recursos para atender a las necesidades de la «predicción» habría de tenerse en cuenta en el ámbito político a la hora de «sancionar» no conductas sino peligrosidades.

4. Argumentos que justifican los presupuestos materiales de las medidas cautelares pñales en el caso concreto

Más allá de los elementos que integran el juicio cautelar, quiero presentar el tipo de argumentos en que consiste dicho juicio. Señalaré por separado la estructura y contenido de los razonamientos seguidos para deducir (o inferir, en su caso) el «riesgo de frustración procesal», la «disposición material» y la «disposición anímica».

En el examen de los presupuestos materiales se realizan una serie de juicios escalonados, sirviendo el anterior como antecedente lógico del si-

²⁰ La multidisciplinaria es una exigencia de hoy. La evolución y especialización científica requieren hacer uso de aquellos conocimientos adquiridos a lo largo de la historia. Las relaciones humanas, comerciales, etc., son cada vez más complejas, y sólo el recurso a las disciplinas que las analizan permite una aproximación a realidades inabarcables por una sola persona. Se percibe tal tendencia, por ejemplo, en el «campo» del derecho administrativo (institucionalización del conocimiento científico en la sociedad global del riesgo), en que los técnicos especialistas se alternan en la escala funcional con los directivos y políticos. Qué duda cabe: también para el juez se vuelve más complejo observar, analizar y valorar una sociedad cambiante a altas velocidades y con tan dispares perspectivas. Su visión y entendimiento de la sociedad es la que cuenta, por supuesto, pero cuanto más cualificado sea su conocimiento, y más cualificada su formación, más completa será la valoración que pueda realizar en el ejercicio de su función jurisdiccional.

guiente²¹. La conclusión del primer juicio, bien condicionará, bien actuará como premisa del siguiente, y así sucesivamente hasta que, afirmada la «*disposición anímica del sujeto para ejecutar su capacidad de acceso y alteración del objeto específico de protección cautelar*», pueda ésta subsumirse en la norma que permite imponer una medida cautelar penal.

A) *Análisis del «riesgo de frustración procesal»*

a) *Contenido genérico*

Para analizar la existencia de un «riesgo de frustración procesal» habrá de observarse el tipo de proceso en que nos encontramos (ordinario, abreviado, faltas, rápido, etc.) y, a partir de las normas que lo regulan, qué elementos sustantivos se exigen, y en qué extensión, para la válida resolución del proceso penal. Pese a que el principal parámetro para apreciar este presupuesto son las normas que regulan el proceso, valorar la posibilidad puntual de frustración exige atender al momento procesal en que nos encontramos. Además, para saber si existe riesgo de indeterminación del hecho o del sujeto, habrá de observarse la concreta realidad que enjuicia el proceso y la introducción de hechos en el mismo.

b) *Tipo de razonamiento, validez y solidez del mismo*

Apreciar el «riesgo de frustración procesal» consiste normalmente en realizar un razonamiento *deductivo*, lo que supone obtener inferencias deductivamente válidas a partir de determinadas reglas facilitadas previamente.

²¹ El fundamento de la tutela cautelar se configura como una construcción conceptual escalonada, asimilable a una pirámide desmontable cuyas tres bases cuadradas se superponen: la primera, más grande y básica, es el riesgo de frustración procesal; la segunda, la disposición material y la tercera, más pequeña y terminada en forma de vértice, la disposición anímica. La pirámide no puede construirse de forma inversa y su estabilidad requiere que cada una de las tres piezas desmontables esté situada en su posición, descartando cualquier tipo omisión y de combinación aleatoria. Así:

1) Sin la existencia de un *riesgo de frustración procesal* no pueden apreciarse ni la disposición material ni la anímica. ¿De qué habría de servirnos enjuiciar el deseo del sujeto que el proceso no llegue a su fin si dicho proceso no tiene posibilidades de ser frustrado? En tal caso se desea lo que no se puede, por lo que la intención carece de importancia. Sólo conseguiríamos emplear un tiempo en un análisis infructífero y, además, altamente intromisivo en la intimidad del sujeto.

2) Tras haber verificado la existencia de un riesgo de frustración procesal (que nos indica cuál ha de ser, en su caso, el *objeto específico* de la protección cautelar), ha de analizarse la *disposición material* o *capacidad de acceso y alteración* a ese objeto específico de la protección cautelar. Esta disposición expresa la *posibilidad material de hacer*. ¿Hacer qué? Frustrar el proceso.

3) Sólo cuando hemos verificado esa posibilidad de hacer tiene sentido analizar la *intención de ejercer esa posibilidad de hacer*. En otras palabras, sin la disposición material no puede apreciarse la disposición anímica. De hecho, sí puede, pero no observaremos entonces una intención sino una esperanza, esto es, desear más de lo que se puede.

Dichas *reglas* pueden venir dadas por la propia *ley* (por ejemplo, tal o cual artículo que exige la presencia del sujeto pasivo para realizar juicio oral en determinados procesos) o por el *estado de las cosas* (la imposibilidad de encarcelar a alguien si no está presente). Que las reglas vengan dadas no significa que haya de excluirse toda actividad intelectual del Juez en este análisis: para comenzar, puede ocurrir que el juez haya de resolver cuestiones relativas a la aplicabilidad y sentido de la norma. Y es que las normas han de ser aplicadas y, en su caso, interpretadas: para dilucidar el significado de un determinado precepto, se realiza un juicio de derecho que precisa la elección de un concreto criterio *interpretativo*²². Para solucionar problemas de *aplicabilidad* de la norma, el Juez habrá de suplir lagunas legales, realizar precomprensiones o juicios de relevancia del caso (que le permitan emplantarlo en un determinado ámbito jurídico): Actos todos ellos creativos y, por tanto, envueltos de una cierta discrecionalidad (aunque existan límites a la misma). En la mayor parte de ocasiones, las premisas del razonamiento en que consiste el examen del riesgo de frustración procesal son normas creadas por el juez: sí, creadas a partir de premisas legales, límites interpretativos, etc., pero creadas al fin y al cabo.

Observemos un ejemplo y su análisis posterior:

- P₁. *El hecho enjuiciado lleva asociada una pena privativa de libertad.*
- P₂. *Es necesaria la presencia del acusado para ejecutar una pena privativa de libertad.*
-
- C. *Para ejecutar la pena asociada al hecho enjuiciado es necesaria la presencia del acusado.*
- C. *No puede ejecutarse la pena asociada al hecho enjuiciado sin la presencia del acusado.*

En este ejemplo, la primera premisa es una regla afirmada a partir de un juicio previo consistente en la precomprensión del caso (el Juez observa los hechos sometidos a su jurisdicción y los ubica provisionalmente en un determinado contexto delictivo, afirmando que los mismos pueden ser constitutivos de tal o cual delito). Sólo de este modo puede entender aplicable la norma del código penal que prohíbe la conducta y asigna, a su comisión, una pena privativa de libertad. Este juicio se complica cuando, además, dicha pena puede ser sustituida o suspendida en función de circunstancias eventuales:

²² R. ROIG DE ASÍS, *Jueces y normas. La decisión judicial...*, ob. cit., p. 220. Para este autor (siguiendo a Igartua SALAVERRÍA) «la misma determinación de la existencia de un problema de inter-

En este último supuesto, para la primera premisa habría tenido que 1) tomarse posición respecto a la aplicabilidad de la norma y 2) producirse un acto interpretativo si la misma lo hubiera requerido. Sucede mayoritariamente que los jueces no tienen tiempo de interpretar la norma sino que actúan, se ha dicho, como un músico de jazz, por conocimiento práctico. Y, probablemente, en materia de interpretación y aplicabilidad de normas, el juez supla el ejercicio individual por la asunción de la doctrina jurisprudencial de su «superior» jerárquico o del Tribunal Supremo.

La segunda premisa del ejemplo propuesto, viene dada por el estado de las cosas. Su sentido habrá, pues, de corresponder con la realidad.

Del razonamiento deductivo ha de observarse la *conexión necesaria entre premisas* (por ejemplo, no se observaría dicha conexión si la premisa segunda anterior es sustituida por ésta: «*este es un proceso abreviado*»). La conclusión que se infiera a partir de las reglas de formación y transformación lógica, no expresa una relación de causalidad entre premisas y conclusión, sino simplemente una relación formal entre enunciados o cadenas de símbolos. Esta relación es la que ha de darse cuando quiera justificarse que existe un «riesgo de frustración procesal».

B) *Análisis de la «peligrosidad procesal»*

a) *Contenido genérico*

Recordemos: Ha de afirmarse que un sujeto es peligroso procesalmente ante la potencialidad de que el mismo frustre el proceso, esto es, ante la posibilidad que materialice un «riesgo de frustración». Dicha potencialidad integra la disposición material (identificada con la capacidad de acceso y alteración al objeto específico de la protección cautelar) y la disposición anímica (actitud favorable a la materialización del riesgo). Ambas disposiciones se analizan en función del riesgo advertido: por ejemplo, si se concluye que la presencia física y jurídica del sujeto es condición indispensable para realizar el juicio oral, habrá de valorarse la posibilidad material que ese sujeto huya y, además (en mi opinión), pronosticar que el sujeto huirá. Uno y otro juicios se basan normalmente en indicios diferentes y consisten también en razonamientos de distinta índole.

b) *Razonamiento llevado a cabo para justificar la disposición material*

El de la disposición material es un análisis normalmente acometido, también, mediante un razonamiento deductivo. No obstante, parece que aquí las premisas estarán mayoritariamente conformadas no por reglas sino por aser-

ciones sobre el «estado de las cosas», que habrán de ser verdaderas. Efectivamente, la solidez del argumento dependerá de que el contenido de dichas aserciones se corresponda con la realidad que identifican. Obsérvese este razonamiento:

P_1 . *Para poder huir es necesario tener libertad de movimiento.*

P_2 . *Juan tiene libertad de movimiento.*

.....
C. *Juan puede huir.*

De la verdad de las premisas depende la verdad de la conclusión y la solidez del argumento. La primera de las premisas es una regla que el juez habrá deducido de sus máximas de la experiencia y que constituye, en el supuesto planteado, la *ratio decidendi* de la disposición material. Obsérvese que determinar la primera premisa en el caso concreto dependerá de cuál haya sido la conclusión del juicio anterior, relativo al «riesgo de frustración procesal». En ocasiones, el mismo diagnóstico de este riesgo favorecerá la formulación de la primera premisa del razonamiento dirigido a apreciar la disposición material. Así sucedería, por ejemplo, en el supuesto que sigue:

(Razonamiento para concluir el riesgo de frustración procesal)

P_1 . *La comisión por Juan del hecho enjuiciado se prueba con A + B + C.*

P_2 . *Ahora disponemos de A y B²³.*

.....
C. *Es necesario disponer de C para probar que Juan cometió el hecho enjuiciado²⁴.*

(Razonamiento para concluir la disposición material)

P_1 . *Es probable que C se encuentre en el ordenador de la empresa dónde trabaja Juan.*

P_2 . *Juan tiene acceso al ordenador de la empresa.*

.....
C. *Juan tiene acceso a una prueba inculpatoria.*

²³ Fijese que la primera premisa es en realidad una *ratio* construida por el Juez a partir de la norma penal que tipifica el hecho y la segunda es, en este caso, una premisa basada en el estado de las cosas (por lo que ha de ser verdadera para que el argumento sea sólido).

²⁴ Esta conclusión, como la siguiente, será válida si en el juicio anterior se ha probado la comisión del hecho.

MÉTODO DE ADOCIÓN DE LAS PREMISAS

En otras ocasiones, en esta fase del análisis aparecerá un argumento que implica a terceros, lo que me lleva a cuestionar si, en determinados supuestos, el Juez realiza también juicios valorativos respecto a la conducta de terceros (concretamente, respecto a su disposición material y anímica). Observemos un ejemplo, para el que hemos de imaginar que el razonamiento del riesgo de frustración procesal concluye así: «*para ejecutar la pena asociada al hecho enjuiciado es necesario que Juan disponga de dinero*». Y que, en el análisis de la disposición material, se argumenta del siguiente modo:

P_1 . *Para poder acceder y ocultar el dinero es necesario disponer libremente de él.*

P_2 . *Juan no dispone libremente de su dinero.*

.....
C. *Juan no puede acceder ni ocultar su dinero.*

Pero si, además...

P_1 . *Juan necesita el consentimiento de su madre para disponer del dinero.*

P_2 . *La madre de Juan dará/daría su permiso a Juan.*

.....
C. *Juan puede/podrá disponer de su dinero.*

En este último ejemplo el razonamiento integra un elemento relativo a la disposición anímica (la madre de Juan le dará/daría, en determinadas condiciones —que son en realidad los hechos que integran el juicio de «peligrosidad procesal»— su consentimiento) de ahí lo incierto del resultado: se observa que el mismo no es concluyente. Esto sucede en todo análisis de la disposición anímica, cuya estructura expongo a continuación.

c) *Razonamiento llevado a cabo para argumentar la disposición anímica*

A diferencia de los anteriores, el razonamiento que concluye la disposición anímica es de carácter *inductivo*. En consecuencia, el mismo no se limita a demostrar formalmente la conclusión, sino que provoca una generalización: no se trata de un argumento lógicamente concluyente sino contingente y, por tanto, no puede tener esquemas con reglas de transformación en sentido lógico. En otras palabras, *no es deductivamente válido* pero pretende que las premisas hagan *razonable* la conclusión. Esto trae a colación dos impor-

tantes cuestiones: ¿de qué depende la mayor o menor razonabilidad de la conclusión? Y ¿es suficiente la mera razonabilidad de una conclusión para permitir la inferencia estatal en un derecho subjetivo? Esta segunda interpelación constituye la mayor objeción a la punición de estados peligrosos y su debate ha de reconducirse al campo de la política. Si será posible abordar técnicamente, en cambio, la primera de las preguntas. Pero sigamos un orden.

En términos generales, el material básico para analizar la disposición anímica es, de un lado, los hechos o circunstancias del sujeto objetivamente interpretados y, de otro, las normas generales que el juez formula a partir de sus máximas de la experiencia. Esa máxima de la experiencia constituye la premisa mayor del razonamiento inductivo, siendo la menor aquel hecho objetivamente interpretado. En esto consiste, en realidad, la libre valoración por parte del juez del indicio cautelar. Vamos a examinar de qué modo pueden variar tanto el número como la calidad de los parámetros a partir de los que se predice el probable comportamiento del sujeto.

Se ha dicho que la disposición anímica se «afirma» a partir de un razonamiento inductivo. Efectivamente, la inducción permite la predicción de un hecho futuro a partir de un conocimiento previo ya adquirido. Observemos un ejemplo de razonamiento inductivo:

P_1 . *El 95 por 100 de los imputados que pueden disponer de su dinero lo ocultan.*

P_2 . *Juan puede disponer de su dinero.*

.....

C. *Juan ocultará su dinero.*

Puede verse que la inferencia no se desprende necesariamente de las premisas: la predicción habría de expresarse en términos de *probabilidad*, ya que el hecho futuro está sujeto a numerosas contingencias. Precisamente porque la inferencia es contingente, un mayor acercamiento a la realidad obliga a integrar en el juicio el mayor número de circunstancias posibles. Por ejemplo, si al anterior añadimos:

P_1 . *Juan conoce que, de no satisfacer la multa, se le impondrá una pena privativa de libertad sustitutoria.*

P_2 . *Juan tiene un trabajo al que debe acudir todos los días.*

P_3 . *Juan acostumbra a pagar sus deudas²⁵.*

²⁵ Lo que puede «justificarse» con la ausencia de demandas civiles dirigidas contra él, o con la declaración de testigos aportados al efecto.

P₄. *Juan satisfizo voluntariamente, en una ocasión anterior, una pena de multa.*

.....

C. *Juan no ocultará su dinero.*

El argumento continúa sin ser concluyente (y así será siempre que la inferencia buscada sea una predicción), pero el aumento de las premisas convierte la conclusión en más razonable que la anterior.

Observemos otro ejemplo de razonamiento inductivo para el análisis de la disposición anímica:

P₁. *Los que no tienen arraigo en el territorio español huyen para evitar el proceso.*

P₂. *Juan no tiene arraigo en el territorio español.*

.....

C. *Juan huirá para evitar el proceso.*

En este caso, la premisa mayor o *ratio decidendi* no se obtiene a partir del método estadístico, como en el ejemplo anterior, aunque ello no reporta diferencias sustanciales entre uno y otro. Provenza de donde provenga la máxima sobre la que se aplica la circunstancia predicada del sujeto pasivo, permite sólo un juicio de probabilidad, cuya certeza está sujeta a eventualidades no comprobables *a priori*. Que la conclusión que se acaba de inferir sea suficiente para imponer una medida cautelar es cuestión discutible. En mi opinión, aquélla constituye sólo un parámetro para el cálculo coste-beneficio asociado a la materialización del riesgo, por lo que habrían de añadirse otras valoraciones. De no ser así, o ha de negarse la disposición anímica, o ha de afirmarse una tan débil que sólo justificaría la imposición de una medida cautelar muy suave, permitiría, en definitiva, una injerencia mínima.

Comparemos los anteriores razonamientos con el siguiente:

P₁. *Juan tenía dos hijos, un trabajo, una casa y una mujer y huyó para evitar el proceso.*

P₂. *Juan tiene dos hijos, un trabajo, una casa y una mujer.*

.....

C. *Juan huirá para evitar el proceso.*

La conclusión continúa siendo contingente, por futura, pero parece mucho más razonable: y ello por la calidad de la primera premisa. Ante iguales circunstancias, ¿qué habría de hacernos pensar que el sujeto actuará de modo distinto? Poner de manifiesto estas últimas razones para que sean inte-

gradas en el razonamiento del juez es tarea que compete a la defensa (y al Ministerio Fiscal si las conoce y si, en virtud del principio de legalidad que rige su actuación, considera que así ha de hacerlo). La cualificación de este razonamiento justificaría, en mi opinión, la posibilidad de incluir en el listado de medidas idóneas algunas de mayor gravedad (como la prisión provisional). La calidad del riesgo puede justificar también, en su caso, una mayor gravedad de la medida suficiente. No quiere decir esto que ante un razonamiento calificado como el que nos sirve de ejemplo, haya de imponerse siempre la prisión provisional, puesto que dicho razonamiento no excluye, esencialmente, la exigencia de proporcionalidad *strictu sensu*.

En este punto podemos retomar la pregunta formulada al inicio del apartado: ¿de que depende la mayor o menor razonabilidad de la «peligrosidad procesal» afirmada? En mi opinión, dependerá de las premisas en que se basan los argumentos contingentes. Cuanto más «segura» sea la predicción, más cualificado es el riesgo y mayor es la injerencia que puede practicarse en los derechos del imputado. La calidad de la disposición anímica se mide por la razonabilidad de la inferencia, y ésta por el número y carácter de sus premisas. En consecuencia, habrá de admitirse que:

a) La premisa o *ratio decidendi* con mayor fuerza es la que afirma un acto previo del sujeto (algo que en realidad sucedió y que es, por ende, comprobable).

b) El razonamiento tiene una fuerza menor cuando la *ratio decidendi* es una regla de carácter general afirmada como máxima de la experiencia. A mi entender, que esa máxima de la experiencia haya sido obtenida a través de medios estadísticos no aumenta la razonabilidad de la inferencia. Sí la aumentan tanto el número de máximas de la experiencia aplicadas, como el número de circunstancias que se observen (conocimiento añadido).

c) Enlazando con la anterior, constituye un ejemplo de conocimiento añadido el informe, realizado por un profesional en psicología forense o experto en las ciencias de la cognición, sobre las motivaciones (generales y específicas del sujeto) para llevar a cabo un acto de frustración del proceso. La *ratio decidendi*, en este caso, proviene de un profesional cualificado en alguna disciplina psicológica, lo que puede llevarnos a defender una mayor fuerza de esta premisa. Pero ha de advertirse que si dicho profesional no sólo aporta la premisa mayor sino que concluye también la inferencia, el juicio sobre la disposición anímica no lo realiza el Juez sino aquel otro profesional.

5. Efectos derivados de apreciar los presupuestos materiales

¿Qué sucede cuando se analiza y se afirma un «riesgo de frustración» y la peligrosidad del sujeto pasivo del proceso para materializar dicho riesgo?

En primer lugar, quiero señalar una utilidad asociada al análisis del «riesgo de frustración procesal»: con dicho ejercicio puede obtenerse una visión general o panorámica de las necesidades para la válida sustanciación del proceso, facilitando así una previsión de los posibles contratiempos, actos de comunicación y apercibimientos a practicar, necesidades de preconstitución de prueba o de anticipación de su práctica, actos de reacción ante los impedimentos que efectivamente ya existan para la sustanciación del proceso (dictado de requisitorias, de «euroordenes», etc.), necesidad de practicar determinadas diligencias de investigación, etc. En definitiva, el examen ~~los~~ riesgos para la válida realización del proceso racionaliza, concentrando en un solo «juicio» (que habrá de repetirse en distintos momentos del proceso) el cumplimiento de las funciones encomendadas a la fase de instrucción, resumibles en averiguar las circunstancias del hecho enjuiciado y asegurar tanto los medios que permitan probar tales circunstancias como la válida realización del proceso.

En segundo término, apreciados los presupuestos materiales, puede afirmarse la posibilidad o *procedencia* de recurrir al género cautelar: la procedencia tiene mucho que ver con la conformidad de un acto con la razón que lo justifica. Pero que proceda el uso de las medidas cautelares no significa que dicho uso sea *necesario*²⁶. Sólo sabremos si es necesario imponer una medida cautelar (y qué medida cautelar) tras haber aplicado la regla de proporcionalidad. ¿Por qué? De un lado, porque el fin al que tienden las medidas cautelares es compartido con otros instrumentos procesales y, de otro, porque las medidas cautelares son plurales. Aplicar la regla de proporcionalidad nos permitirá afirmar qué medida (cautelar o no) es necesario adoptar para que la actuación del Estado pueda calificarse como justa.

Por último, apreciar los presupuestos materiales es de cabal importancia para aplicar la regla de proporcionalidad: los términos cualitativos y cuantitativos del riesgo y peligrosidad advertidos se utilizan para los distintos juicios de proporcionalidad.

IV. APLICACIÓN DE LA REGLA DE PROPORCIONALIDAD

La regla de proporcionalidad constituye esencialmente un medio de control *a posteriori* de la actividad de los poderes públicos. Pero en este momen-

²⁶ Para comprender la distinción que se acaba de apuntar entre procedencia y necesidad, piénsese por ejemplo en la incoación de un proceso mediante denuncia: si el hecho denunciado no es imposible, ni puede negarse de entrada su carácter delictivo, *procede* la incoación del proceso. Pero, en virtud del principio de *necesidad*, si *procede* es necesario, por lo que ha de incoarse. Y esto porque, hoy, la realización del derecho penal es necesaria y no hay alternativa al proceso para esa realización. En cambio, en materia cautelar, la procedencia puede no ir seguida de la necesidad si existe una alternativa menos gravosa con que intentar el mismo fin o si, aún aplicando el medio menos gravoso, éste es todavía excesivo.

to quiere presentarse un método para que dicha regla guíe, también, la decisión judicial sobre el concreto medio de protección del proceso que ha de adoptarse.

Aplicar la regla de proporcionalidad implica adecuar el medio (la tutela cautelar) al fin (protección de la válida sustanciación del proceso). Así, la relevancia del fin entra en escena. La procedencia del medio, recuérdese, se afirma con los *presupuestos materiales* del mismo. Ambos (fin y presupuestos materiales) han de tenerse en cuenta para proteger el proceso de forma proporcional. Para un buen juicio de proporcionalidad, a nivel metódico, es interesante que:

1) Observemos la calidad y cantidad del riesgo que justifica el recurso a la tutela cautelar. De ello dependerá, en gran medida, el juicio de intervención mínima.

2) Realicemos un cambio de paradigma transformando el motivo que justifica la inferencia en el fin que se persigue con dicha inferencia. Por ejemplo, si se ha advertido que la ausencia física y jurídica del imputado frustrará el proceso, y que ese sujeto tiene capacidad material y anímica para provocar dicha ausencia, evitarla es el fin perseguido. Este cambio de paradigma es, más que un juego de palabras, un intento de racionalizar la defensa del proceso y adquirir conciencia de que el fin a perseguir depende del *motivo* subyacente ²⁷.

1. Juicio de idoneidad y catálogo de medidas aptas para el fin perseguido en el caso concreto

Adecuar el medio al fin tiene como primer ejercicio el «juicio de idoneidad». Para acometerlo, propongo confeccionar (en y para el caso concreto) un listado de medidas aptas cualitativamente para lograr el fin perseguido. Al respecto cabe precisar que:

1) La *aptitud objetivo-cualitativa* de una medida puede observarse a partir de la experiencia práctica o empírica acumulada. Pero también es posible analizar aquella cualidad por un medio eminentemente teórico: una medida cautelar es idónea cuando permite mitigar o eliminar el peligro que justifica su adopción. En consecuencia, la relación entre el derecho limitado al imponer la medida y la eliminación o reducción del «riesgo de frustración», la disposición material o la disposición anímica del sujeto, consti-

²⁷ Se conoce que, por razonamiento práctico, el fin o intención (en este caso, el fin o intención de proteger el proceso) se anteponen a cualquier otra consideración lógica. Pero la «intuición» de que el proceso necesita ser defendido habrá de ir seguida de su comprobación racional para volver, tras esta comprobación, nuevamente a la intención y adecuarla al motivo legítimo que la justifica.

METODO DE ADOPCION DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

tuye el parámetro para enjuiciar lógicamente la idoneidad de las medidas a seleccionar²⁸.

2) En el listado de medidas idóneas habrán de incluirse todas las medidas cualitativamente aptas para contribuir al fin pretendido, sean cautelares o de otra naturaleza (institutos afines). Esto propicia una mayor amplitud del «juicio de menor lesividad», que sigue al de idoneidad. Al respecto, quiero precisar que cada uno de los institutos afines puede tener sus propios presupuestos de adopción, que habrán de verificarse en un momento previo o posterior al del juicio de idoneidad.

3) Pese a que la prisión provisional es una medida cualitativamente apta para evitar la fuga y la ocultación, destrucción o manipulación de fuentes y medios de prueba, su inclusión en el listado de medidas idóneas puede hacerse depender (legislativamente) de algunos criterios relacionados con la *calidad del riesgo* o con la *proporcionalidad strictu sensu*. Estos condicionantes pueden observarse bien en el juicio idoneidad, bien en las otras dos reglas de proporcionalidad, bien al final del método propuesto, a título de última comprobación.

2. Juicio de intervención mínima y elección de la alternativa menos gravosa pero suficiente en el caso concreto

A) Contenido y parámetros

El «juicio de menor lesividad» se aplica sobre el listado de medidas idóneas confeccionado previamente. Dicho juicio habrá de permitirnos decidir cuál o cuáles de las medidas incluidas en aquella lista permite un *mayor grado de eficacia* y una *menor restricción de derechos*. Este juicio de optimización es complicado, y para realizarlo habrá de tenerse en cuenta que:

1) Se trata de un ejercicio comparativo, pues se produce por cotejo de los distintos instrumentos incluidos en el listado de medidas idóneas.

2) Constituyen parámetros para valorar la «menor lesividad»: *a) la calidad o intensidad del peligro* (cuya materialización ha de evitar la medida que se adopte); *b) el contenido* (cualitativo y cuantitativo) de las distintas medidas idóneas, y *c) los efectos* (directos e indirectos) asociados a la imposición de cada una de estas medidas.

²⁸ Por ejemplo, ante un riesgo de fuga, al privar al sujeto de libertad negamos su disposición material. Si en lugar de lo anterior, acordamos una comparecencia periódica, no negamos pero sí reducimos su disposición material y, además, incidimos en su disposición anímica, pues las posibilidades de que el intento de fuga sea frustrado aumentan (ante el control de incomparecencia). La fianza, por ejemplo, pretende influir en la disposición anímica, puesto que la pérdida del capital afianzado deviene una razón contraria a la fuga.

B) *Método*

En primer lugar han de ordenarse, de menor a mayor onerosidad, las distintas medidas idóneas. Este ejercicio implica un juicio valorativo (ha de darse valor al derecho que es objeto de injerencia con cada medida), por lo que se estima conveniente, en aras a una mayor equidad en el mismo, observar (que no atender necesariamente) la escala valorativa manifestada por el imputado o su defensa.

Ordenado aquel listado, para elegir la medida suficiente puede preguntarse (comenzando por la medida menos gravosa): «¿es suficiente esta medida para evitar la huida (u otro peligro que se haya advertido) del imputado?» Determinar la suficiencia es un ejercicio valorativo, pero determinar la suficiencia en relación a la menor lesividad para los derechos del imputado es básicamente un juicio de optimización. En caso de respuesta negativa a aquella pregunta, habrá de volver a formularse respecto a la siguiente medida que aparezca en el listado. Cuando se responda afirmativamente a aquella interpelación se habrá dado con la medida (o conjunto de medidas) menos gravosa para evitar la materialización del riesgo de frustración procesal. Este ejercicio me lleva a plantear dos cuestiones:

1) La primera es que el juicio de menor lesividad puede conducir a fijar como tratamiento menos gravoso pero suficiente bien una, bien varias medidas, cautelares todas ellas²⁹ o no³⁰. Y es que en ocasiones un conjunto de medidas puede resultar menos gravoso que una sola.

2) La segunda es: ¿qué sucedería si analizamos la suficiencia de la medida comenzando por la más gravosa, en lugar de comenzar por la que lo es menos? En tal caso, probablemente terminemos realizando un juicio de mayor eficacia, pero no de menor lesividad: no existirá, pues, optimización de la limitación de derechos. De seguir este método, preguntaríamos, comenzando por la medida más gravosa: «¿es excesiva esta medida para evitar la huida (u otro peligro que se haya advertido) del imputado?» Si se responde afirmativamente, habremos de descartar esta medida por desproporcionada y pasar a la siguiente menos gravosa, hasta que la respuesta devenga negativa. Pero, si se observa bien, con este ejercicio no aplicamos la regla de intervención mínima: estaremos escogiendo en realidad la medida (o conjunto de medidas) más efectiva, entre las proporcionadas *strictu sensu*. La medida finalmente escogida es más efectiva, precisamente, por su mayor gravedad; y si ésta se estima proporcionada en sentido estricto, también las menos gravosas lo serán. Ha de prestarse especial atención a esta manera de proceder, pues, de seguirse, se estará atendiendo a las exigencias de idoneidad y pro-

²⁹ Por ejemplo, comparecencia periódica más fianza para evitar la huida.

³⁰ Por ejemplo, secreto de sumario, más intervención de las comunicaciones personales, para evitar la publicación o destrucción de una determinada fuente de prueba.

porcionalidad *strictu sensu*, pero se estará desatendiendo la regla de intervención mínima.

3. Juicio de proporcionalidad *strictu sensu*

La proporcionalidad *strictu sensu* es el último filtro por el que ha de pasar la medida considerada idónea y suficiente, antes de ser adoptada. En términos eminentemente prácticos, este último juicio consiste en comprobar que el contenido de la medida no supone una injerencia en las libertades individuales superior a la que supondría el eventual castigo del hecho enjuiciado. Esto es, la medida cautelar no puede ser cualitativa ni cuantitativamente superior a la pena asociada al hecho. Precisemos lo dicho:

1) «La medida cautelar no puede ser cualitativamente superior a la pena asociada al hecho enjuiciado». Para comprobar esta exigencia habremos de *comparar* el derecho que se limita al imponer la medida y el que se limita al imponer la consecuencia jurídica del delito o falta. Fíjese que no se exige la identidad de los derechos limitados con la medida cautelar y con la pena: la homogeneidad no es una característica de las medidas cautelares penales. Se trata sólo de asignar valor a los derechos restringidos en ambos casos y comprobar que el derecho limitado con la medida cautelar no es valorativamente más grave que el de la pena eventualmente impuesta.

Este ejercicio puede realizarse *prima facie*, esto es, en el examen de la proporcionalidad previo a la adopción de la medida. Pero la evolución del proceso (por ejemplo, conocimiento de nuevos hechos conexos al enjuiciado durante la fase de instrucción, o acusación por menos hechos de los imputados) pueden hacer variar la pena prevista y permitir, en su caso, una medida cautelar cuantitativamente más gravosa (si el cambio también exige variar la suficiencia de la medida, claro está) o menos.

2) «La medida cautelar no puede ser cuantitativamente más gravosa que la pena asociada al hecho enjuiciado». Esto significa que la medida cautelar no puede durar más del tiempo que duraría la pena, de imponerse, en su límite inferior. Observar esta regla posibilita, *a priori*, establecer un plazo máximo de duración de la medida, pero nada más. La medida cautelar se acuerda por un plazo indeterminado (durará mientras resulten vigentes sus presupuestos), pero si llega a mantenerse tanto tiempo como la duración de la pena en su límite legal inferior, deberá alzarse para que aquel tipo de injerencia no devenga desproporcionada.

Aunque no se hayan identificado con los nombres pertinentes, las dos últimas precisiones formuladas han hecho referencia a la instrumentalidad y variabilidad de las medidas cautelares penales. Observemos ambas características y el tratamiento temporal de estas medidas en el capítulo siguiente.

TALLER

**“ACUERDOS PARA LA CELERIDAD EN LA TRAMITACIÓN
DE LOS PROCESOS PENALES”**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP N° 5100-2006-PHC/TC / LIMA.

MARCO ANTONIO NARVAEZ NATIVIDAD

EXP. N.º 5100-2006-PHC/TC
LIMA
MARCO ANTONIO
NARVÁEZ NATIVIDAD

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de junio de 2006, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los magistrados Gonzales Ojeda, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, y con los fundamentos de voto del magistrado Vergara Gotelli pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Marco Antonio Narváez Natividad contra la resolución de la Segunda Sala Penal para Procesos con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 193, su fecha 21 de abril de 2006 que declaró infundada la demanda de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 29 de marzo de 2006, don Marco Antonio Naváez Natividad interpone demanda de hábeas corpus cuestionando el mandato de detención dictado en su contra por el Trigésimo Juzgado Penal de Lima, confirmado por la Cuarta Sala Penal para Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el proceso que se le sigue por la presunta comisión de delitos contra la administración pública. Alega que el cuestionado mandato de detención ha sido emitido sin que exista elemento probatorio alguno que lo vincule con el hecho denunciado y que no se ha hecho una valoración del peligro procesal.

Realizada la investigación sumaria, se tomó la declaración del juez emplazado, quien manifiesta que es falso lo alegado por el demandante, al respecto señala que en el auto ampliatorio de instrucción de fecha 30 de noviembre de 2005, resolución en la cual se decreta la detención del demandante se realiza una amplia exposición de la concurrencia de los presupuestos exigidos en la ley para dictar el mandato de detención. Por su parte, los vocales de la Cuarta Sala Penal para Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima Clara Felicitas Córdova Rivera, Nancy Avila León de Tambini y Marco Antonio Lizárraga Rebaza declaran uniformemente que el órgano jurisdiccional ha procedido de acuerdo a sus atribuciones de valorar la prueba.

El Sexto Juzgado Penal de Lima, con fecha 5 de abril de 2005, a fojas 155, declaró improcedente la demanda de hábeas corpus, por considerar que las resoluciones cuestionadas se encuentran debidamente motivadas, no evidenciándose vulneración alguna del debido proceso y la tutela judicial efectiva.

La recurrida revocó la apelada y reformándola la declaró infundada, por considerar que han sido de observancia los derechos a la motivación escrita de las resoluciones judiciales, la pluralidad de instancia y el debido proceso y la tutela jurisdiccional.

FUNDAMENTOS

1. El demandante solicita se deje sin efecto el mandato de detención dictado en su contra en el proceso que se le sigue por la presunta comisión de delitos de extorsión, contra la administración pública y asociación ilícita para delinquir. Alega que el cuestionado mandato de detención ha sido emitido sin que exista elemento probatorio alguno que lo vincule con el hecho denunciado y que no se ha hecho una valoración del peligro procesal.
2. Respecto de lo alegado por el demandante en el sentido de que no existen elementos probatorios suficientes que lo vinculen con el hecho materia de proceso, es preciso indicar que el juez constitucional no es competente para efectuar una evaluación de los elementos probatorios aportados en el proceso penal y en tal sentido, tampoco lo es para determinar la concurrencia en cada caso de las circunstancias que legitiman la adopción o mantenimiento de la detención judicial preventiva, esto es, realizar una evaluación de peligro procesal y de los elementos probatorios que vinculen al imputado con el hecho denunciado (*fumus comissi delicti*), lo cual es una tarea que incumbe en esencia al juez penal. Sin embargo, sí lo es para verificar que la referida medida haya sido adoptada de forma fundada, completa y acorde con los fines y carácter excepcional de la institución en referencia, valorando si se presenta una evaluación razonada y suficiente de los elementos que la sustentan. ello no lo priva, tampoco, de delimitar los criterios a tomar en cuenta por parte del juez penal a fin de adoptar la medida [Cfr. Exp. N° 1091-2002-HC/TC, Caso Vicente Ignacio Silva Checa].
3. Como lo ha señalado este Tribunal, "...si bien la detención judicial preventiva constituye una medida que limita la libertad física, por sí misma, ésta no es inconstitucional. Sin embargo, por el hecho de tratarse de una medida que restringe la libertad locomotora, dictada pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la última *ratio* a la que el juzgador debe apelar, esto es, susceptible de dictarse sólo en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general". [Exp N.º 1091-2002-HC/TC, Vicente Ignacio Silva Checa]. Es por ello que la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, reconocida en el artículo 139,5 de la Constitución, tratándose de la detención judicial preventiva en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues sólo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que con ello se permite evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva.

4. Dos son, en ese sentido, las características que debe tener la motivación de la detención judicial preventiva. En primer lugar, tiene que ser "suficiente", esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo término, debe ser "razonada", en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria por injustificada.
5. Respecto de la resolución cuestionada, tal como consta del auto ampliatorio de instrucción cuestionado, cuya copia obra a fojas 55 y siguientes de autos, el juzgado emplazado realiza una valoración tanto de los medios probatorios que vinculan al denunciado con el hecho que se le imputa, así como del peligro procesal, valorando la conducta de los procesados, quienes, habiéndoseles dictado mandato de comparecencia se han sustraído de la acción de la justicia, los que incluso han sido declarados reos ausentes. Por tanto, este colegiado considera pertinente desestimar la pretensión.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de hábeas corpus.

SS.

**GONZALES OJEDA
VERGARA GOTELLI
LANDA AROYO**

EXP. N° 5100-2006-PA/TC
LIMA
MARCO ANTONIO
NARVAEZ NATIVIDAD

FUNDAMENTO DEL VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

1. De la prueba actuada aparece que la denuncia de los que afirman ser agraviados por los hechos que relatan y que resultan tipificantes del delito de extorsión previsto y penado por el artículo 200 del Código Penal, el Fiscal correspondiente hizo suya la denuncia después de una investigación preliminar en la que acumuló suficiente material probatorio que vincula al recurrente con el delito denunciado, medios probatorios que incluso abierto el proceso penal han sido corroborados.
2. De acuerdo a la consideración precedente y estando al cuestionamiento que hace el recurrente frente a la medida de detención provisoria expedida en el auto de apertura de instrucción, es indispensable ingresar al análisis de los elementos indispensables requeridos por la ley para la dación de la medida provisoria citada, no refiriéndose a los alcances del material aludido para los efectos de la decisión que corresponde al órgano jurisdiccional ordinario que se dará en su oportunidad en la sentencia que ponga fin al proceso penal.
3. Que en efecto, el análisis a que ha lugar respecto de la detención provisoria, ha sido evacuado teniendo en cuenta los tres elementos que justifican la detención corporal del imputado, a saber a) que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe, b) que la sanción a imponerse, de acuerdo a la tipificación, sería superior a cuatro años de pena privativa de libertad, y, c) que existen suficientes elementos probatorios para presumir que el imputado ha de eludir la acción de la justicia o que intentará perturbar la acción probatoria, elementos que efectivamente concurren al caso sub materia, correspondiendo así aplicarse en este caso el artículo 135 del Código Procesal Penal, lo que significa que dentro de la ubicación del proceso cautelar aparece que concurren dichas exigencias o requisitos constitutivos del soporte fáctico y legal para la dación de la medida cuestionada.

Por estas consideraciones mi voto es porque se **confirme** la resolución de grado que declaró **infundada** la demanda de autos

SR.
VERGARA GOTELLI

TALLER
“ACUERDOS PARA LA CELERIDAD EN LA TRAMITACIÓN
DE LOS PROCESOS PENALES”

“SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL”

EXP N° 8125-2005-PHC/TC / LIMA

JEFFREY IMMELT Y OTROS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 14 días del mes de noviembre de 2005, reunido el Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Gonzales Ojeda, García Toma, Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Bardelli Lartirigoyen y Vergara Gotelli,

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Luis Fernando Garrido Pinto a favor don Jeffrey Immelt y otros contra la resolución de la Primera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 245, su fecha 31 de agosto de 2005, que declara improcedente la demanda de habeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 3 de agosto de 2005, se interpone demanda de habeas corpus a favor de Jeffrey Immelt, Joseph Anthony Pompei, John Mc. Carter, Nelson Jacob Gurman, César Alfonso Ausín de Iruarizaga, Jorge Montes, James Campbell, Dave Cote, Donald Breare Fontaine, Steve Reidel, Steve Sedita, David Blair, John Welch, Dennis Dammerman, James K. Harman, Helio Mattar, W. James Mcnerney, James E. Mohn, Robert L. Nardelli, Dennis K. Williams y John Opie, ejecutivos de la empresa General Electric Company contra el Juez del Vigésimo Quinto Juzgado Penal de Lima, don César Herrera Cassina. Se sostiene que el Juez demandado dictó auto de apertura de instrucción por delito de estafa contra los beneficiarios, disponiendo la detención de todos ellos, sin motivar debidamente su decisión sobre las razones que tuvo para imputarles el delito de estafa, lo que les imposibilita enfrentar adecuadamente el proceso penal (Nº 357-2005) que se les ha instaurado, situación que atenta contra sus derechos constitucionales a la libertad personal y de defensa.

Investigación sumaria

Realizada la investigación sumaria, el Juez demandado rinde su declaración explicativa sosteniendo que el pronunciamiento de su Juzgado ha sido en mérito de lo dispuesto expresamente por la Cuarta Sala Penal Superior que por resolución de fecha 19 de octubre de 2004, ordenó abrir instrucción penal contra los beneficiarios, y que la medida coercitiva de detención se trata de una decisión jurisdiccional arreglada a derecho. Por su parte, el promotor de la demanda de habeas corpus al rendir su declaración indagatoria sostuvo que se ha vulnerado los derechos

000146

constitucionales de los ejecutivos denunciados, porque han sido acusados sin ninguna razón, afectándose además su derecho a la libertad personal mediante un mandato de detención que violenta la libertad de tránsito, por cuanto por razones de sus trabajos tiene que trasladarse de un país a otro.

Resolución de primera instancia

El Trigésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, a fojas 217, con fecha 11 de agosto de 2005, declaró improcedente la demanda por estimar que la parte demandante no ha cumplido con acreditar que la resolución que dispone el mandato de detención contra los beneficiarios, y que vulneraría manifiestamente su libertad individual y tutela procesal efectiva haya quedado firme, como así lo exige el artículo 4° del Código Procesal Constitucional.

Resolución de segunda instancia

La recurrida confirmó la apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

§. 1. Cuestión procesal

1. 1. El Tribunal entiende que hay una cuestión preliminar sobre la que debe detenerse a fin de evaluar correctamente el sentido de la pretensión, y es que tratándose de un habeas corpus contra una resolución judicial como es el auto de apertura de instrucción, se debe precisar primero la aplicación del artículo 4° del Código Procesal Constitucional, que prescribe la procedencia del habeas corpus contra resoluciones judiciales firmes.
2. 2. Al respecto, el Tribunal Constitucional no comparte la tesis de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, que desestimó la demanda de habeas corpus por considerar que la decisión judicial de detención adoptada por el juez emplazado no tiene la calidad de firme y definitiva que ésta requiere para ser revisada en vía constitucional.
3. 3. Analizados los argumentos de la demanda, este Tribunal considera que la controversia en el presente caso, fundamentalmente gira en torno a la legitimidad misma del proceso penal instaurado contra los beneficiarios mediante el cuestionado auto de apertura de instrucción, resolución respecto de la cual este Tribunal ha establecido en la sentencia recaída en el expediente N° 6081-2005-HC/TC (Caso: Alonso Esquivel Cornejo. F.J. N° 3), que si bien uno de los requisitos para cuestionar mediante habeas corpus una resolución de carácter jurisdiccional es que tenga la calidad de firme, conforme a lo previsto en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional, tratándose del auto de apertura de instrucción no corresponde declarar la improcedencia de la demanda, toda vez que contra esta resolución no procede ningún medio impugnatorio mediante el cual se pueda cuestionar lo alegado en este proceso constitucional.
4. 4. En efecto, el auto de apertura de instrucción, constituye una resolución que resulta inimpugnable por ausencia de una previsión legal que prevea un recurso con este fin. Siendo así, una alegación como la planteada en la demanda contra este auto, se volvería irresoluble hasta el momento de la finalización del proceso penal mediante sentencia o por alguna causal de

sobreseimiento, lo que no se condice con el respeto del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

§ 2. Determinación del objeto del proceso constitucional de habeas corpus

5. 5. En reiterada jurisprudencia, emitida por este Supremo Tribunal, se ha establecido que el Tribunal Constitucional no es instancia en la que pueda dictarse pronunciamiento tendiente a determinar si existe, o no, responsabilidad penal del inculpado, ni tampoco la calificación del tipo penal en que este hubiera incurrido, toda vez que tales cometidos son exclusivos de la jurisdicción penal ordinaria. Sin embargo, debe quedar plenamente establecido que si bien el juzgador constitucional no puede invadir el ámbito de lo que es propio y exclusivo del juez ordinario, en los términos que aquí se exponen, dicha premisa tiene como única y obligada excepción la tutela de los derechos fundamentales, pues es evidente que allí donde el ejercicio de una atribución exclusiva vulnera o amenaza un derecho reconocido por la Constitución, se tiene, porque el ordenamiento lo justifica, la posibilidad de reclamar protección especializada en tanto es ese el propósito por el que se legitima el proceso constitucional dentro del Estado constitucional de derecho.
6. 6. No se trata naturalmente de que el juez constitucional, de pronto, termine revisando todo lo que hizo un juez ordinario, sino, específicamente, que fiscalice si uno o algunos de los derechos procesales con valor constitucional están siendo vulnerados. Para proceder de dicha forma existen dos referentes de los derechos de los justiciables: la tutela judicial efectiva como marco objetivo y el debido proceso como expresión subjetiva y específica, ambos previstos en el artículo 139°, inciso 3 de la Constitución Política del Perú. Mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos. El debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha reconocido estas dos manifestaciones del debido proceso en sus sentencias recaídas en los expedientes N° 2192-2002-HC/TC (F.J. N° 1), N° 2169-2002-HC/TC (F.J. N° 2) y N° 3392-2004-HC/TC (F.J. N° 6).
7. 7. En el supuesto de que una resolución judicial desconozca o desnaturalice algunos de los componentes de cualquiera de los derechos aquí mencionados, estaremos, sin lugar a dudas, ante la circunstancia de un

proceder inconstitucional, y ante un contexto donde, al margen de la función judicial ordinaria ejercida y de la exclusividad que se le reconoce, resulta procedente el ejercicio del proceso constitucional como instrumento de defensa y corrección de una resolución judicial contraria a la Constitución. Puntualizado queda, en todo caso, que solo si vulnera el contenido esencial de alguno de los derechos antes mencionados, estaremos ante un proceso inconstitucional, quedando totalmente descartado que, dentro de dicha noción, se encuentren las anomalías o simples irregularidades procesales - violación del contenido no esencial o adicional-, que no son, por sí mismas, contrarias a la Constitución sino al orden legal. Mientras que el proceso que degenera en inconstitucional se habrá de corregir mediante el ejercicio del proceso constitucional, la simple anomalía o irregularidad lo será mediante los medios de impugnación previstos al interior de cada proceso. Ese es el límite con el cual ha de operar el juez constitucional y, a la vez, la garantía de que no todo reclamo que se le hace por infracciones al interior de un proceso pueda considerarse un verdadero tema constitucional.

8. 8. Particularmente, si bien el proceso de habeas corpus no tiene por objeto proteger en abstracto el derecho al debido proceso, en el presente caso, habida cuenta que las vulneraciones aducidas no sólo implican la observancia del derecho al debido proceso sino que incidiría en el ejercicio de la libertad individual de los beneficiarios, el Tribunal Constitucional tiene competencia *ratione materiae*, para evaluar la legitimidad constitucional de los actos considerados lesivos.

§ 3. Análisis del caso materia de controversia constitucional

9. 9. Se alega en la demanda la falta de motivación del auto de apertura de instrucción, que estriba principalmente en la ausencia de fundamentación de la vinculación de la imputación judicial que se hace a los beneficiarios con los hechos que constituirían delito de estafa, generándoles con ello una situación de indefensión, por desconocer los hechos concretos respecto de los cuales debían defenderse.

Falta de motivación del auto de apertura de instrucción.

10.10. La necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículos 45° y 138.° de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa.

11.11. En efecto, uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139° de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a

la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea suficiente y proporcionado con los hechos que al juez penal corresponde resolver.

- 12.12. En el caso de autos, se debe analizar en sede constitucional si es arbitrario el auto de apertura de instrucción dictado contra los beneficiarios, por la falta de motivación que se alega en la demanda. Al respecto, el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales (modificado por la Ley N° 28117), regula la estructura del auto de apertura de instrucción, y en su parte pertinente establece que:

*“Recibida la denuncia y sus recaudos, el Juez Especializado en lo Penal sólo abrirá instrucción si considera que de tales instrumentos aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, **que se ha individualizado a su presunto autor o partícipe**, que la acción prenatal no ha prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal. El auto sera motivado y contendrá en forma precisa los hechos denunciados, los elementos de prueba en que se funda la imputación, la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado, la motivación de las medidas cautelares de carácter personal o real, la orden al procesado de concurrir a prestar su instructiva y las diligencias que deben practicarse en la instrucción”.*

- 13.13. Como se aprecia, la indicada individualización resulta exigible en virtud del primer párrafo del artículo 77° del Código de Procedimientos Penales, obligación judicial que este Tribunal considera que debe ser efectuada con criterio de razonabilidad, esto es, comprender que nada más lejos de los objetivos de la ley procesal el conformarse en que la persona sea individualizada cumpliendo sólo con consignarse su identidad (nombres completos) en el auto de apertura de instrucción (menos aún, como se hacía años antes, *“contra los que resulten responsables”*, hasta la dación de la modificación incorporada por el Decreto Legislativo N° 126 publicado el 15 de junio de 1981), sino que, al momento de calificar la denuncia será necesario, por mandato directo e imperativo de la norma procesal citada, controlar la corrección jurídica del juicio de imputación propuesto por el fiscal, esto es, la imputación de un delito debe partir de una consideración acerca del supuesto aporte delictivo de todos y cada uno de los imputados.
- 14.14. Esta interpretación se condice con el artículo 14°, numeral 3), literal “b” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que a este respecto, comienza por reconocer que: *“ Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y **en forma***

detallada , de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella". Con similar predicamento, el artículo 8°, numeral 2), literal "a" de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, dispone que: *"Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas:...b) **Comunicación previa y detallada de la acusación formulada**"*. Reflejo de este marco jurídico supranacional, es el artículo 139°, inciso 15) de nuestra Norma Fundamental, que ha establecido: *"El principio que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención"*. Se debe señalar que, a pesar del tenor de esta norma constitucional, de la que pareciera desprenderse que el derecho del imputado se limita al momento de su propia detención, lo cierto es que esta toma de conocimiento, constituye la primera exigencia del respeto a la garantía constitucional de la defensa que acompaña a lo largo del proceso en todas las resoluciones del mismo.

- 15.15. Examinado el cuestionado auto de apertura de instrucción (fs. 175/180), de conformidad con la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución, es posible afirmar que tal resolución no se adecúa en rigor a lo que quieren tanto los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos, como la Constitución y la ley procesal penal citados. No cabe duda que el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales ofrece los máximos resguardos para asegurar que el imputado tome conocimiento de la acusación que contra él recae, al prescribir que : *"El auto sera **motivado** y contendrá en forma precisa los **hechos denunciados, los elementos de prueba en que se funda la imputación, la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado**"*.
- 16.16. En otras palabras, la obligación de motivación del Juez penal al abrir instrucción, no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le dirigen, sino que comporta la ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan, y no como en el presente caso en que se advierte una acusación genérica e impersonalizada, que limita o impide a los procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa.
- 17.17. En este sentido, cuando el órgano judicial superior jerárquico ordena abrir instrucción, ello no exonera al *a quo* de fundamentar lo ordenado, de conformidad con los requisitos previstos en el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales. En consecuencia, al haber omitido el Juez penal la formalización de cargos concretos, debidamente especificados, contra todos y cada uno de los beneficiarios, lo que denota una ausencia de individualización del presunto responsable, en los términos anteriormente expuestos, ha infringido el deber constitucional de motivación de las resoluciones

judiciales, lesionando el derecho de defensa de los justiciables, al no tener éstos la posibilidad de rebatir los elementos fácticos que configurarían la supuesta actuación delictiva que se les atribuye, en función del artículo 139°, inciso 5 de la Constitución Política del Perú.

- 18.18. Por lo anteriormente expuesto, la presente demanda debe ser estimada al haberse acreditado que el auto de apertura de instrucción, de fecha 2 de agosto de 2005, dictado por el demandado Juez penal del Vigésimo Quinto Juzgado Penal de Lima ha vulnerado los derechos constitucionales de los beneficiarios de esta demanda, referidos a la motivación de las resoluciones judiciales y de defensa, resultando de aplicación el artículo 2° del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237).

Por lo anteriormente expuesto, el Tribunal Constitucional con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. 1. Declarar **FUNDADA** la demanda de habeas corpus.
2. 2. Declarar **NULA** la resolución de fecha 2 de agosto de 2005, expedida por el Vigésimo Quinto Juzgado Penal de Lima en el proceso penal N° 357-2005, mediante la cual se abre instrucción y se dicta mandato de detención a los beneficiarios de esta demanda, en consecuencia, se dispone la suspensión de las órdenes de captura dictados contra todos los afectados.
3. 3. Disponer se dicte un nuevo auto de apertura de instrucción, si fuera el caso, teniendo en consideración los fundamentos que sustentan la presente demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
LANDA ARROYO

EXP. N.º 8125-2005-PHC/TC
LIMA
JEFFREY IMMELT Y OTROS

VOTO SINGULAR DEL DOCTOR JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

Emito este voto singular con el debido respeto por la opinión vertida por el ponente, por los fundamentos siguientes:

1. 1. Viene a conocimiento de este Supremo Tribunal Constitucional el recurso de agravio constitucional interpuesto por Luis Fernando Garrido Pinto a favor de Jeffrey Immelt y otros, contra la sentencia emitida por la Primera Sala Penal de Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmando la apelada declara improcedente la demanda de habeas corpus.
2. 2. Se cuestiona el auto que abre instrucción en la vía sumaria por el delito de estafa, emitido por el Juez del 25º Juzgado Penal de Lima contra 21 funcionarios de la sociedad mercantil General Electric Company a quienes, en dicha resolución, se les ha dictado mandato de detención. Se afirma que el referido auto no se encuentra adecuadamente motivado porque el Juez no expone las razones que ha tenido en cuenta para imputar la comisión del referido delito por cada uno de los imputados, habida cuenta que estos tendrían que responder individualmente uno por uno durante la investigación judicial solo por hechos tipificantes, omisión que los coloca en un estado de indefensión que viola el debido proceso.
3. 3. Al respecto este Supremo Tribunal en jurisprudencia uniforme ha señalado que la sede constitucional no es una instancia en la que pueda dictar pronunciamiento para determinar si existe o no responsabilidad penal del inculpado o calificando el tipo penal por el que se le procesa, toda vez que dichas facultades son exclusivas de la jurisdicción penal ordinaria por lo que el juzgador constitucional no puede invadir el ámbito de lo que es propio y exclusivo del juez ordinario.
4. 4. Así, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a impugnaciones contra el auto de apertura de instrucción, en el caso del proceso N° 0799-2004-HC, señalando que *"No resulta atendible la solicitud de dejar sin efecto un auto apertorio de instrucción alegando la inexistencia de pruebas de la comisión del delito, por cuanto es la etapa de la instrucción la que tiene por objeto reunir elementos probatorios de la realización del ilícito penal"*. Del mismo modo en la STC N.º 2365-2002-HC ha señalado que atendiendo al objeto de dicho proceso, dejar sin efecto el auto de apertura de instrucción constituye *"pretensión imposible de satisfacer mediante esta acción de garantía, toda vez que ésta no se puede instrumentalizar con el objeto de*

impedir que se realicen las investigaciones judiciales derivadas del auto apertorio de instrucción... el Tribunal Constitucional considera que cualquier anormalidad o irregularidad que pueda presentar el auto cuestionado deberá remediarse mediante el ejercicio de los recursos que la ley procesal penal prevé, y no vía este proceso que tiene como finalidad proteger la libertad individual y los derechos conexos con ella". En síntesis, el Tribunal Constitucional tras reproducir parte del texto del artículo 77.º del Código de Procedimientos Penales ha dicho que no es instancia revisora para dilucidar si los fundamentos que sustentan el auto de apertura de instrucción son suficientes o cumplen con los requisitos legales, dejando en claro que dicha reclamación deberá de ser impugnada al interior del proceso penal en trámite pues es prerrogativa de la judicatura ordinaria resolver dichas controversias.

5. 5. El Código Procesal Constitucional, Ley 28237, en el Artículo 4º, segundo párrafo, prevé la revisión de una resolución judicial via proceso de habeas corpus siempre que se cumplan 2 presupuestos: 1) que se trate de una resolución judicial firme y 2) que la vulneración a la libertad individual y a la tutela procesal efectiva sea de forma **manifiesta**.
6. 6. Consecuentemente, para legitimar el ingreso del Tribunal Constitucional a la revisión de una resolución judicial que en este caso constituye la expresión misma de la autonomía del Juez y la independencia del Poder Judicial debe acreditarse fehacientemente el cumplimiento de dichos presupuestos; caso contrario estaremos convirtiendo a este Supremo Tribunal en una suprainstancia capaz de revisar todos los autos de apertura de instrucción evacuados por la jurisdicción ordinaria a nivel nacional.
7. 7. Debemos tener en cuenta primero que tratandose del cuestionamiento al auto que abre instrucción con el argumento de una indebida o deficiente motivación, la pretensa vulneración no puede ser conocida a través del habeas corpus sino del amparo puesto que el auto de apertura, en puridad, no está vinculado directamente con la medida cuatelar de naturaleza personal que se dicta al interior de dicha resolución, medida contra la que la ley procesal permite la apelación. Este mandato se emite en función a otros presupuestos procesales, señalando el Artículo 135 del Código Procesal Penal, taxativamente, los requisitos mínimos que deben concurrir para su procedencia, que no son los mismos que los exigidos para el auto que abre instrucción establecidos en el Artículo 77º del Código de Procedimientos Penales. En consecuencia considero que si se denuncia que el juez ordinario, abusando de sus facultades, abre instrucción contra determinada persona cometiendo con ello una arbitrariedad manifiesta, se estaría acusando la violación del debido proceso ya sea este formal o sustantivo, para lo que resulta vía idónea la del amparo reparador. La medida coercitiva de naturaleza personal sí incide directamente sobre la libertad; empero, contra esta medida existen medios impugnatorios previstos en la ley procesal penal que tendrían que agotarse para

obtener la firmeza de la resolución en lo referente a la detención preventiva u otras limitaciones a la libertad personal.

8. Sin perjuicio de lo anterior creo pertinente considerar que si bien es cierto la normatividad procesal penal no ha previsto expresamente un medio impugnatorio para cuestionar el auto de apertura de instrucción, también lo es que de existir vacíos en el tratamiento por dicho ordenamiento procesal, éste se rige supletoriamente por el Código Procesal Civil, en cuanto le sea aplicable, según la previsión de la Primera Disposición Complementaria y Final del aludido Código que a la letra dice: "las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza". Si esto es así, encontramos que en el Artículo 171° del referido complejo legal se prevé que la nulidad de un acto procesal "(...) puede declararse cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad".
9. El recurrente afirma que el auto de apertura de instrucción carece de motivación suficiente pues no expone las razones que el Juez ha tenido en cuenta para imputar la comisión del delito de estafa a cada uno de los instruidos, ni los hechos por los que tendrían que responder individualmente durante la investigación judicial, es decir afirma que el acto procesal no cumple con los requisitos mínimos de validez. Siendo así los recurrentes tuvieron a su alcance el remedio previsto en el artículo 171° del C.P.C. a través de la formulación de la nulidad del referido acto procesal y lograr en sede ordinaria la corrección del vicio que se acusa o, en su defecto, conseguir la resolución firme que lo habilite a recurrir a la vía excepcional y sumarisima del extraordinario proceso de urgencia.
10. En cuanto a la exigencia referida a que la vulneración a la libertad individual y a la tutela procesal efectiva sea de forma manifiesta, de la revisión de autos considero que no existe tal manifiesta vulneración que como presupuesto requiere el segundo párrafo del artículo 4° del Código Procesal Constitucional para ingresar al análisis de fondo, por los siguientes argumentos: a) las consideraciones que ha tenido el Juez emplazado para dictar el auto de apertura han sido en función a lo dispuesto por la Cuarta Sala Especializada en lo Penal -Reos Libres- de la Corte Superior de Justicia de Lima, por resolución de fecha 26 de abril del 2005, mediante el cual se le ordena abrir instrucción contra los recurrentes, constituyendo una materia que compete de forma exclusiva al juzgador penal; b) mediante los fundamentos de la resolución superior y de la resolución cuestionada se motiva claramente las razones por las que la Sala y el Juez emplazado consideran que la actuación de los funcionarios de la Empresa General Electric Company encuadra en el delito que se les imputa a todos ellos; y c) la invocación de la alegada vulneración del principio de motivación es prematura, pues tratándose de un proceso penal en etapa inicial, obviamente aún no existe una

sentencia firme que sindique a los accionantes como responsables de la comisión del delito instruido, permaneciendo inalterable su presunción de inocencia, no resultando posible determinar el grado de participación de cada uno de ellos, lo que será materia precisamente de la investigación en el proceso judicial. Por tanto, no existe la manifiesta vulneración a la libertad individual ni a la tutela procesal efectiva.

11. 11. Es preciso dejar sentado que el imperio del Estado delegado a sus jueces ordinarios para que en su representación hagan posible el ius puniendi no puede ser desconocido con la afirmación de que dicha facultad se está ejerciendo arbitrariamente para sustraerse de la jurisdicción, que constituye expresión de la soberanía. En todo caso existe el proceso de responsabilidad civil de los jueces previsto en el Artículo 509º y siguientes del C.P.C. como vía alterna suficiente para sancionar, por dolo o culpa, a los representantes jurisdiccionales del Estado que en el ejercicio de su autonomía causan agravios insuperables.
12. 12. Por las precedentes consideraciones no encuentro capacidad en el Tribunal Constitucional para ingresar al proceso penal de su referencia y convertirse, de motu proprio, en el ultra revisor de lo determinado por Juez competente en un proceso regular en trámite, máxime cuando estando a lo que hoy miércoles cuatro del mes de enero del dos mil seis el diario Gestión, en su página veinte, informa de una multiplicación de procesos de habeas corpus por demandas de cada uno de los imputados en distintos juzgados, lo que además significaría abrir las puertas a muchos miles de imputados que vendrían al Tribunal con iguales impugnaciones cada vez que un juzgado penal dé trámite a la denuncia del Fiscal abriendo el correspondiente proceso.

Pero algo más, con el mismo derecho y por la misma puerta, otros miles de emplazados recurrirían también al proceso constitucional cada vez que un Juez Civil admita a trámite una demanda de acuerdo al Artículo 430º del C.Procesal Civil, ley procesal que no ha previsto la vía recursiva para cuestionar la decisión del Juez que da origen a un proceso ordinario. Y para ambos casos - penal y civil - todo imputado y todo emplazado tendrán los "argumentos" necesarios para exigir el mismo tratamiento, lo que, a no dudarlo, al poco tiempo la carga procesal sería inmanejable para este Tribunal ampliando sus facultades cuando hoy las viene reduciendo.

Mi voto, por tanto, es por la improcedencia de la demanda.

S.

JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 8125-2005-PHC/TC
LIMA
JEFFREY IMMELT Y OTROS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO BARDELLI LARTIRIGOYEN

Me adhiero al voto del Magistrado Vergara Gotelli, en el sentido de declarar improcedente la demanda de autos, compartiendo la posición adoptada, debiendo reiterar que este Colegiado no es sede en la que se pueda dictar pronunciamiento tendiente a determinar si existe o no responsabilidad penal de inculcados, ni de efectuar la calificación del tipo penal, toda vez que éstas son facultades exclusivas de la jurisdicción penal ordinaria. Por tanto, al resolver el presente proceso constitucional de hábeas corpus, no puede avocarse al conocimiento de cuestiones de orden penal, pues no son de su competencia.

SS.

BARDELLI LARTIRIGOYEN

TALLER
"ACUERDOS PARA LA CELERIDAD EN LA TRAMITACIÓN
DE LOS PROCESOS PENALES"

RESOLUCIÓN DE CUESTIÓN PREVIA DE OFICIO

VIGESINO CUARTO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO PENAL DE LIMA

EXP N° 22596-2002 (19/06/09)

**VIGESIMO CUARTO JUZGADO ESPECIALIZADO
EN LO PENAL DE LIMA**

Expediente: 22596-2002

Secretario : BAUTISTA

Lima, diecinueve de junio

Del dos mil nueve.-

AUTOS Y VISTOS: Puestos a despacho para resolver y estando al dictamen del Ministerio Público que antecede; y

ATENDIENDO:

Primero: Hechos

De lo actuado se desprende que el Fiscal permanente de la Marina de Guerra del Perú, denunció inicialmente a **Carmen Bertha Guillen Mera** por delito de Terrorismo agravado y otros (véase fojas 242); en mérito del cual el Juzgado de Instrucción Permanente de la Marina le abre proceso por los delitos denunciados (véase fojas 249). Posteriormente al declararse nulo el proceso, se remiten los autos a la jurisdicción ordinaria, en donde el Fiscal Provincial Penal de Lima, formaliza denuncia penal contra la antes mencionada por delito de robo agravado y otros (véase fojas 4220), en mérito del cual el Juzgado Corporativo Nacional de Bndas y Terrorismo Especial le abrió instrucción por los mismos delitos denunciados, dictándose como medida de coerción personal detención (véase fojas 4224), disponiéndose su inmediata ubicación y captura.

Segundo: Que, desde ese acto procesal (desde el auto apertorio de instrucción) el órgano jurisdiccional se ha visto

imposibilitado jurídicamente de hacer efectivo la captura en atención a la Ley 27411, por lo que en la realidad concreta el proceso penal en este extremo resultaría ineficaz, motivo por el cual siendo una de las funciones obligatorias que tiene el representante del Ministerio Público, de identificar al presunto autor al momento de formular su denuncia penal, se remitió para su pronunciamiento, indicando "que la no inscripción de una persona en el registro Nacional de Identificación y Estado Civil Reniec, no puede significar que se ha incumplido el requisito de la individualización del imputado a los fines del procesamiento penal, el artículo 3 de la Ley 27411, señala que el documento nacional de identidad es una exigencia no obligatoria para la inscripción y ejecución de una requisitoria" agrega "que si el juez verifica la inexistencia de los datos de identidad personal (nombre y apellidos completos o cuando se ha probado positiva e inconcusamente que la referencia a una persona que se identifico con esos nombres y apellidos es falsa o inexistente) procederá a resolver de oficio el incidente como cuestión previa". No pronunciándose por el fondo eludiendo una responsabilidad, pues si bien las partes no han solicitado esta articulación ello no escapa a que el Ministerio Público se pronuncie sobre el fondo de la cuestión; sin embargo para no seguir dilatando más el procedimiento y en aplicación al principio de celeridad y economía procesal es menester pronunciarse sobre el fondo en esta¹ ocasión.

Tercero: Fundamentos Jurídicos:

La **cuestión previa** se rige por el **principio de legalidad**, por lo que es la Ley quien establece cuales son las exigencias previas que condicionan la apertura del proceso penal, por ello es una institución jurídica de carácter excepcional, lo que implica

que su aplicación se ha limitado a ciertos delitos y personas. Procede cuando concurre un requisito de procedibilidad y puede plantearse en cualquier estado de la causa o resolverse de oficio. En efecto, la *cuestión previa* viene hacer sino un **requisito procesal especial y expresamente previsto en la ley para el ejercicio idóneo de la acción penal**. Por consiguiente, en los casos que esté prevista expresamente, la observancia de la cuestión previa es ineludible a efecto de poder formular válidamente una denuncia y, por ende también, para que el auto de procesamiento pueda ser expedido válidamente. Son pues exigencias legales que impiden proseguir válidamente la acción penal y como tal su inobservancia ocasiona la nulidad del proceso. Si se declara fundada, se anulará lo actuado, dándose por no presentada la denuncia.

Cuarto: Promoción de la Acción Penal

El Art. 77 del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Ley 28117, regula la estructura del auto de apertura de instrucción, y en su primer párrafo establece: "recibida la denuncia y sus recaudos, el Juez Especializado en lo Penal **sólo** abrirá instrucción si considera que de tales instrumentos aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que se **ha individualizado a su presunto autor o partícipe**, que la acción penal no haya prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal. El auto será **motivado** y contendrá en forma precisa los hechos denunciados, los elementos de prueba en que se funda la imputación, la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado, la motivación de las medidas cautelares de carácter personal o real, la orden al procesado de concurrir a prestar su instructiva y las diligencias

que deben practicarse en la instrucción. Es decir **es un requisito expresamente señalado en la Ley para admitir la promoción de la acción penal, la individualización del presunto autor o partícipe** cuyo incumplimiento constituye un motivo específico de inadmisión del procesamiento penal. La norma en referencia prescribe que, en esos casos, se devolverá la denuncia y los recaudos al Ministerio Público, tal como ha sido ratificado por la Resolución Administrativa número 081-2004-CE-PJ, del 29.4.2004.

Quinto: Por último el acuerdo plenario Nro. 07-2006, ha establecido efectivamente que la no inscripción del imputado en la Reniec o su inexistencia en su base de datos no significa que no se encuentre individualizado para los fines del procesamiento, esto no constituye prueba privilegiada que acredita sin más que se trata de un individuo incierto o no individualizado; resultando coherente con el artículo 3º de la Ley número 27411, modificado por la Ley número 28121, del 16.12.2003, que estipula que el mandato de detención dictado por el órgano jurisdiccional deberá contener, a efecto de individualizar al presunto autor, los siguientes datos obligatorios: 1.) nombre y apellidos completos, 2.) edad, 3.) sexo, y 4.) características físicas, talla y contextura; empero dicho plenario también ha establecido que si el Juez Penal verifica la inexistencia de datos de identidad personal, se pronunciará de oficio por la cuestión previa y "ello solo procederá cuando no se ha podido establecer, de los cuatro datos obligatorios del requerido, el referido al nombre y apellidos completos, o cuando se ha probado positiva e inconcusamente que la referencia a una persona que se

identificó con esos nombres y apellidos completos es falsa o inexistente”¹

Sexto: Ahora bien, en el presente caso concreto, teniendo en cuenta la razón del secretario cursor y de la revisión de autos se tiene que la reo ausente **Carmen Bertha Guillen Mera** a parte de no encontrarse debidamente identificada en la RENIEC, no se conoce sus características obligatorias que exige la Ley 27411, los datos que se tiene son inexistentes, por lo que jurídicamente es imposible ejecutar, una orden de captura, convirtiéndose el proceso en este extremo en ineficaz, creando carga innecesaria a la ya abultada que tiene la administración de Justicia; lo contrario sería vulnerar la propia Ley de homonimia; por lo que pensamos que en el presente caso estamos dentro de los alcances del acuerdo plenario. Pero debe tenerse en cuenta que la cuestión previa de oficio es sólo **un obstáculo**², no a la prosecución del proceso penal, sino a la iniciación de la acción penal, por lo que a fin de evitar impunidad es obligación del Ministerio Público identificarlo debidamente y volver a formular su pretensión penal sin vicios que acarreen nulidad y en estricta observancia de los requisitos exigidos por el Art. 77 del cuerpo de leyes antes citado. “Se trata de causas que condicionan el ejercicio de la acción penal sin cuya presencia no es posible promoverla y si se aperturó instrucción - como en el presente caso-, sin observar estos requisitos, la consecuencia inmediata es la nulidad de todo lo actuado, dándose por no presentada la denuncia y a la vez disponer que dichos autos sean devueltos al titular de la acción penal para que las cumpla, no pudiéndose

¹ Acuerdo Plenario Nro. 07-2006 de fecha 13 de octubre del 2006.

² SAN MARTIN CASTRO, César “Derecho Procesal Penal” 2da Edición Tomo I, Editorial Grijley Lima Perú 2006. Pagina 364

realizar un nuevo proceso penal hasta que se subsane, ello significa que corregido el error puede volver a instarse en otro procesamiento³.

Por todo lo expuesto, y de conformidad con el presupuesto que establece el Art. 04 del Código de Procedimientos Penales, esta judicatura,

RESUELVE:

1. Declarar **FUNDADA de Oficio la Cuestión Previa**, en el extremo del proceso seguido contra Carmen Bertha Guillen Mera, **por delitos contra el Patrimonio (Robo Agravado) y otros, en agravio de TECSUR sociedad anónima y otros;**
2. Declarar Nulo todo lo actuado en el extremo de la procesada Carmen Bertha Guillen Vera, **teniéndose por no presentada la denuncia.**
3. Levántese cualquier medida de coerción personal en su contra;
4. Remitirse copias certificadas al Fiscal Provincial Penal de Turno para que procedan conforme a sus atribuciones y una vez cumplido la exigencia de la identificación ejersan la acción penal.
5. **Debiéndose ejecutar estas medidas consentidas que sea la presente resolución. Notificándose.**

³ SAN MARTIN César. Op Cit. Página 375.

TALLER
"ACUERDOS PARA LA CELERIDAD EN LA TRAMITACIÓN
DE LOS PROCESOS PENALES"

**NORMAS A TENER EN CUENTA PARA DICTAR
MANDATOS DE DETENCIÓN**

DIRGEN-PNP
EMG/ OFEES
M A R 2 0 0 2
L I M A

DIRECTIVA N°DPNP-01-22-2002-B

NORMAS PARA REGULAR EL PROCEDIMIENTO POLICIAL EN LOS CASOS DE HOMONIMIA.

I. OBJETIVO

Establecer normas y procedimientos que deberá observar el personal PNP, que en cumplimiento de sus funciones se le presente casos de homonimia con requisitorias, de conformidad a lo prescrito en la Ley 27411 del 27ENE2001.

II. FINALIDAD

- A. Garantizar que los procedimientos policiales se realicen dentro del marco constitucional y normativo de respeto a los derechos humanos.
- B. Regular el procedimiento policial en los casos de homonimia, cuando quien lo alega se encuentre privado de su libertad en mérito a una orden judicial.
- C. Unificar los procedimientos básicos para el personal policial, ante los casos de homonimia.
- D. Adecuar determinadas diligencias policiales en el proceso investigador, que permitan reducir el índice de casos de Homonimia.

III. BASE LEGAL

- A. Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención americana de Derechos Humanos.
- B. Constitución Política del Perú de 1993.
- C. Ley N° 9024, Código de Procedimientos Penales .
- D. Ley N° 27238 del 21DIC99, Ley Orgánica de la PNP.
- E. Decreto Legislativo N° 638 de 25ABR91, Código Procesal Penal.
- F. Ley N° 27411, del 27ENE01 Ley que regula el procedimiento en los casos de homonimia.

- G. Decreto Supremo N°. 008-2000-IN del 04OCT00, Reglamento de la Ley Orgánica de la PNP.
- H. Resolución Ministerial 0306-92 IN/PNP 17.MAR.92, Aprobación del Reglamento del Sistema Normativo de la PNP.
- I. Resolución Directoral N° 2450-97-DGPNP, del 29SET97, Creación de la Dirección de Policía Judicial.
- J. Resolución Defensorial N° 026-2001/DP, del 27JUN01.
- K. Resolución Defensorial N°73-2000/DP, del 22DIC00.
- L. Resolución Administrativa N° 134-CME-PJ, reglamentada por la Resolución Administrativa N° 065-99-GG-PJ- Crea el Registro Nacional de Requisitorias.
- M. Directiva N° 108-DGPNP/COAS del 30 de Julio de 1991, que Regula los Procedimientos de Requisitorias.
- N. Directiva N° 007-98-GG-PJ, del 29MAY98, Normas y Procedimientos para el traslado de personas Requisitorias.
- O. Directiva N°. 003-99-IN/01JUN99: Normas y Procedimientos para el control de pasajeros en el Aeropuerto Internacional "Jorge Chávez", con Sistema integrado de control migratorio de la DIGIMIN y el Sistema de personas Requisitorias PNP.
- P. M/M N° 3-98-DGPNP-EMG.PNP, del 24FEB98, que dispone la comunicación a la DIRCOTE sobre detención de Requisitorias terroristas.
- Q. Memorándum N° 32.2001/DG.PNP/EMP, del 08JUN01, que dispone la formulación de la Hoja de Datos Identificatorios.

IV. ALCANCE

Todas las Unidades de la Policía Nacional del Perú.

V. SITUACION

- A. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (Artículo 9º), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 9º) así como la Convención Americana de Derechos Humanos (Artículo 7º), prohíben toda forma de detención o prisión arbitrarias y establecen el derecho de todo ciudadano y ciudadana a no ser privado de su libertad, salvo por las causas previstas en la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

- B. La Constitución Política del Perú en su artículo 2º, inciso 24º, literal F, establece que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito.
- C. El Código de Procedimientos Penales en su artículo 60º, concordante con el artículo 136º del Código Procesal Penal, prescribe que los miembros de la Policía Nacional que intervengan en la investigación de un delito, enviarán a los Jueces (hoy penales y mixtos), a través de las Fiscalías, un atestado con todos los datos de filiación y necesarios para la identificación de las personas comprendidas en el ilícito penal.
- D. El Código Procesal Penal en su Artículo Nº 136 prescribe que el mandato de detención sólo será motivado por el Juez con expresión de los fundamentos de hecho y derecho que lo sustenten, debiendo contener el oficio mediante el cual dispone la ejecución de su detención (requisitoria), los datos de filiación personal del requerido, que cursada a la autoridad policial tendrá una vigencia de seis meses, cuya reiteración también debe ser por escrito, con excepción de los relacionados con el delito de terrorismo, tráfico ilícito de drogas y traición a la patria.
- E. Los problemas que originaron el Decreto Supremo Nº 035-93-JUS de 28 de agosto de 1993, debido a la definición amplia de homonimia, significó la detención de personas distintas a las requisitorias; hecho que se agravó con el incumplimiento de los plazos para determinar la situación de homonimia del solicitante tanto en su condición de detenido como libre.
- F. Con el objeto de superar las dificultades advertidas en el referido Decreto Supremo, se promulgó la Ley Nº 27411 de 27 de enero de 2001, que regula el procedimiento para el caso de Homonimia, cuyo contenido principal es el siguiente:
1. Delimitar la definición de homonimia, restringiendo los supuestos sólo y exclusivamente cuando una persona detenida o no tiene los mismos nombres y apellidos de quien se encuentra requisitoria por la autoridad competente.
 2. Establecer que la Autoridad Judicial está obligada a consignar en los mandatos de detención de los que surge la requisitoria, los datos de identidad del requisitoria, tales como nombres y apellidos completos, la edad, sexo, fecha y lugar de nacimiento, a efecto de poder individualizar al presunto autor del delito.
 3. Existen dos procedimientos para establecer la homonimia: el judicial para las personas privadas de su libertad en virtud de un mandato de detención; y el administrativo para las personas que

encontrándose en libertad pretendan desvirtuar la existencia de un posible caso de homonimia respecto a su persona.

4. En cualquiera de los procedimientos, la homonimia será resuelta por el Juez Penal de Turno o la Judicatura que conoce la causa, quien extenderá la respectiva Resolución de Homonimia y cuyo Certificado será expedido por el Registro Nacional de Requisitorias del Poder Judicial, el cual constituye el único documento con validez jurídica que acredita si una persona registra homonimia.
 5. La División de Policía Judicial de la DIPORJUD a través del Departamento de Requisitorias, administra la base de datos de las personas requisitorias, centralizando las informaciones contenidas por los mandatos de captura (Requisitoria), impedimentos de salida e ingreso al país, suspensiones y/o reiteraciones dictadas por las autoridades Judiciales competentes de los fueros Común y Privativo.
- G. La interpretación errónea de la Ley N° 27411 por los diferentes comandos policiales, ha dado lugar a detenciones arbitrarias y/o equivocadas, fundamentalmente por errores de procedimiento, situaciones que son revertidas en contra del personal policial interviniente, que se traducen en sendos juicios por abuso de autoridad.

VI. DISPOSICIONES GENERALES

- A. Las normas de la presente directiva, son de cumplimiento obligatorio por el personal policial, con la finalidad de unificar procedimientos en las intervenciones policiales donde se registren casos de homonimia.
- B. Las Unidades PNP que en cumplimiento de sus funciones, realicen procesos investigatorios policiales, deberán identificar plenamente a los presuntos autores, así como a las personas implicadas que se encuentren en la condición de no habidos, realizando las acciones siguientes:
 1. Solicitar al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), o consultar, empleando el acceso a su archivo magnético, la Ficha de Inscripción Electoral de la persona no habida, a fin de obtener sus datos de filiación, características físicas, señales particulares y vista fotográfica, que permita reducir al mínimo el riesgo de error.
 2. Realizar con la información recopilada, el reconocimiento fotográfico con los implicados presentes o testigos que permita establecer fehacientemente que la persona no habida es quien ha participado en el ilícito penal, a fin de no requisitoriar a personas inexistentes o ajenas al delito investiga.

3. Formular las Hojas de Datos Personales de todas las personas comprendidas en el proceso investigatorio (presuntos autores), tanto presentes (detenidos o citados), como los sujetos no habidos, que permita contar con los datos de filiación para el descarte en los casos de homonimia, acorde con el Memorandum N° 32-2001-DG-PNP/EMP de 8 de Junio de 2001 (basado en el art. 3ro de la ley 27411); Cabe señalar que cuando una persona es detenida en la etapa policial, al no presentarse en el proceso judicial es requisitorizada por la autoridad jurisdiccional, siendo los datos personales recopilados necesarios para el descarte de los casos de homonimia, permitiendo que el accionar policial se realice con eficacia.
- C. Mientras se logre el Sistema Interconectado total de requisitorias en el ámbito nacional, mantener lo más constante posible la actualización de las bases de datos de requisitoriados, que son utilizadas por las Unidades Policiales Operativas ubicadas en provincias, líneas de frontera, terminales portuarios, aéreos y fluviales entre otros, a fin de no ejecutar órdenes de captura caducadas o suspendidas, incurriendo en abuso de autoridad.
- D. Las Unidades Policiales en el ámbito nacional, que reciban directamente mandatos judiciales de capturas, impedimentos de salida e ingreso al país, así como suspensiones de las mismas, deberán remitir tales documentos en original, por los medios más rápidos a la División de la Policía Judicial - DIRPOJUD (Lima), para su correspondiente registro en el sistema informático de personas requisitorizadas, y su difusión en el ámbito nacional por la red informática de la PNP.
- E. Si como consecuencia de una investigación policial, se determina que una persona se encuentra implicada en algún ilícito penal y requisitoriado a la vez, será prioritariamente puesto a disposición del Fiscal competente por el delito investigado; precisándose su situación de requisitoriado en el Alestado o Parte respectivo.
- F. El personal de las Unidades Policiales, de cuyas intervenciones a personas, ameriten realizar las consultas al sistema informático de REQUISITORIAS, den como resultado POSITIVO; realizarán las diligencias de verificación siguiente:
1. Verificar la vigencia de la orden de captura o requisitoria (ciento ochenta 180 días para DD/CC y permanente para TID y Terrorismo).
 2. Establecer la identificación plena del intervenido a través de documentos que puedan acreditar su identidad (DNI, Libreta Militar, Partida de Nacimiento, Pasaporte, Carné de Extranjería, etc.); debiendo confrontar sus datos personales (filiación), con la información proporcionada por el Sistema informático de

Requisitorias a fin de establecer fehacientemente si la persona intervenida es la requerida por la autoridad judicial, si se trata de persona distinta, o es un caso de homonimia.

3. De tratarse de la misma persona (debe tener los mismos nombres, apellidos y otros datos de filiación del requisitoriado), se le recepcionará su manifestación en presencia de su abogado y fiscal, orientado a la formalidad de que si conocía del mandato judicial, entregándosele su Papeleta de Detención, indicando el motivo, hora y fecha, para que con su respectivo parte de intervención en ejemplar triplicado, sea puesto a disposición del Departamento de Requisitorias de la Policía Judicial y análogos a nivel nacional, a fin de que estas unidades especializadas conduzca al detenido requisitoriado ante el juez solicitante.
4. De tratarse de persona distinta (los nombres y apellidos son igual a la del requisitoriado, pero los datos de filiación son distintos), no hay motivo de detención, orientándosele al intervenido para que se apersona ante el Registro Nacional de Requisitorias del Poder Judicial, Juzgado que conoce la causa o Juzgado Penal de Turno (si el mandato fuera de ciudad distinta al lugar de la intervención), con la finalidad de solicitar su certificado de homonimia.
5. Si se trata de persona homónima (los nombres y apellidos son igual a la del requisitoriado, pero no existe datos de filiación en el mandato judicial, consecuentemente tampoco en el sistema informático de requisitorias), de tal forma que no se puede establecer si es la misma persona, o si es persona distinta al requisitoriado, quedando esta persona en calidad de detenida, debiendo la autoridad policial interviniente en cumplimiento al Artículo 5° de la Ley N° 27411, tomar en consideración lo siguiente:
 - a) Si el mandato de detención se ejecuta en la misma ciudad del Juzgado que la dictó, será competencia del Juez que se encuentre conociendo el proceso penal.
 - b) Si la detención se realiza en ciudad distinta a la jurisdicción del Juez que emitió el mandato de detención, será competencia del Juez Penal de Turno Permanente; debiendo en ambos casos, la Unidad Policial interviniente, poner a disposición al detenido requisitoriado homónimo, en forma directa y al termino de la distancia, ante el Juez competente, quien deberá resolver la situación legal del detenido requisitoriado homónimo, en un plazo máximo de 24 horas.
6. Consultar al RENIEC sobre la verificación de personas homónimas al detenido requisitoriado y a la DIVCIPOL los antecedentes y/o identificación del mismo, empleando para ello tanto su nombre como sus impresiones dactilares, cuyo resultado es requisito para

la recepción del Juez Penal de Turno (sólo para los casos en que el mandato de captura sea de lugar distinto a la intervención policial), los mismos que deberá adjuntarse al parte policial de tratamiento de homonimia.

7. Si el detenido requisitoriado presenta dos o más requisitorias judiciales distintas y alegue ser homónimo a todas ellas, la Unidad Policial interviniente procederá de acuerdo a lo establecido en punto VI literal "F" numerales (3, 4 y 5), de la presente directiva debiendo ser puesto a disposición del Juzgado cuyo mandato corresponda a la misma ciudad de la intervención (dando prioridad al de fecha más reciente e importante con respecto al delito); o al Juez Penal de Turno Permanente si los mandatos fueran de ciudad distinta al lugar de la intervención.
- G. Las personas que se encuentren comprendidas en los Atestados Policiales en la condición de no habidas, no son consideradas jurídicamente como personas requisitorias, mientras que no exista un mandato judicial de detención en forma expresa e inequívoca, de registrarse tal situación, se coordinará con la Autoridad Judicial que tomo competencia, a fin de verificar si existe alguna requisitoria sobre el particular, de ser negativo no procederá la detención.
- H. En tanto no se encuentre implementado aún el Registro Nacional de Requisitorias del Poder Judicial, la resolución judicial que declara la homonimia de una persona será el documento publico, que acreditará si una persona registra o no, homonimia.

VII. DISPOSICIONES ESPECIFICAS

A. DIVISION DE POLICIA JUDICIAL (DIRPOJUD) Y SU EQUIVALENCIA EN PROVINCIAS

1. Coordinar con el Presidente de la Corte Superior y Presidentes de los Distritos Judiciales Descentralizados en Lima y provincias, a fin de que dispongan que los Srs. Jueces, en cumplimiento del Art. 3 de la Ley de Homonimia No 27411, consignen en sus mandatos de Ubicación y Captura y de otras medidas restrictivas, los datos mínimos indispensables de identificación de las personas requeridas a efecto de poder individualizarlos.
2. La División de Policía Judicial de la DIRPOJUD, a través del Departamento de Requisitorias, mantendrá actualizado el sistema informático PNP de personas requisitorias, debiendo realizar coordinaciones con los órganos jurisdiccionales a fin de recopilar mayores datos de identificación de las personas requisitorias.
3. En el caso que el juez emita un mandato de captura faltando los datos de filiación básicos de la persona requisitoria, la División de

000176

Policía Judicial de la DIRPOJUD, cumplirá con dicha orden judicial debiendo de inmediato mediante oficio, hacer conocer dicha situación a la autoridad judicial recurrente, refiriéndose a la Ley 27411.

B. UNIDADES ESPECIALIZADAS Y COMISARIAS PNP

1. Cumplir con las normas señaladas en el párrafo VI. B. de la presente Directiva, para lograr la mayor cantidad posible de datos de identidad de las personas detenidas y no habidas, comprometidas en los ilícitos penales que investigan, a fin de que cuando las autoridades judiciales dispongan sobre ellas mandatos judiciales, estén plenas e inequívocamente identificadas.
2. Las Comisarias y otras Dependencias Policiales, darán estricto cumplimiento a las disposiciones contenidas en la presente directiva, a fin de evitar incurrir en abuso de autoridad, así como que su personal se vea comprometido en denuncias penales o administrativas.

C. COMPLEJOS ADMINISTRATIVOS

Las personas que concurran a Complejos Administrativos de Control Policial, que tengan acceso a la Base de Datos de Personas Requisitoriadas, y que al momento del control respectivo resulte positivo y estas se declaren homónimas, serán intervenidas y puestas a disposición de la comisaría del sector o jurisdicción, para el tratamiento correspondiente, aplicándose los procedimientos de verificación preliminar de identificación plena de la persona, dispuesto en la presente directiva.

D. POLICIA DE CARRETERAS Y PUESTOS DE VIGILANCIA FRONTERIZO.

La Policía de Carreteras y/o Garitas de Control, a lo largo de las vías de transporte terrestre, así como los Puestos de Vigilancia Fronterizo del ámbito nacional, que tengan acceso a la Base de Datos de Personas Requisitoriadas, deberán proceder conforme a lo señalado en el punto anterior.

E. DIRTEL

La Dirección de Telemática de la Policía Nacional, es la unidad Especializada encargada de Implementar y Administrar la Base de Datos de personas Requisitoriadas a nivel Nacional; estando obligadas las Unidades Policiales del ámbito Nacional que no se encuentren interconectadas al sistema informatizado de la DIRTEL, de mantener periódicamente actualizada la mencionada información de Personas Requisitoriadas, empleando para ello el uso de CDs ú otros.

F. DIVCIPOL

Cuando en el trámite de expedición de Certificados de Antecedentes Policiales, se presenten supuestos casos de homonimia, la División Central de Identificación Policial (DIVCIPOL), y análogas en provincias, deberán homologar las impresiones dactilares del solicitante con la información (tarjetas) que obra en el Archivo de Antecedentes Policiales y aún, tratándose de la misma persona, no será impedimento para la expedición de dicho certificado.

G. INSPECTORÍA GENERAL

A través del Sistema de Control PNP, realizarán visitas a las Unidades Operativas que durante los procesos investigatorios pendientes de esclarecimiento, hayan solicitado al Sistema de Informática PNP DE Personas Requisitorias, información sobre probable orden de captura de alguna persona intervenida, verificará el resultado de dicho requerimiento, así como el documento de descargo y destino, debiendo aplicar las medidas disciplinarias del caso ante el incumplimiento de lo establecido en la presente Directiva, debiendo remitir al Comando Institucional en forma periódica, el Informe respectivo sobre las acciones de control ejecutadas.

VIII DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

- A. Las normas establecidas son de cumplimiento obligatorio en los plazos establecidos.
- B. Enfatizar la función policial en el marco del respeto a los Derechos Humanos.
- C. A la recepción de la presente directiva, se dispondrá una intensa y adecuada instrucción a cargo de Oficiales PNP calificados.

DISTRIBUCIÓN

DGPNP	01
EMG-PNP	01
DG-DGPNP	01
GPNP	01
REGIONES	13
DIRECCIONES	26
ARCHIVO	01/43

I.- OBJETIVO

Reiterar los criterios y pautas a seguir para evitar detenciones indebidas durante la tramitación de procesos judiciales.

II.- FINALIDAD

Evitar detenciones indebidas, por deficiente informe sobre las generales de ley de procesados contra los que se haya dictado orden de captura y, de aquellos que fuesen excarcelados.

II.- BASE LEGAL

- Ley N° 27411- Ley que regula el procedimiento en los casos de Homonimia.
- Resolución Administrativa N° 134-CME-PJ, por la que se crea el Registro Nacional de Requisitorias.

IV.- ALCANCE

- Salas y Juzgados Especializados en lo Penal.

V.- NORMAS

- Los señores Jueces Penales, luego de decretar la medida cautelar de detención, y al momento de librar la orden de captura, deben de consignar la identidad completa de la persona contra quien se dicta dicha medida. Debiéndose indicar sus generales de ley, documento de identidad o algún otro dato necesario para individualizarlo, a efectos de dar cumplimiento al artículo tercero de la Ley N° 27411, con el fin de evitar la detención indebida de persona distinta a la requerida.
- Los señores Jueces y Presidentes de las Salas Penales, al momento de disponer la excarcelación de procesados, deberán de cumplir con levantar las órdenes de captura que pudiesen estar pendientes contra aquellos, poniendo en conocimiento de la Policía Judicial – División de Requisitorias, a efectos de evitar una detención indebida.

VI.- RESPONSABLES

Son responsables del cumplimiento de la presente Directiva, Jueces y los Presidentes de las Salas Especializadas en lo Penal de la Corte Superior de Lima.

Lima, 26 de febrero de 2001.

EJEMPLAR N°
DG-PNP
EMIG-PNP
CORPAC
OCT-2001
LIMA

DIRECTIVA N° DPNP-03-054-01-B

ORDENANDO PROCEDIMIENTOS PARA CUMPLIR MANDATOS JUDICIALES DE IMPEDIMENTOS DE SALIDA E INGRESO AL PAIS Y PARA CAPTURAS Y TRASLADO DE PERSONAS REQUISITORIADAS O SUJETAS A ORDEN DE DETENCION

OBJETIVO

Establecer normas y procedimientos a que se sujetara el personal policial de las UU.PNP para el cumplimiento de los mandatos judiciales de impedimento de salida e ingreso al país, y para capturas y traslados de personas requisitorias o sujetas a orden de detención.

FINALIDAD

- A. Adecuar los procedimientos policiales a la normatividad vigente
- B. Orientar la operatoria policial en los casos de impedimento de salida e ingreso al país y para la captura y traslado de personas requisitorias o sujetas a orden de detención.
- C. Consolidar la doctrina Institucional en materia de procedimientos policiales.

BASE LEGAL

- A. Constitución Política del Perú de 1993
- B. Declaración de los Derechos Humanos y Normas sobre el particular
- C. Reglas Mínimas para el Tratamiento de Detenidos adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en Ginebra en 1955
- D. Ley N° 9024 (Código de Procedimientos Penales) de 16MAR40
- E. D. Ley N° 23214 (Código de Justicia Militar) de 24JUL60
- F. Ley N° 24388 Ley de Despenalización de 03DIC85
- G. Ley N° 27379 del 20DIC2000, sobre procedimientos para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares entre las cuales se encuentra la de impedimento de Salida del País.

- H. Ley N° 27238 (Ley Orgánica de la PNP) de 21DIC99.
- I. Ley N° 27411 (Regula Procedimientos para casos de Homonimia) de 27ENE2001
- J. D. Leg. N° 052 (Ley Orgánica del Ministerio Público) de 16MAR91
- K. D. Leg. N° 638 (Código Procesal Penal) de 25ABR91
- L. D. Ley N° 25660 que modifica el 2º párrafo del Art. N° 136 del Código Procesal Penal
- M. D. Leg. N° 767 y D. Ley N° 25869 (Ley Orgánica del Poder Judicial) de 25NOV92, modificado por D.S. N° 017-93-JUS publicado el 02JUN93
- N. DS. N° 001-96-JUS, Art. 26º disponiendo que las Dependencias Policiales comunicara al RENADESPPLE dentro de las 24 hrs. De producirse la detención de una persona
- O. DS. N° 008-2000-IN (Reglamento de la Ley Orgánica de la PNP) de 04OCT2000
- P. RD. N° 2450-97-DGPNP sobre creación de la Dirección de Policía Judicial de 24SET97
- Q. Directiva N° 007-96-GG-PJ. Normas y Procedimientos para el traslado de personas requisitorias por orden judicial de 29MAY98
- R. Directiva N° 003-99-IN, Normas y Procedimientos para el Control de pasajeros en el Aeropuerto Internacional Jorge Chavez, con el Sistema Integrado de Control Migratorio de la Dirección General de Migraciones y Naturalización y el Sistema de Personas Requisitorias de la PNP de 01JUN99
- S. RA. N° 134-CME.PJ del 25JUN98 mediante el cual se crea el Registro Nacional de Requisitorias
- T. RA. N° 072-2001-P-CSJLI-P-J-A del 07JUN99, que crea la Oficina de Requisitorias del Distrito Judicial de Lima
- U. RJ. N° 333-92-INAP/DTSA del 08NOV92 disponiendo que en caso de Impedimento de Salida del País, la Policía no podrá requisar la Libreta de Tripulante Terrestre

IV. ALCANCE

Todas las UU. Operativas de la PNP

V. SITUACION

- A. EL Art. 69º del Código de Procedimientos Penales, concordante con el Art. 136º del Código Procesal Penal vigente parcialmente, prescribe que los miembros de la Policía que intervengan en la investigación de un delito enviarán a los Jueces Instructores, a través de las Fiscalías, con Atestado con todos los datos de filiación que hubiesen recogido de los inculcados presentes o ausentes.
- B. El Art. 136º del Código Procesal Penal, señala que el mandato de detención será motivado con expresión de los fundamentos de hecho y derecho que lo sustentan. El Oficio mediante el cual se

dispone la ejecución de la detención, debe contener los datos de filiación personal del requerido, asimismo las requisitorias cursadas a la autoridad policial tendrán una vigencia de SEIS (06) MESES, caducando automáticamente después de este plazo, a excepción de los Delitos de TID y Terrorismo.

- C. El Código de Justicia Militar, en su Art. 522° prescribe que el Juez Instructor, en el momento de aperturar instrucción, pueda dictar orden de Comparecencia o Detención Provisional contra quien presuma culpable. Por su parte el Art. 575° faculta al Juez Instructor a dictar las ordenes de captura contra el encausado que no sea habido.
- D. La Ley N° 27411, regula el procedimiento en los casos de Homonimia, la misma que se da sólo y exclusivamente cuando la persona detenida presenta los mismos nombres y apellidos de la persona requisitorizada, debiendo para tal efecto según el Art. 4°, la Unidad policial interviniente, identificar fehacientemente y verificar los datos de identidad del intervenido, establecidos en el Art. 3°, la misma que será resuelta legalmente por el Juez Penal de Turno, quien extenderá la respectiva Resolución de Homonimia; cuyo Certificado, será expedido por el Registro Nacional de Requisitorias del Poder Judicial.

1. DISPOSICIONES GENERALES

- A. La División de Policía Judicial (DIVPOJ), de la Dirección de Policía Judicial (DIRPOJUD), a través del Departamento de Requisitorias administra la Base de Datos de Personas Requisitorizadas, para lo cual centraliza las informaciones relacionadas con los Mandatos de Captura (Requisitoria), impedimento de salida e ingreso al país, su reiteración y suspensión, dictadas por las autoridades Judiciales competentes.
- B. Las Divisiones y Departamentos de Policial Judicial a Nivel Nacional, son Sub Unidades integrantes del Sistema de la Policía Judicial, dependiendo funcional, administrativa y disciplinariamente de sus respectivos Comandos y Técnico Normativo de la Dirección de Policía Judicial (DIRPOJUD), las mismas que deberá remitir por los medios más rápidos a la División de Policía Judicial (DIVPOJ), los originales de los mandatos de Capturas y Suspensiones de las mismas, así como Impedimentos de Ingreso o Salida del País, dispuestas por las Autoridades Competentes en el ámbito de su jurisdicción, actuando de la misma manera las Comisarias y otras Unidades Operativas PNP, para su correspondiente registro en el Sistema Informático de "Personas Requisitorizadas"; a cargo del Departamento de Requisitorias.

000182C.

Los Mandatos de Captura, Impedimentos de Ingreso o Salida y Suspensiones de las mismas, serán registradas en la Base de Datos de Personas Requisitorias, por el Departamento de Requisitorias de la División de Policía Judicial (DIVPOJ) y, automáticamente se difundirán a Nivel Nacional, a través de la Red Informática PNP, mediante el acceso al Sistema referido, por terminales de cómputo instalados en las Unidades Operativas PNP de Lima e interior del País.

- D. Las informaciones referidas a requisitorias, impedimentos de salida e ingreso al país, tienen carácter reservado.
- E. El efectivo policial que recepciona el mandato judicial de suspensión de requisitoria, impedimento de salida o ingreso al país, deberá identificar plenamente al funcionario o encargado del poder Judicial que tramita dicho documento, para evitar la falsificación, adulteración o que se presente cualquier otra irregularidad.
- F. Las Divisiones y Departamentos de Poder Judicial para el mejor cumplimiento de sus funciones, podrán solicitar la información que requieran al Registro Nacional de Requisitorias o a sus Oficinas Distritales a cargo de la Gerencia General de Poder Judicial.

VII. DISPOSICIONES ESPECIFICAS

A. DETENCIONES Y CAPTURAS

1. Cuando la autoridad judicial disponga la requisitoria de una persona a través de la DIVPOJ, ésta será registrada y tramitada al Departamento de Requisitorias para su registro en el Sistema Informático de Personas Requisitorias para su difusión automática a nivel nacional, manteniendo la misma debidamente actualizada; y, simultáneamente, se dispone la ejecución del Mandato Judicial, a través del Departamento de Capturas de la DIVPOJ y sus similares en el interior del país.
2. La detención o captura de una persona requisitoria implica, además de la formulación del Parte de Remisión respectivo, su plena identificación, la formulación de la documentación policial que corresponda en cada caso, tales como manifestaciones, actas de incautación, de registros, Notificación de Detención, etc.; la misma que será cursada a la autoridad judicial requirente.
3. Al procederse a la detención o captura del solicitado y después de formularse la documentación correspondiente, el requisitoriado será puesto a disposición de la autoridad

judicial en un plazo no mayor de 24 horas, observándose el trámite siguiente :

a. En Lima y Callao

Serán puestos a disposición del Departamento de Requisitorias de la DIVPOJ, para su conducción ante la autoridad judicial solicitante, a nivel nacional.

b. En el interior del País

(1) Si la autoridad requirente es de la misma localidad, el requisitoriado será puesto a disposición de la autoridad judicial a través de la Unidad respectiva del Sistema de la Policía Judicial, comunicando luego a la DIVPOJ-Lima.

(2) Si la autoridad requirente es de otra localidad, el requerido será puesto a disposición de la Unidad de Policía Judicial de dicha jurisdicción, para su conducción a la Autoridad Judicial, luego ésta Unidad Policial dará cuenta a la DIVPOJ-Lima.

(3) Si por razones de ubicación geográfica o de transporte, el requisitoriado tiene que ser conducido pasando por Lima, será puesto a disposición del Departamento de Requisitorias DIVPOJ, para su conducción al lugar de destino.

4. Cuando el requisitoriado estuviera solicitado por dos o más autoridades judiciales distintas, el procedimiento será el siguiente:

a. El detenido será puesto a disposición de la última autoridad solicitante o por el delito más grave con respecto a los otros, según sea el caso, haciéndole conocer las demás requisitorias existentes e informando de su situación al resto de las autoridades solicitantes.

b. Si la Unidad Policial que realiza la captura o detención, no cuenta con mandato judicial escrito, se sustentará con la información existente en el Sistema Informático de Personas Requisitorias PNP, y será puesto a disposición del Departamento de Requisitorias DIVPOJ, para su conducción ante la Autoridad Judicial solicitante.

5. Si como consecuencia de las investigaciones policiales, se determina que un detenido por delito flagrante se encuentra requisitoriado, será puesto a disposición del Fiscal competente, por el delito investigado, precisándose su situación de Requisitoriado en el Atestado respectivo, sin perjuicio de comunicarse paralelamente de su situación al Juez o Sala Penal que ha solicitado su requisitoria.
6. Cuando la Autoridad Judicial civil o militar dispone la requisitoria de un miembro de la Policía Nacional o de la Fuerza Armada en situación de actividad, se observarán los mismos procedimientos establecidos en los artículos 3 y 4 de la presente Directiva, debiendo comunicarse por los medios más rápidos y por escrito, de este hecho, en el caso de personal policial a la Dirección de Personal PNP (Asuntos Judiciales), y en el caso del personal de la FF.AA a la Dirección de Personal de su respectivo Comando.
7. Cuando el detenido se declare Homónimo de un Requisitoriado, se procederá de acuerdo a lo estipulado en la Ley N° 27411, debiendo la Unidad Policial interviniente, identificarlo plenamente, con el apoyo de la División de Identificación Policial y el Registro Nacional de Identificación Civil (RENIEC), el mismo que será puesto a disposición del Juez Penal de Turno para que resuelva conforme a Ley, siendo éste quien emitirá el correspondiente Certificado de Homonimia.
8. Al ejecutarse las capturas o detenciones de personas requisitorias, el personal policial interviniente deberá, en todos los casos, observar el irrestricto respeto a los DD.HH y demás garantías e inmunidades estipuladas en la Constitución, Leyes vigentes y Tratados Internacionales suscritos por el Perú.

B. CUSTODIA Y CONDUCCIONES DE REQUISITORIADOS Y DETENIDOS

1. La custodia y traslado de los detenidos requisitorios estará a cargo de la Unidad Policial interviniente, debiendo adoptar las medidas de seguridad que establecen los reglamentos policiales, a fin de evitar fugas, auto lesiones, agresiones o ataques al personal policial.
2. Debe incidirse en considerar la peligrosidad relativa del detenido, la necesidad de emplear mayor o menor cantidad de personal, medios de transporte y armamento adecuado, así como la reserva de la información relacionada con

su traslado, evitando demoras innecesarias, procurando emplear los medios más rápidos y seguros.

3. Cuando se tenga que trasladar a detenidos requisitorizados entre una ciudad y otra deberá seguirse las normas establecidas para el traslado de estas personas en la Resolución Administrativa del Titular del Pliego del Poder Judicial N° 205-98-SE-TP-CME-PJ del 21MAY98, en la cual especifica el procedimiento que debe seguir la Policía Nacional para el traslado de personas requisitorizadas. Tratándose de implicados en delitos de TID, Terrorismo, o delitos comunes de alta peligrosidad, esta diligencia de traslado deberá ser por vía aérea, conduciendo al detenido debidamente engrilletado y con un mínimo de dos (02) custodios policiales.
4. Tratándose de conducción de detenidos sujetos a custodia policial por tener la condición de internos y estar sometidos a pena privativa de libertad o mandato de detención judicial se tendrá en cuenta las normas establecidas para la Conducción y Traslado de Internos en el Reglamento del Código de Ejecución Penal, debiéndose tener en cuenta en todo caso que esta conducción tiene por única finalidad movilizarlos para la asistencia a diligencias judiciales, atención médica fuera del establecimiento penitenciario, permiso de salida o cualquier otra situación análoga que implique su desplazamiento del establecimiento penitenciario a otro lugar en forma temporal y con vocación de retorno, no estando autorizados los custodios policiales designados y bajo ninguna circunstancia, a realizar otro tipo de desplazamiento que altere el objeto de la conducción u otro que no sea el estrictamente necesario para asegurar la llegada a su destino y retorno.

C. VIGENCIA Y SUSPENSIÓN DE REQUISITORIAS

1. Las requisitorias remitidas por la Autoridad Judicial a la Policía Nacional, tendrán una vigencia de seis (06) meses, caducando automáticamente al vencerse dicho plazo, salvo que fuesen renovadas a excepción de los delitos de Tráfico Ilícito de Drogas y Terrorismo, que no caducarán hasta que la Autoridad Judicial solicitante disponga lo contrario.

Para el efecto, se tomará como fecha de inicio de la requisitoria, la del documento escrito con el que la Autoridad Judicial dispone la medida.

2. La suspensión de los mandatos de captura (Requisitoria) se produce en los siguientes casos :

- a. Por mandato escrito de la autoridad judicial requirente y remitida a la División de Policía Judicial (DIVPOJ)
 - b. Por amnistía decretada por el Gobierno, previa coordinación con la Autoridad Judicial.
3. A la presentación de un Mandato Judicial de suspensión de captura por el interesado familiar, abogado o cualquier otra persona interesada, ante la Unidad PNP interviniente, podrá dejar sin efecto la suspensión de la captura hasta la verificación de la autenticidad del mandato de suspensión.
 4. Las requisitorias que hayan caducado a los seis meses y las suspendidas por mandato expreso de la autoridad judicial, serán mantenidas en el Sistema de Personas Requisitorias por la Sección Informática del Departamento de Requisitorias de la DIVPOJ, como información pasiva referencial.

D. IMPEDIMENTOS DE SALIDA O GRESO AL PAIS

1. Proceden por razones de mandato judicial, debiendo adoptarse las providencias del caso para detectar oportunamente cualquier intento de salida o ingreso al país de personas con impedimento de hacerlo.
2. Para el efecto, deberá ponerse en ejecución la Directiva N° 003-99-IN que norma el control de Ingreso y Salida de pasajeros en el AIJCH con el sistema integrado de control migratorio de la Dirección General de Migraciones y Naturalización – Requisitorias de la Dirección de Policía Judicial de la Policía Nacional del Perú.
3. El personal policial para el cumplimiento de los impedimentos de Salida o Ingreso al país, en zonas de frontera, se respaldará con la información registrada en el Sistema Integrado de Requisitorias.
4. De obtenerse resultado positivo, se procederá a notificar por escrito a la persona intervenida respecto al mandato judicial vigente, impidiendo su ingreso o salida del país, según sea el caso, dando cuenta a la Superioridad y Autoridades pertinentes de la medida adoptada.

E. ACCESO A LA BASE DE DATOS DE PERSONAS REQUISITORIADAS

1. Las Unidades Policiales de Lima e interior del país, que dispongan de terminales remotas de la Red Informática

Policial, podrán acceder al Sistema de Personas Requisitorias, conservando la reserva y confidencialidad de la información contenida en ella.

2. La DIRTEL-PNP, tiene la responsabilidad de administrar los Niveles de Seguridad para el acceso a la Base de Datos de Personas Requisitorias.

F. COORDINACION CON DIGEMINY PUESTOS DE CONTROL MIGRATORIO

1. En Lima, personal de Control Migratorio del AIJCH, accesa en consulta al Sistema de Personas Requisitorias PNP, evitando que personas requisitorias y/o con Impedimento de Salida, abandonen el País (Directiva N° 003-99-IN).
2. En el interior del país, en especial en las ciudades fronterizas, las terminales PNP deben ser enlazadas con terminales de control migratorio, para consultar a la Base de Datos de Personas Requisitorias, siendo esta actividad de responsabilidad de la DIRTEL-PNP.

VIII. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

- A. Cuando una persona natural tramite un Certificado de Antecedentes Policiales, Pasaporte u otro documento policial, o acuda a una dependencia Policial o estatal que cuente con un terminal del Sistema Informático Policial, de manera obligatoria y bajo responsabilidad del Jefe de dicha Unidad, se debe consultar al Sistema de Requisitorias; si se comprueba que dicha persona se encuentra requisitoria, se procederá a su inmediata detención, y será puesta a disposición del Departamento de Requisitorias en la ciudad de Lima o a la Unidad de Policial Judicial en el interior del País.
- B. La DIRPOJUD, a través de la División de Policía Judicial y las Unidades Sistémicas en el interior del país, coordinarán permanentemente con las autoridades judiciales a efecto que, en los mandatos de captura se consigne los datos de filiación de la persona requisitoria, conforme al Art. 3° de la Ley N° 27411.
- C. La DIRLOG-PNP asignará a la Sección Informática del Departamento de Requisitorias de la División de Policía Judicial de la DIRPOJUD los recursos materiales necesarios, a fin de mantener actualizado el Sistema Informático de Personas Requisitorias.
- D. El personal PNP guardará absoluta RESERVA sobre la requisitoria, los pedidos de información deberán ser formulados y

000188

atendidos observando las formalidades y reservas del caso a fin de no incurrir en delito de INFIDENCIA (Art. 86° del CJM).

- E. En todos los casos el personal policial interviniente, observará estrictamente las disposiciones contenidas en la Base Legal de la presente Directiva aplicables en su oportunidad.

IX. VIGENCIA

La presente Directiva entrará en vigencia a su recepción, quedando sin efecto la Directiva N° 108-DGPNP/COAS del 30JUL91.

ANEXOS

01. Definición de Términos
02. Formato de Hoja Básica de Requisitoria

DISTRIBUCION

DIRGEN.....	04
EMG-PNP.....	05
IG-PNP.....	01
VII-RPNP.....	01
DIR.ESPEC.....	04
ORG.APOYO.....	04
ARCHIVO.....	01
TOTAL.....	01/22

ANEXO 01 (DEFINICION DE TERMINOS) A LA DIRECTIVA Nº DPNP-03-054-01-B

1. **AUTORIDAD COMPETENTE**
Autoridad Judicial que conoce el caso que motiva la requisitoria. Se considera como tales a las autoridades que pertenecen a los fueros común y privativo militar.
2. **CAPTURA**
Es la acción que ejecuta la PNP para aprehender a la persona solicitada por la Autoridad Judicial
3. **CONDUCCION**
Es la acción de llevar detenida a una persona de un lugar a otro.
4. **CUSTODIA**
Es la medida de seguridad que se adopta para vigilar o proteger un detenido a fin de evitar su fuga o que sufra lesiones
5. **DETENCION**
Es la privación de la libertad de una persona ya sea por mandato judicial o por haber sido encontrado en flagrante delito.
6. **HOJA BASICA DE REQUISITORIAS**
Es aquel documento que contiene los datos personales de requisitoriado
7. **IMPEDIMENTO DE SALIDA DEL PAIS**
Medida precautelatoria dispuesta por la autoridad judicial o administrativa para impedir la salida del territorio nacional de una persona.
8. **IMPEDIMENTO DE INGRESO O REINGRESO AL PAIS**
Acción policial para evitar el ingreso o reingreso al país de personas nacionales o extranjeras, impedidas por mandato de las autoridades competentes.
9. **REQUISITORIAS**
Es una orden judicial para la búsqueda y captura de un presunto reo o acusado de un delito.

000190

0. SISTEMA DE REQUISITORIAS

Es el conjunto de unidades de la policia comprometidas para la búsqueda y captura de personas requisitorias.

1. ANULACION DE CAPTURA

Es la comunicación que realiza el Departamento de Requisitorias de la DIVPOJ, dejando sin efecto la orden de captura de una persona, previo mandato judicial o al termino de los seis meses de emitida ésta.

2. ANULACION DE IMPEDIMENTO DE SALIDA DEL PAIS

Es el levantamiento de una orden de impedimento de salida del pais, que realiza el Departamento de Requisitorias de la DIVPOJ, previa comunicación escrita de la autoridad judicial oficiante.

DISTRIBUCION

IRGEN.....	04
MG-PNP.....	05
I-PNP.....	01
II-RPNP.....	01
IR.ESPEC.....	04
RG.APOYO.....	04
RCHIVO.....	01
DTAL.....	01/22

000191

EJEMPLAR N°
DG-PNP
EMG-PNP
CORPAC
OCT-2001
L I M A

ANEXO 02 (HOJA DE REQUISITORIA) A LA DIRECTIVA N° DPNP-03-054-01-B

FOTOGRAFIA

HOJA BASICA DE REQUISITORIA
(PARA ANEXAR AL ATESTADO)

DATOS PERSONALES

APELLIDOS Y NOMBRES

.....

EDAD..... SEXO..... NACIONALIDAD.....

FECHA DE NACIMIENTO..... PAIS.....

DPTO..... PROVINCIA..... DISTRITO.....

LE/DNI..... ESTADO CIVIL.....

HIJO DE DON..... Y DOÑA.....

GRADO DE INSTRUCCIÓN.....

PROFESION..... OCUPACION ACTUAL.....

DOMICILIO.....

.....

CARACTERISTICAS FISICAS

TALLA..... PESO..... RAZA.....

OTRAS.....

.....

DATOS PARA SU UBICACIÓN.....

.....

.....

AUTORIDADES QUE CONOCEN EL CASO

FISCAL :

JUEZ :

ATESTADO N°.....

UNIDAD:.....

FORMULA DACTILOSCOPICA

000192

.....
LUGAR Y FECHA.....
FIRMA DEL INSTRUCTOR.....
POST FIRMA.....

DISTRIBUCION

DIRGEN.....	04
EMG-PNP.....	05
IG-PNP.....	01
VII-RPNP.....	01
DIR.ESPEC.....	04
ORG.APOYO.....	04
ARCHIVO.....	01
TOTAL.....	01/22



000193

SUPREMO DE JUSTICIA MILITAR.
PRESIDENCIA

Lima, 05 Junio 2003

CIRCULAR N° 003 P-CSJM

Señor

Asunto : Sobre levantamiento de orden de captura.

Ref. : a. Acuerdo de Sala Plena de fecha 23 May 2003.
b. Art. 39° LOJM y Arts. 658° y ss. CJM.
c. Art. 416° CJM.

Por acuerdo de Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar de fecha 23 Mayo 2003, se dispone lo siguiente:

1. Los Jueces Instruccioneros, están en la obligación de ejecutar las sentencias y autos en forma integral, por lo que se les recomienda su obligación de agotar la ejecución de las sentencias que tienen la calidad de Cosa Juzgada, haciendo cumplir las penas conforme lo prescribe la Sección IX del Libro II del Código de Justicia Militar y/o levantar las órdenes de captura o medidas restrictivas de la libertad; luego de cumplida la pena impuesta o cuando se trate de sentencia absolutoria, auto de prescripción, sobreseimiento, corte de secuela u otras resoluciones ejecutoriadas, donde se exima de responsabilidad al enjuiciado o no exista razón jurídica para mantener las órdenes de captura o requisitorias, porque su vigencia significa una clara violación al derecho de libertad de las personas, que acarrea responsabilidad civil y penal.
2. Asimismo, en cumplimiento al Artículo 416° del CJM, aún cuando la excepción de prescripción no hubiese sido propuesta de parte, el Consejo de propia iniciativa o a solicitud del Instructor o del Auditor, deberá tomarlas en consideración de oficio, en cualquier estado de la causa, a fin de evitar interposiciones de acciones de garantía (Habeas Corpus) por detenciones del personal requisitoriado, cuyas causas por el tiempo transcurrido han prescrito.
3. Por lo expuesto en los párrafos anteriores, los Jueces y/o Consejos de Guerra y Superiores de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, deberán dictar oportunamente las resoluciones correspondientes, disponiendo la libertad de los procesados o el levantamiento de las órdenes de captura, e inmediatamente oficiarse este resultado a las Autoridades

Policiales y Militares, a fin de que cumplan el mandato judicial, dejando sin efecto las requisitorias y otras medidas dictadas, dejándose constancia en autos.

4. Los Consejos de Guerra y Superiores de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, informarán bimensualmente al Consejo Supremo de Justicia Militar, sobre el cumplimiento de la presente disposición.
5. La Inspectoría General de la Justicia Militar, verificará el cumplimiento de la presente Circular.
6. En cumplimiento de lo dispuesto, modifíquese y adecúese las disposiciones de igual naturaleza que se opongán a la presente Circular.

La presente se hará de conocimiento obligatorio a todas las Zonas Judiciales de la República para su cumplimiento, bajo responsabilidad.




Condecoración
Presidente del Consejo Supremo
de Justicia Militar
Carlos Enrique MESA Angosto
CIP: 04749006



000195

Consejo Ejecutivo del Poder Judicial

RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA N° 054 - 2003 - CE - PJ

Lima, 14 de mayo del 2003

VISTOS:

Los Oficios Nros. 094-03-J-OCMA/PJ, de Jefatura de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial, y 126-2002-CEPJ/JCC, del señor Consejero Jorge Calderón Castillo, y;

CONSIDERANDO:

Que, el Jefe de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial, eleva ante este Órgano de Gobierno su propuesta acerca de las medidas para dotar de mayores garantías a los justiciables en la expedición de mandatos de detención, anotación, ejecución y levantamiento de requisitorias, a fin de resolver la problemática aún vigente respecto a deficiencias en expediciones de mandatos de detención y órdenes de captura, que vienen afectando en determinados casos a personas homónimas y a ex requisitoriados;

Que, la propuesta formulada recoge las preocupaciones planteadas por representantes de la Cruz Roja Internacional, Defensoría del Pueblo, Ministerio del Interior; y del Poder Judicial, como miembros del Grupo de Trabajo Multisectorial de Implementación de Mecanismos y Garantías a Ciudadanos con Detención, y por la Jefa del Equipo de Protección de los Derechos Humanos en Dependencias Policiales de la Defensoría del Pueblo, a efectos de lograr que los órganos jurisdiccionales den estricto cumplimiento a lo establecido por los artículos 136° del Código Procesal Penal y 3° de la Ley N° 27411, que disponen la obligatoriedad que los mandatos de detención contengan las generales de Ley o datos de identidad, a fin de evitar detenciones arbitrarias;

Que, de igual modo se plantea dentro de las referidas medidas que "cuando un imputado sea detenido, la orden de captura en su contra sea a su vez levantada", todo ello para impedir que posteriormente cuando se dicten las resoluciones judiciales de absolución o sobreseimiento con la respectiva excarcelación, éstas resulten entorpecidas por la subsistencia de órdenes de captura que ya cumplieron su finalidad;

Que, finalmente, se propone que en los oficios de captura se indique siempre el número del expediente penal y no sólo los números de los oficios, con el objeto de evitar errores y confusiones derivados de múltiples numeraciones con relación a un mismo caso; y que la reiteración de órdenes de captura se realicen exclusivamente cuando se cumpla con los requisitos mínimos prescritos por el artículo 3° de la Ley 27411;

Que, en tal sentido, es conveniente recoger las propuestas anteriormente formuladas, así como precisar y uniformizar los criterios que orienten a

Consejo Ejecutivo del Poder Judicial

//Pág. N° 02 Res. Adm. N° 054-2003-CE-PJ

los Magistrados en el estricto cumplimiento de las normas establecidas para el dictado de mandatos de detención, anotación, ejecución y levantamiento de requisitorias, de las personas que se encuentran involucradas en procesos penales; para lo cual resulta necesario aprobar la respectiva Directiva;

En consecuencia, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, en uso de sus atribuciones, de conformidad con lo previsto por los incisos 26° y 31° del artículo 82°, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en sesión extraordinaria de la fecha, de conformidad con la propuesta presentada por el señor Consejero Jorge Calderón Castillo, por unanimidad;

RESUELVE:

Artículo Primero.- Aprobar la Directiva N° 01-2003-CE-PJ sobre "Medidas que deben tener en cuenta los Juzgados Penales y Mixtos al momento de dictar Mandato de Detención para evitar casos de Homonimia".

Artículo Segundo.- Transcribir la presente Resolución a la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, a la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial, al Representante del Poder Judicial en el Grupo de Trabajo Multisectorial de Implementación de Mecanismos y Garantías a Ciudadanos con Detención, a la Gerencia General del Poder Judicial, a las Cortes Superiores de Justicia de la República, a la Procuraduría Pública del Poder Judicial, a la Oficina de Inspectoría General del Poder Judicial, a la Jefa del Equipo de Protección de los Derechos Humanos en Dependencias Policiales de la Defensoría del Pueblo, para su conocimiento y fines consiguientes.

Regístrese, publíquese, comuníquese y cúmplase.

SS.



HUGO BIVINA HURTADO

WALTER VASQUEZ VEJARANO

JORGE B. CALDERON CASTILLO

CARLOS E. ALVA ANGULO

BENJAMIN ORDONEZ VALVERDE



Consejo Ejecutivo del Poder Judicial

DIRECTIVA N° 01-2003-CE-PJ

MEDIDAS QUE DEBEN TENER EN CUENTA LOS JUZGADOS PENALES Y MIXTOS AL MOMENTO DE DICTAR MANDATO DE DETENCIÓN PARA EVITAR CASOS DE HOMONIMIA

I. OBJETIVOS

Establecer las pautas que orienten a los Magistrados al estricto cumplimiento de las normas establecidas para el dictado de los mandatos de detención, anotación, ejecución y levantamiento de requisitorias, de las personas que se encuentran involucrados en procesos penales.

II. FINALIDAD

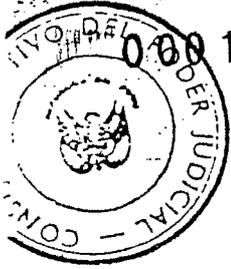
La presente Directiva tiene por finalidad normar los procedimientos que aseguren la correcta confección de los mandatos de detención emitidos por los Juzgados Mixtos y Penales de las diversas Cortes Superiores de Justicia de la República; evitando vulnerar el derecho a la libertad personal de muchos ciudadanos a nivel nacional, por las detenciones indebidas durante la tramitación de procesos judiciales en casos de homonimia.

III: ALCANCE

Están comprendidos y obligados, bajo responsabilidad, al cumplimiento de la presente Directiva los Jueces Especializados Penales y los Jueces Mixtos de todas las Cortes Superiores de Justicia de la República

IV. BASE LEGAL

- Artículos 136° del Código Procesal Penal y 3° de la Ley N° 27411 que disponen la obligatoriedad que los mandatos de detención expresen los argumentos de hecho y de derecho que lo sustentan y asimismo contengan los generales de Ley o datos de identidad personal.
- Resolución Administrativa N° 134-CME-PJ por la que se crea el Registro Nacional de Requisitorias.
- Artículo 77° del Código de Procedimientos Penales.
- Ley Orgánica del Poder Judicial.



060198

Consejo Ejecutivo del Poder Judicial

//Pág. N° 02 DIRECTIVA N° 01 - 2003-CE-PJ

V. DISPOSICIONES GENERALES

5.1. El mandato de detención dictado por el órgano jurisdiccional deberá contener, a efecto de individualizar al presunto autor, los siguientes datos del requerido (art. 3° Ley 27411):

- a) Nombres y Apellidos completos
- b) Edad
- c) Sexo
- d) Fecha y lugar de nacimiento
- e) Documento de identidad
- f) Domicilio
- g) Fotografía, de ser posible
- h) Características físicas, talla y contextura
- i) Cicatrices, tatuajes y otras señas particulares
- j) Nombre de los padres
- k) Grado de instrucción
- l) Profesión u ocupación
- m) Estado civil
- n) Nacionalidad

5.2. En caso de desconocerse alguno de los datos de identidad personal, debe expresarse esta circunstancia en el mandato de detención, a excepción de los indicados en los incisos a), b), c) y d) que serán de obligatorio cumplimiento.

5.3. El detenido que alegue homonimia deberá presentar al Juzgado las pruebas necesarias para acreditar su verdadera identidad, las mismas que se confrontarán con los datos relativos a la persona requisitoria. Se podrá presentar como prueba el cotejo de las impresiones dactiloscópicas del detenido y del requisitoria.

5.4. Si la orden de detención se ejecuta en el mismo lugar de la sede del órgano jurisdiccional que la dictó, será competente el Juez que se encuentre conociendo el proceso penal.

5.5. Si la detención se verifica en lugar distinto a la jurisdicción del Juez que emitió el mandato de detención, será competente el Juez Penal de Turno Permanente del lugar en que se produjo la detención.

5.6. El Juez que tenga a su cargo el proceso de homonimia deberá solicitar la información necesaria al Registro Nacional de Requisitorias y al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) para resolver la solicitud de



Consejo Ejecutivo del Poder Judicial

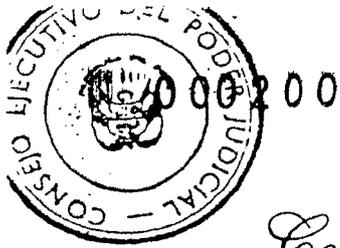
//Pág. N° 03 DIRECTIVA N° 01 - 2003-CE-PJ

homonimia, la cual deberá ser proporcionada dentro del plazo establecido en la Cuarta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N° 27411.

- 5.7. Si el Juez declara fundada la solicitud de homonimia, dispondrá la inmediata libertad del detenido. Cuando la libertad es ordenada por Juez distinto al que emitió la orden de detención, remitirá el incidente para que se acumule al principal.
- 5.8. Los procesos en los cuales se declare fundada la solicitud de homonimia no traen como consecuencia la suspensión del proceso penal, ni afectan la orden de detención dictada por el Juez de origen.
- 5.9. La resolución que declara fundada la solicitud de homonimia se remitirá al Registro Nacional de Requisitorias a fin de que expida el correspondiente Certificado de Homonimia en forma gratuita a favor del interesado.
- 5.10. Si el juez declara infundada la solicitud de homonimia, dispondrá la prosecución del proceso penal a su cargo o que el detenido sea puesto a disposición del juez que emitió el mandato de detención.

VI. DISPOSICIONES ESPECIFICAS

- 6.1. Los Jueces Especializados Penales y Mixtos, bajo responsabilidad, deberán consignar en el mandato de detención las generales de ley o datos de identidad del requerido, de conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 136° del Código Procesal Penal y en el artículo 3° de la ley 27411, que figuran en el numeral 5.1. de la presente Directiva, a fin de evitar detenciones arbitrarias contra homónimos.
- 6.2. La reiteración de órdenes de captura sólo debe realizarse cuando se cumpla con los requisitos mínimos establecidos en el numeral 5.1. (art. 3° ley 27411).
- 6.3. Al detenerse al requisitoriado y puesto a disposición del Juez, debe inmediatamente levantarse la orden de captura, a fin de evitar que las resoluciones judiciales posteriores de absolución o sobreseimiento con la excarcelación respectiva, no se vean entorpecidas, al cambiar de numeración los procesos y subsistir las órdenes anteriores.
- 6.4. En los Oficios de captura se debe indicar siempre el número del Expediente Penal y NO sólo el de los oficios, porque induce a error, al existir multiplicidad de numeraciones, como se ha observado en los procesos por terrorismo.



Consejo Ejecutivo del Poder Judicial

//Pág. N° 04 DIRECTIVA N° 01 - 2003-CE-PJ

VII. MECANISMOS DE CONTROL

- 7.1. Se efectuarán visitas sorpresivas de verificación con cierta periodicidad, además de las visitas programadas.
- 7.2. Las visitas sorpresivas o inopinadas podrán ser dispuestas por las Presidencias de las Salas Penales, Jefaturas de las Oficinas Distritales de Control de la Magistratura, Presidencias de Cortes Superiores y por Jefatura de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial.
- 7.3. Se levantarán Actas de las Visitas de Verificación que se practiquen, consignando el cumplimiento o incumplimiento de lo dispuesto.

VIII. RESPONSABILIDAD

- 8.1. Son responsables de estas situaciones de incumplimiento de las normas, los señores Jueces Especializados Penales y Mixtos, que dicten los mandatos de detención.
- 8.2. Los Presidentes de Salas Penales, los Jefes de las Oficinas Distritales de Control de la Magistratura, los Presidentes de Cortes y el Jefe de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial les corresponde cautelar el estricto cumplimiento de la presente Directiva.

IX. VIGENCIA

La presente Directiva rige a partir del día siguiente de su aprobación.

MINISTERIO PÚBLICO**Aprueban Directiva N° 007-2003-MP-FN sobre "Garantías del Ministerio Público a la Ciudadanía, respecto de los Mandatos de Detención y Levantamiento de Requisitorias"**

RESOLUCIÓN DE LA FISCALÍA DE LA NACIÓN N° 1488-2003-MP-FN

Lima, 2 de octubre de 2003

VISTO Y CONSIDERANDO:

Que, el representante del Ministerio Público ante el Grupo de Trabajo, creado por Resolución Suprema N° 0779-2002-IN-0103, "encargado de elaborar e implementar mecanismos que brinden garantías a los ciudadanos y ciudadanas en los procedimientos para la expedición de mandatos de detención, anotación, ejecución y levantamiento de requisitorias", ha elevado al Despacho de la Fiscalía de la Nación, la propuesta de Directiva que disponga las acciones inmediatas para contribuir a la solución del problema existente, sobre el referido asunto;

Que, la mencionada propuesta tiene como objetivo determinar un tratamiento uniforme en todas las Fiscalías Provinciales y Superiores Penales, a nivel nacional, para el seguimiento de los oficios remitidos por los Jueces a la Policía Nacional, disponiendo mandato de detención, enmarcada dentro de los alcances del Artículo 136° del Código Procesal Penal, concordante con el Artículo 3° de la Ley N° 27411, que disponen la observancia obligatoria de los datos de identidad que deberán contener los mandatos de detención; asimismo, se disponen las acciones inmediatas que deberán adoptar las Fiscalías Penales, al respecto;

En uso de las atribuciones conferidas por el Artículo 64° del Decreto Legislativo N° 052, Ley Orgánica del Ministerio Público;

SE RESUELVE:

Artículo Primero. - Aprobar la Directiva N° 007-2003-MP-FN sobre "GARANTÍAS DEL MINISTERIO PÚBLICO A LA CIUDADANÍA, RESPECTO DE LOS MANDATOS DE DETENCIÓN Y LEVANTAMIENTOS DE REQUISITORIAS",

contenida en el anexo adjunto que constituye parte integrante de la presente Resolución.

Artículo Segundo. - Remitir copia de la presente Resolución, a las Fiscalías Superiores Decanas de los Distritos Judiciales del país, a fin de que por su intermedio se ponga al alcance de las Fiscalías Superiores y Provinciales Penales de su respectiva jurisdicción, para su aplicación, bajo responsabilidad.

Regístrese, Comuníquese y Publíquese.

NELLY CALDERÓN NAVARRO
Fiscal de la Nación**DIRECTIVA N° 007-2003-MP-FN****GARANTÍAS DEL MINISTERIO PÚBLICO A LA CIUDADANÍA, RESPECTO DE LOS MANDATOS DE DETENCIÓN Y LEVANTAMIENTOS DE REQUISITORIAS****I. OBJETIVO:**

Establecer un tratamiento uniforme en todas las Fiscalías Provinciales Penales y Fiscalías Superiores Penales, a nivel nacional, para la individualización del denunciado y el seguimiento de los oficios remitidos por los Jueces a la Policía Nacional, disponiendo mandatos de detención.

II. BASE LEGAL:

- A. Constitución Política del Perú.
- B. Decreto Legislativo N° 052, Ley Orgánica del Ministerio Público.
- C. Ley N° 27411, Ley que regula el Procedimiento en los casos de Homonimia.
- D. Código de Procedimientos Penales (Art.77°)

III. ALCANCE:

La presente Directiva es de observancia obligatoria para todas y cada una de las Fiscalías Provinciales Penales y Fiscalías Superiores Penales, a nivel nacional.

IV. ANTECEDENTES:

Los retos que actualmente enfrenta y asume el Ministerio Público, entre otras direcciones principales, no sólo van orientados a investigar, reunir medios de prueba y denunciar a sujetos que se hallan comprendidos en ilícitos penales, y prevenir la comisión del delito en áreas sensibles para la seguridad jurídica de la sociedad y los ciudadanos, sino también en la defensa de la legalidad; extremo este último que se lesiona al producirse detenciones arbitrarias al amparo de órdenes jurisdiccionales, dictadas omitiendo los requisitos para la identificación plena de los requisitorios; por lo que se hace necesario establecer mecanismos que permitan a los miembros del Ministerio Público cautelar la aplicación estricta de la ley, a fin de no menoscabar la libertad individual de los ciudadanos, inmersos en casos de homonimia.

V. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS:

1° Las Fiscalías Provinciales Penales, previo el ejercicio de la acción penal de las personas inmersas en una investigación por la presunta comisión de un hecho delictivo, cumplirán estrictamente con los procedimientos de identificación e individualización, adjuntando al resultado de las investigaciones y la denuncia fiscal, la hoja de datos del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil- RENIEC, del presunto autor o autores, o, en su defecto, la hoja de datos conteniendo la huella dactiloscópica y la descripción de las características físicas del detenido, al igual que las exigidas por el artículo 124° del Código de Procedimientos Penales en el ámbito judicial, siempre y cuando no se tenga registrada la identidad del detenido en la base de datos del RENIEC.

2° Las Fiscalías Provinciales y Superiores Penales que participan en el conocimiento de las causas, deberán cautelar que los oficios remitidos a las dependencias policiales, para la captura de los requisitorios, contengan obli-

gatoriamente los datos exigidos en los incisos a, b, c, y d del Artículo 3° de la Ley N° 27411; y, en caso de comprobarse la omisión de tales requisitos, deberán solicitar, bajo responsabilidad, al órgano jurisdiccional correspondiente, se deje sin efecto la requisitoria dispuesta irregularmente.

3° Los Fiscales Superiores Decanos, de cada Distrito Judicial deberán oficiar a las dependencias policiales de su correspondiente ámbito territorial, exhortando que, antes de la detención de requisitorios, se haga una debida calificación, para comprobar si el oficio que dispone la captura reúne los datos exigidos por los incisos a, b, c y d del Artículo 3° de la Ley N° 27411 en los que se señala, que obligatoriamente debe consignarse, nombre y apellidos completos, edad, sexo, fecha y lugar de nacimiento, a efecto de evitar detenciones arbitrarias.

VI. VIGENCIA:

La presente Directiva entrará en vigencia al día siguiente de su aprobación.

Lima, 2 de octubre de 2003

TALLER
"ACUERDOS PARA LA CELERIDAD EN LA TRAMITACIÓN
DE LOS PROCESOS PENALES"

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS
ACUERDO PLENARIO N° 7-2006/CJ-116

§ 13. ACUERDO PLENARIO Nº 7-2006/CJ-116, DEL 13.10.06**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE Y TRANSITORIAS****ACUERDO PLENARIO Nº 7-2006/CJ-116**

CONCORDANCIA

JURISPRUDENCIAL: ART. 116º TO LOPJ

ASUNTO: CUESTIÓN PREVIA E IDENTIFICACIÓN DEL IMPUTADO

Lima, trece de octubre [de] dos mil seis.

Los vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO**I. ANTECEDENTES**

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdic-

§ 13. ACUERDO PLENARIO N° 7-2006/CJ-116

cional de los vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 22º y 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las ejecutorias supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el segundo semestre del presente año. A continuación, el equipo de trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada sala un conjunto de ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Las Salas Permanente y Primera Transitoria –de donde emanaron las ejecutorias analizadas–, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las ejecutorias que estimaron procedentes.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como base de la discusión los problemas que plantea la individualización del imputado, exigida por el artículo 77º del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Ley N° 28117, y la posibilidad que, de oficio, ante su incumplimiento, pueda deducirse de oficio una cuestión previa tomando como referencia la legislación sobre homonimia –Leyes N°s 27411 y 28121–.

4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar acuerdos plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en aisladas ejecutorias supremas, se decidió redactar un acuerdo plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.

5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente acuerdo plenario. Se designaron como ponentes a los señores San Martín Castro y Urbina Ganvini, quienes expresan el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. El artículo 77º del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Ley N° 28117, del 16.12.2003, estipula que para abrir instrucción, entre otros motivos, se requiere que se haya individualizado al presunto autor o partícipe de un delito concreto. Se trata, en estricto sentido procesal, de un requisito de admisibilidad de la promoción de la acción penal, cuyo incumplimiento constituye un motivo específico de inadmisión del procesamiento penal. La norma en referencia prescribe que, en esos casos, se devolverá la denuncia y los recaudos al Ministerio Público, tal como ha sido ratificado por la Resolución Administrativa N° 081-2004-CE-PJ, del 29.04.2004.

7. La individualización de imputado, por imperio, de los artículos 19º al 22º del Código Civil, importa que a la persona a quien se atribuye un hecho delictuoso determinado se la identifique con el nombre y sus apellidos, de los padres –si es hijo matrimonial– o progenitores que los hayan reconocido –si es hijo extramatrimonial– o adoptantes –si es adoptado–, según el caso. Cualquier determinación sobre el particular importa un problema probatorio que debe merecer la decisión judicial correspondiente en el modo y forma de ley. A los efectos de la inculpación penal, que da lugar a la primera resolución judicial de imputación, basta esa referencia completa para estimar cumplido el mencionado requisito de admisibilidad.

8. El artículo 3º de la Ley N° 27411, modificado por la Ley N° 28121, del 16.12.2003, estipula que el mandato de detención dictado por el órgano jurisdiccional deberá contener, a efectos de individualizar al presunto autor, los siguientes datos obligatorios: 1) nombre y apellidos completos, 2) edad, 3) sexo, y 4) características físicas, talla y contextura (la policía que reciba la requisitoria u orden de captura en casos de omisión de uno de esos datos, está facultada a solicitar la correspondiente aclaración al órgano jurisdiccional).

Como se desprende de su texto, lo que se persigue con esa legislación es evitar los casos de homonimia –de quien tiene los mismos nombres y apellidos de quien se encuentre requisitoriado por la autoridad competente (artículo 2º, Ley N° 27411)–, pero de nin-

§ 13. ACUERDO PLENARIO Nº 7-2006/CJ-116

guna manera introducir, a los efectos del procesamiento, un requisito de admisibilidad de la acción penal.

Desde luego, la identidad del requerido por la justicia penal está en función a la consiguiente requisitoria que la autoridad judicial ha de cursar a la policía contra las personas a quien se ha dictado, legalmente por una u otra razón, mandato de detención.

Es evidente, entonces, que la debida identidad del requerido guarda relación con el presupuesto material de indicios de criminalidad –y las consiguientes situaciones procesales que puedan tener lugar en el curso del proceso penal– respecto a la persona a quien se atribuya ser autor o partícipe de un hecho punible, pero *no necesariamente con la necesidad de individualización del imputado como requisito de admisibilidad de la promoción de acción penal*. Ambos elementos si bien están relacionados entre sí no guardan correspondencia absoluta, porque para abrir instrucción solo se requiere de una persona identificada con sus nombres y apellidos completos, y para dictar una requisitoria se necesita que el imputado, además de sus nombres y apellidos completos, registre en autos otros tres datos: edad, sexo, y características físicas, talla y contextura.

9. Si bien la inscripción de una persona en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil prueba con suficiencia la existencia y la propia identificación de una persona, su ausencia –por lo demás, no extraña en nuestro país– no puede significar que se ha incumplido el requisito de individualización del imputado a los fines del procesamiento penal. La no inscripción de una persona ante la Reniec es solo un dato indiciario que el juez debe tomar en cuenta para la valoración general del procesamiento penal –y, en su caso, para la orden judicial de detención y la consiguiente requisitoria–, pero no constituye prueba privilegiada que acredita sin más que se trata de un individuo incierto o no individualizado. Ello es tan cierto que el propio artículo 3º de la citada ley incorpora ese elemento: el Documento Nacional de Identidad, a cargo de la Reniec, como una exigencia no obligatoria para la inscripción y ejecución de una requisitoria judicial.

PRECEDENTES VINCULANTES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EN MATERIA PENAL

10. En tal virtud, si se plantea una cuestión previa basada en el hecho exclusivo que el imputado no se encuentra inscrito en la Reniec o no se ha consignado el N° del Documento Nacional de Identidad, tal planteamiento carece de sustancia o mérito procesal para acogerlo. De igual manera, el juez penal no podrá devolver la denuncia fiscal formalizada por ese solo mérito al fiscal provincial.

Por lo expuesto, debe entenderse que cuando la Disposición General 5.3 de la Directiva N° 003-2004-CE-PJ, aprobada por la referida Resolución Administrativa N° 081-2004-CE-PJ, del 29.04.2004, establece que: «Si como consecuencia del pedido de aclaración, el juez penal o mixto verifica la inexistencia de los datos de identidad personal señalados en el primer párrafo del presente acápite, procederá a resolver de oficio el incidente como cuestión previa, de conformidad con lo establecido por el artículo 4° del Código de Procedimientos Penales», ello solo procederá cuando no se ha podido establecer, de los cuatro datos obligatorios del requerido, el referido al nombre y apellidos completos, o cuando se ha probado positiva e inconcusamente que la referencia a una persona que se identificó con esos nombres y apellidos completos es falsa o inexistente.

III. DECISIÓN

11. En atención lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDÓ:

12. ESTABLECER como reglas de interpretación para la determinación de la responsabilidad civil en los delitos de peligro las que se describen en los párrafos 6 al 10 del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos constituyen precedentes vinculantes.

§ 13. ACUERDO PLENARIO N° 7-2006/CJ-116

13. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales antes mencionados deben ser invocados por los magistrados de las instancias correspondientes, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

14. **PUBLICAR** este Acuerdo Plenario en el diario oficial «*El Peruano*». Hágase saber.

SS.

SALAS GAMBOA, SIVINA HURTADO, GONZÁLES CAMPOS, SAN MARTÍN CASTRO, VALDÉZ ROCA, BARRIENTOS PEÑA, VEGA VEGA, LECAROS CORNEJO, MOLINA ORDÓÑEZ, PEIRANO SÁNCHEZ, VINATEA MEDINA, PRÍNCIPE TRUJILLO, CALDERÓN CASTILLO, URBINA GANVINI

TALLER
"ACUERDOS PARA LA CELERIDAD EN LA TRAMITACIÓN
DE LOS PROCESOS PENALES"

"PERSPECTIVAS ACTUALES DE LA CORRELACIÓN
ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA"

SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR. DERECHO PROCESAL PENAL. TOMO II.
SEGUNDA EDICIÓN. EDITORIAL GRIJLEY. LIMA, OCTUBRE 2003. PÁG. 746 - 764.

VII. PERSPECTIVAS ACTUALES DE LA CORRELACION ENTRE ACUSACIÓN Y SENTENCIA

1. INTRODUCCIÓN

Sobre el principio de correlación y el juicio de desvinculación se han pronunciado tanto la Corte Suprema, en una jurisprudencia que ha evolucionado en dos grandes etapas, como el Tribunal Constitucional, en cuatro sentencias de especial importancia.

La Corte Suprema en el año 1997 (Ejecutoria de 4 de julio de 1997, Exp. N° 260-97, Callao. Inédita) empezó una nueva etapa en el desarro-

⁽⁶⁷⁰⁾ En: MONTERO AROCA *et. al.*: *Derecho Jurisdiccional*, ed. 1997, cit., T. III (*Proceso penal*), p. 388.

⁽⁶⁷¹⁾ Ejecutoria suprema de 24 de abril de 1975, Exp. N° 4-75 (*Boletín Judicial*, Año IV, N° 16, Lima, 1975, pp. 83-84).

llo del principio de correlación pues –a diferencia de la etapa anterior, en que se reconocía, aunque no linealmente y sin mayores elaboraciones, la posibilidad del juez de variar la tipificación del delito propuesta en la acusación fiscal⁽⁶⁷²⁾– incorporó un conjunto de elementos que deben cumplirse para que sea posible admitir que el órgano jurisdiccional puede modificar en la sentencia la tipificación propuesta por el Fiscal en su acusación, denominando a tal institución “*determinación alternativa*”, siguiendo sin mayores cautelas las propuestas germanas.

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha dictado por lo menos cuatro fallos en los que, de cara al derecho de defensa y al debido proce-

(672) Así, por ejemplo: 1) desde el año 1923 ha venido sosteniendo que: “Los Tribunales Correccionales no están cohibidos, para expedir sus fallos, por la calificación formulada por la acusación fiscal respecto del hecho delictuoso que se juzga. Dichos Tribunales deben calificar libremente el hecho, sin limitaciones provenientes de los términos de la acusación fiscal” (*Anales Judiciales*, 1923, Lima, p. 80; *Anales Judiciales*, 1937, Lima, p. 289; *Anales Judiciales*, 1963, Lima, p. 167; *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1948, Lima, p. 683; *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1963, Lima, p. 512). 2) En otra ocasión, mediante Ejecutoria de 4 de agosto de 1981, precisó con carácter general que “Corresponde al Tribunal Correccional, con arreglo a ley, tipificar en la sentencia condenatoria el delito que resulta cometido” (TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. I, p. 95); asimismo, en la Ejecutoria de 21 de julio de 1986, estimó que el cambio de tipificación realizado por el Tribunal –de homicidio simple a homicidio por negligencia– no origina la insubsistencia del fallo recurrido (RAMOS BOHÓRQUEZ, Miguel: *Ejecutorias de la Corte Suprema en materia penal*, Berrío, Lima, 1995, pp. 17-18). 3) Esta línea, empero, no ha sido uniforme, pues en otros fallos anotó: “Es nula la sentencia que condena por delito distinto del contemplado en la acusación fiscal” (*Revista del Foro*, 1945, Lima, p. 652), o es “nula la sentencia que no se pronuncia sobre delito que ha sido objeto de la investigación y de la acusación fiscal” (Ej. Sup. de 20 de octubre de 1972 [*Boletín Judicial*, Año I, 1972, Lima, p. 305]), o no “puede condenarse por un delito por el que anteriormente, en el auto de enjuiciamiento, se declaró no haber lugar a juicio oral, pese a que según las actuaciones del juicio oral fluye que el tipo penal perpetrado es aquél por el que se sobreseyó la causa y no por el que se formuló acusación” (Ej. sup. de 10 de octubre de 1972, Exp. N° 916-72, Cusco [TARAMONA: *Compendio de ejecutorias supremas*, cit., T. III, p. 115]). 4) Sin embargo, a partir de 1955 aceptó la modificación, si es que el delito acusado y delito condenado pertenecen al mismo rubro (*Revista Jurídica*, 1955, Lima, p. 606); en otra Ejecutoria de 17 de julio de 1986, puntualizó que, en efecto, el Tribunal tiene amplia facultad para calificar los hechos dentro del rubro genérico del delito acusado (RAMOS BOHÓRQUEZ: *Ejecutorias de la Corte Suprema en materia penal*, cit., pp. 124-125), precisando en el año 1990 que si “bien el Tribunal está facultado para tipificar los hechos materia de la acusación fiscal de manera diferente, debe fundamentar debidamente esta distinta calificación” (RETAMOZO-PONCE: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, cit., p. 96).

so, fija algunas líneas específicas en la materia, cuestionando parcialmente la forma como el Supremo Tribunal concibe la determinación alternativa. Son de citar, por ejemplo, los Asuntos Rutaldo Elmer Alejo Saavedra (STC, Exp. N° 1029-20000-HC/TC, de 18 de enero de 2001) ⁽⁶⁷³⁾, César Humberto Tineo Cabrera (STC, Exp. N° 1230-2002-HC/TC, de 20 de junio de 2002) ⁽⁶⁷⁴⁾, Martha Guerra Carrasco (STC, Exp. N° 2082-2002-HC/TC, de 20 de setiembre de 2002) ⁽⁶⁷⁵⁾ y Marcial Mori Dávila (STC, Exp. N° 1330-2002-HC/TC, de 9 de julio de 2002) ⁽⁶⁷⁶⁾.

2. LA DETERMINACIÓN ALTERNATIVA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL.

A. Criterio del Supremo Tribunal

Según se anotó, existe un esbozo de postura jurisprudencial muy antigua del Supremo Tribunal en exigir correlación (“congruencia” se denomina en el proceso civil: “*sententia debet esse conformis libello*”) entre el delito acusado y el delito condenado, que en nuestro ordenamiento procesal tiene un hilo de continuidad a partir del auto apertorio de instrucción y del auto de enjuiciamiento ⁽⁶⁷⁷⁾. Por lo demás, el art. 298^a.3 CPP 1940 sanciona con la nulidad insanable del fallo “si se ha condenado por un delito que no fue materia [...] del juicio oral”, esto es, de la acusación fiscal; y, el art. 263^a del CPP 1940 obliga al Fiscal a solicitar la formulación de una acusación ampliatoria “si de los debates resultara que el delito reviste un carácter más grave que el indicado en el escrito de acusación...” ⁽⁶⁷⁸⁾. El citado principio, en consecuencia, no está ex-

⁽⁶⁷³⁾ *El Peruano*, Lima, 9 de setiembre de 2001, pp. 4590-4591.

⁽⁶⁷⁴⁾ *El Peruano*, Lima, 29 de agosto de 2002, pp. 5266-5270.

⁽⁶⁷⁵⁾ *Jurisprudencia penal*, ed. 2003, cit., T. I, pp. 49-52.

⁽⁶⁷⁶⁾ *El Peruano*, Lima, 7 de marzo de 2003, pp. 5874-5475.

⁽⁶⁷⁷⁾ VILLAVICENCIO, Víctor Modesto: *Derecho Procesal Penal*, Imprenta Rozas, Lima, 1965, pp. 279-280. Dicho autor da cuenta de por lo menos dos Ejecutorias Supremas emblemáticas al respecto: a) “Es nula la sentencia que condena a un acusado por delito distinto del contemplado en la acusación fiscal” (Ej. Sup. de 31 de marzo de 1945); y, b) “No procede condenar por un delito que no ha sido materia de instrucción ni de la acusación fiscal” (Ej. Sup. de 25 de noviembre de 1952).

⁽⁶⁷⁸⁾ La jurisprudencia “antigua”, conforme señala GARCÍA RADA (*Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 324), “a su vez ha precisado en qué casos no existe nulidad que declarar a pesar de que aparentemente se ha condenado por delito diferente al instruido. Si los hechos instruidos son los mismos que fueron apreciados por el Juzgador, pero

presamente formulado en el Código, por lo que el deber de correlación –como límite a la potestad de resolver– debe deducirse de la sanción procesal del citado art. 298º.3 CPP 1940.

El hecho que la ley procesal penal sancione la vulneración del “objeto del proceso”, que es en buena cuenta de lo que se trata, con la nulidad insanable del fallo, no es sino el resultado de reconocer la importancia y gravedad de tal institución. Señala ROXIN, que el objeto procesal tiene tres funciones: designa el objeto de la litispendencia, demarca los límites de la instrucción y de la obtención de la sentencia, y define la extensión de la cosa juzgada, cuya importancia es idéntica en todas ellas ⁽⁶⁷⁹⁾. Se exige, en suma, la unidad del objeto procesal entre la acusación y la sentencia (*eadem res*).

La doctrina de la determinación alternativa se vio plasmada, entre otras, en la Ejecutoria de 15 de setiembre de 1998, recaída en el Asunto Miguel Ángel Chirre Hurtado y otros ⁽⁶⁸⁰⁾, en la que la *desvinculación*, tal

mal calificados. Tal es el caso de la condena por delito de lesiones, pero se instruyó proceso por tentativa de homicidio. La Corte enmendó la calificación que era dentro del mismo rubro delictivo y declaró no haber nulidad” (*Revista Jurídica*, 1955, Lima, p. 256). Si el Tribunal condenó por encubrimiento pero fueron procesados por robo, “no existía nulidad, limitándose la Suprema a cambiar la tipificación y declarar no haber nulidad” (*Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1955, Lima, p. 606).

⁽⁶⁷⁹⁾ ROXIN: *Derecho procesal penal*, cit., p. 160.

⁽⁶⁸⁰⁾ ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal (1996-1998)*, cit., T. II, pp. 91-95. Existe, por ejemplo, una de 8 de julio de 1998 bajo ese mismo derrotero (Exp. N° 2158-98, Jaén-Lambayeque. Inédita), así como otras: de 1 de setiembre de 1998, Exp. N° 3127-98, Arequipa; y, de 4 de marzo de 1998, Exp. N° 3310-97, Puno (ROJAS VARGAS: *Jurisprudencia procesal penal [1996-1998]*, cit., T. II, pp. 96-98). De igual manera, las Ejecutorias de 8 de noviembre de 1999, Exp. N° 454-99, Lima, de 2 de junio de 1999, Exp. N° 96-99; y, de 30 de marzo de 1999, Exp. N° 355-99, Junín (*Guía rápida de jurisprudencia penal y procesal penal*, cit., p. 220). Asimismo, las Ejecutorias de 17 de mayo de 2000, Exp. N° 7-2000, Lambayeque; de 12 de enero de 2001, Exp. N° 982-2000, Ancash; de 5 de marzo de 2001, Exp. N° 4592-2000, Ayacucho; y, de 11 de setiembre de 2000, Exp. N° 2577-2000, San Martín (FRISANCHO APARICIO: *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 226, 296, 383 y 415). Otras cuatro Ejecutorias Supremas: de 10 de enero de 2000, Exp. N° 4288-99, Lima; de 30 de marzo de 1999, Exp. N° 355-99, Junín; de 22 de enero de 1999, Exp. N° 4144-98, Santa-Chimbote; y, de 21 de mayo de 1999, Exp. N° 993-99, Lima (ROJAS VARGAS, Fidel: *Jurisprudencia penal y procesal penal [1999-2000]*, Idemsa, Lima, 2002, T. I, pp. 89-93 y 130-142). Y, por último, la de 14 de julio de 1999, Exp. N° 2088-99, Santa (*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 1, Lima, 2000, p. 596).

como se la conoce en la doctrina procesalista, fue denominada –siguiendo la doctrina alemana– “determinación alternativa”.

Dijo el Tribunal Supremo en esa ocasión que la desvinculación será correcta siempre que concurren los siguientes elementos: a) homogeneidad del bien jurídico tutelado; b) inmutabilidad de los hechos y pruebas; c) preservación del derecho de defensa; y, d) coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo. Dogmáticamente, apuntó la Sala Penal Suprema, la desvinculación se encuentra indisolublemente unida a los principios de legalidad penal, de instrucción y de la verdad real, de suerte que cumple similar propósito que el *iura novit curia* del derecho privado.

Un elemento adicional es incorporado en el Asunto Ananías Flores Izquierdo (Ejecutoria Suprema de 11 de setiembre de 2000, Exp. N° 2577-2000, San Martín). Allí estableció la Corte Suprema, que deben concurrir en el cambio de tipo los elementos de tipicidad real o legalidad estricta y, esencialmente, de favorabilidad, de suerte que fijado el auto de enjuiciamiento por un determinado delito, en concordancia con la acusación fiscal, no es posible que en la sentencia se consigne un tipo penal más grave (v. gr.: homicidio simple por homicidio calificado).

B. Análisis crítico

La denominación que acriticamente utiliza la Corte Suprema, a partir de sus postulados, no es del todo exacta, pues confunde sus aplicaciones prácticas con el desarrollo jurídico realizado por la doctrina y jurisprudencia germanas.

1. Debe diferenciarse –en los términos de la dogmática alemana–, como enseña LEONE, lo que jurídicamente es desvinculación o inmutabilidad de la imputación con determinación alternativa de los hechos o declaración alternativa de certeza. La primera es un instrumento en manos del órgano jurisdiccional que permite, sin modificar los hechos expuestos en la acusación fiscal y que fue objeto del debate judicial, dar al mismo una calificación o definición jurídica diferente; la segunda, en cambio, importa la posibilidad de imputar un hecho distinto, alternativo o diferente, al propuesto en la acusación y sobre bases de tipos penales alternativos o de conductas que soportan una alternatividad ⁽⁶⁸¹⁾.

(681) Vid. LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 400.

2. La determinación alternativa del hecho, como aclara CURY URZÚA, constituye en principio el único punto auténtico de contacto entre el principio *in dubio pro reo* y el derecho penal sustantivo. Ello se presenta, dice el citado autor, en aquellos casos en los que, de acuerdo con la prueba recogida en el proceso, es indudable que el sujeto ha cometido uno de entre dos o más delitos, pero no se sabe con certeza cuál de entre ellos (v. gr.: existe certidumbre de que el autor se apoderó de una cosa ajena, pero no si –para hacerlo– empleó un engaño [estafa] o la sustrajo furtivamente [hurto], siendo, en todo caso, seguro que se valió de uno de esos dos medios). Así las cosas, siempre en una lógica excepcional, desde el derecho procesal es de exigirse certeza de que el imputado ejecutó una de dos o más acciones, cada una de las cuales satisfacen seguramente las exigencias de otros tantos tipos penales, y siempre que la duda relativa a la que efectivamente realizó sea imposible de superar; y, desde el derecho material es menester que los tipos susceptibles de ser aplicados sean semejantes, no sólo en el aspecto formal, sino también en cuanto a la índole del disvalor de que son portadoras las conductas descritas por ellos: equivalencia psicológica y ética del contenido de injusto ⁽⁶⁸²⁾.

3. La determinación alternativa del hecho surgió como una transacción entre el principio del Estado de Derecho y las exigencias de la política criminal. Según MAURACH esto último exige reducirla a los márgenes más estrechos posibles; y, según opinión dominante y jurisprudencia sobre la materia, susceptibles de determinación alternativa son sólo aquellos actos con un contenido de ilícito esencialmente equivalente, “circunstancias de hecho comparables desde la perspectiva ético-jurídica y psicológica” (BHG 9, 394) ⁽⁶⁸³⁾.

4. En esa misma perspectiva, explica JESCHECK, existen casos en los que según el convencimiento del juez resulta evidente que el acusado, en caso de no haber cometido el hecho del que se le acusa y que de acuerdo con el principio *in dubio pro reo* tuviera que ser absuelto, necesariamente debe haber cometido otro hecho determinado, cuya existencia, sin embargo, depende de que no haya cometido el primero. En

⁽⁶⁸²⁾ CURY URZÚA, Enrique: *Derecho penal. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, T. I, pp. 90-91.

⁽⁶⁸³⁾ MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl; ZIPF, Heinz: *Derecho penal. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1994, T. 1, pp. 166-167.

estos casos se admite, bajo ciertas condiciones, que se condene por la ley que imponga una pena menos grave con una fundamentación alternativa de los hechos. Se requiere como presupuestos: a) que se hayan agotado todos los medios probatorios procesalmente permitidos, que exista certeza de que el acusado solamente pudo haber actuado en una u otra forma, y que los reproches alternativos deben ser equiparables desde un punto de vista ético-jurídico y psicológico o, mejor aún, buscando la identidad del núcleo del injusto; b) que, más allá de cualquier debate, es unánime la consideración de que es de imponer una condena cuando es seguro que el autor ha cometido un delito determinado en una forma comisiva determinada legalmente a través de una de las dos acciones que desde el punto de vista jurídico son equivalentes, que es lo que se denomina “determinación alternativa equivalente”; y, c) que cuando sea admisible esta institución debe aplicarse la ley más favorable ⁽⁶⁸⁴⁾. En algo se afilia a esta posición la Ejecutoria Suprema de 15 de diciembre de 2000, al declarar, de conformidad con el Fiscal Supremo, que la determinación alternativa es un instituto procesal alternativo al *in dubio pro reo*, que opera cuando no hay correspondencia entre los elementos fácticos y normativos, y sólo cuando de los debates se comprueba que los hechos merecen una calificación de menor gravedad ⁽⁶⁸⁵⁾. Decimos que esta postura es parcialmente coincidente con la sostenida en Alemania, porque en ese caso no se trata de que el autor ha cometido uno de entre dos o más delitos posibles, sino que de autos fluye que la conducta típica inequívocamente es distinta a la propuesta por el Fiscal.

5. Como es de observarse, la “determinación alternativa” germana tiene una relación más intensa con el Derecho penal material, pero esa relación se plantea a partir de sensibles problemas de insuficiencia probatoria respecto del tipo penal objeto de acusación. No es un problema, como el caso típico de la “desvinculación”, derivado de una diferente opción por el Tribunal en orden a la tipificación del hecho acusado y declarado probado en la sentencia. En rigor, constituye el reconocimiento excepcional a una facultad del órgano jurisdiccional de apartarse del delito acusado a fin de evitar una absolución indebida y la aplicación en

⁽⁶⁸⁴⁾ JESCHECK, Hans Heinrich: *Tratado de derecho penal. Parte general*, Bosch, Barcelona, 1981, Vol. I, pp. 194-201.

⁽⁶⁸⁵⁾ Exp. N° 4044-2000, Huánuco (*Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 5, Trujillo, 2001, pp. 210-221).

su caso del *ne bis in idem*, tal como ha sido declarado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “caso Loayza Tamayo” ⁽⁶⁸⁶⁾.

Siendo así, desde la perspectiva procesal, ello exigirá, por mor del derecho constitucional de defensa y de los principios del contradictorio y acusatorio, no sólo que el Tribunal previamente advierta a las partes la posibilidad de la calificación alternativa, a fin de que se pronuncien al respecto y, en su caso, puedan ofrecer la respectiva prueba, sino también que tal planteamiento se haga en un momento procesal oportuno y compatible con un idóneo reordenamiento del debate.

C. Posición del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, en el Asunto Rutaldo Elmer Alejo Saavedra, consideró: 1º Que resulta un imperativo inexorable que, para los efectos del procesamiento y sanción penal, se debe observar el principio de concordancia entre la acusación y la determinación del tipo penal (habrá querido decir “correlación”), pues en él reside la garantía de que toda persona contra quien recae un cargo inculpativo puede orientar su defensa a partir de argumentos específicamente dirigidos a neutralizar dichas imputaciones (Fundamento Jurídico 2º.b). 2º Que al condenarse a un imputado por un delito distinto del acusado se vulnera su derecho de defensa, porque éste se basó en el delito acusado no en el que fue materia de condena (Fundamento Jurídico 2º.c).

En puridad, el Tribunal Constitucional acoge una noción amplia de objeto procesal. Esta concepción ha sido reiterada por dicho alto Tribunal en el Asunto César Humberto Tineo Cabrera. Allí estableció: 1º Que el derecho de defensa no se respeta cuando, al variarse el tipo penal por el que un imputado venía siendo juzgado, se le impidió que pueda ejercer eficazmente su defensa, en tanto ésta se encontraba destinada a probar que no era autor de un ilícito penal determinado, mientras que fue condenado por otro, que aunque del mismo género, sin embargo, no fue objeto del contradictorio (Fundamento Jurídico 18). 2º Que, por tanto, el Tribunal no puede, sin riesgo de afectar el derecho de defensa y el debido proceso –en concreto, la exigencia del conocimiento previo de la acusación formulada en su contra–, pronunciarse más allá de los

⁽⁶⁸⁶⁾ Vid. SCIDH de 17 de setiembre de 1997.

términos de la acusación formulada en contra del imputado en el curso del proceso y, de esa manera, sin que tenga la posibilidad real y efectiva de defenderse de los cargos que se le imputan (Fundamento Jurídico 19). Asimismo, en el Asunto Martha Luz Guerra Carrasco, reitera que constituye una exigencia del derecho de defensa la necesidad de respetar la invariabilidad del delito acusado en relación al delito condenado, pues en ese caso al imputado se le niega la oportunidad de defenderse como corresponde e, internamente, se vulnera la necesaria congruencia entre los términos de la acusación fiscal y el pronunciamiento jurisdiccional (Fundamentos Jurídicos 4 y 8).

Empero, en el Asunto Marcial Mori Dávila el Tribunal matiza su posición, al sostener que la variación de la tipificación efectuada por el órgano jurisdiccional –del art. 297º.7 CP, propio de la acusación fiscal, al art. 296º CP– no causó indefensión al recurrente en tanto el delito objeto de condena –que es el tipo genérico o básico– fue un delito menos grave que pertenece a la misma familia delictiva, y esencialmente no impidió que el imputado pudiera ejercer eficazmente su defensa, tanto es así que con su ejercicio se desvirtuó la modalidad agravada y sólo fue sancionado por el tipo base. Como se advierte, todo lo contrario se anotó en el Asunto Alejo Saavedra.

D. Evaluación general

Aquí es de tomar en consideración un punto referente a los alcances de los principios acusatorios y de contradicción. Al respecto, ARMENTA DEU sostiene que el primero dice de la exigencia de acción penal y de la posición imparcial del órgano enjuiciador, mientras que el principio de contradicción se refiere al derecho a conocer la acusación y a la prohibición de indefensión ⁽⁶⁸⁷⁾. Sin duda, el fundamento del principio acusatorio es garantizar la imparcialidad del juez, no propiamente el contradictorio de las partes, lo cual sin duda exige determinar los poderes que cabe atribuir al juzgador y configurar su concreto ejercicio en orden al mantenimiento de su posición de imparcialidad ⁽⁶⁸⁸⁾. El principio de

⁽⁶⁸⁷⁾ ARMENTA DEU, Teresa: *Principio acusatorio y Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 33-34.

⁽⁶⁸⁸⁾ ORTELLS RAMOS, Manuel: *El proceso penal abreviado. Nueve estudios*, Comares, Granada, 1997, p. 200.

contradicción, en palabras de BELING, exige al Tribunal que tenga en cuenta las alegaciones fácticas y las proposiciones probatorias de las partes, de tal manera que considere verdaderos todos los hechos no discutidos entre las partes y que haga caso omiso de todos los hechos y medios de prueba no alegados por las partes ⁽⁶⁸⁹⁾.

PEDRAZ PENALVA puntualiza que, en puridad, el derecho a ser informado de la acusación es presupuesto de la garantía genérica de defensa y del debido proceso, así como un imperativo inescindible del principio acusatorio; y, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, Asunto Plissier y Sasso v. Francia, de 25 de marzo de 1999), afirma que tal exigencia es una condición esencial de la equidad del procedimiento, para lo cual en materia penal se requiere una información precisa y completa de los cargos que pesan contra un acusado, lo que incluye la calificación jurídica –en realidad, la razón jurídica de la imputación– que los Tribunales pudieran presentar en su contra ⁽⁶⁹⁰⁾.

En rigor, los principios acusatorio y contradictorio son complementarios. Siguiendo a ASENCIO MELLADO, el primero, asociado al axioma *nemo iure sine actore*, identifica todos los datos o elementos necesarios para individualizar la pretensión penal: son el hecho delictivo (suceso histórico o acontecimiento que en su esencialidad, y con referencia a una norma jurídica, es capaz de producir consecuencias punitivas) y la persona del imputado. El segundo, en cuanto se integra al derecho de defensa, cuida que el acusado pueda manifestarse y producir todas las pruebas que estime necesarias para su interés respecto de ese objeto en su conformación inicial y sucesiva ⁽⁶⁹¹⁾.

⁽⁶⁸⁹⁾ BELING: *Derecho procesal penal*, cit., p. 26.

⁽⁶⁹⁰⁾ PEDRAZ PENALVA: *Derecho Procesal Penal*, cit., T. I, pp. 250-251. El principio acusatorio, insiste el mencionado autor, no permite que nadie pueda ser condenado por un hecho del que antes no se le ha advertido que se le imputaba, lo cual a su vez descansa en el derecho de defensa, que se vulnera si, al desconocer un motivo de acusación determinante de la condena, no se permitió al imputado introducir los elementos de descargo y practicar eventualmente los medios probatorios adecuados a fin de acreditar su inocencia (*loc. cit.*, pp. 262-263).

⁽⁶⁹¹⁾ ASENCIO MELLADO, José María: *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1991, pp. 70 y 94.

Ahora bien, es de hacer una pregunta clave para evaluar las doctrinas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema: En verdad, ¿existe una absoluta diferencia entre la jurisprudencia de la Corte Suprema y la desarrollada por el Tribunal Constitucional? Creo que, desde una perspectiva amplia –sobre todo a partir del Asunto Marcial Mori Dávila– no hay oposición manifiesta al respecto. Más bien conceptúo que ha operado una profundización de cara al derecho de defensa y, en buena cuenta, una complementariedad; y que, en rigor, el Tribunal Constitucional cubre un vacío esencial en la doctrina del Supremo Tribunal, referido al derecho de defensa, concretado en la interdicción de la sorpresa???, vinculado por consiguiente al principio de contradicción y no necesariamente al principio acusatorio, aunque ambos constituyen principios derivados de la garantía genérica de defensa en juicio. Dice al respecto ASENCIO MELLADO, que el derecho a la información de la acusación es un requisito ineludible para dar vigencia al principio de contradicción, para que el proceso adopte aquel contenido dialéctico que le es consustancial ⁽⁶⁹²⁾.

El Tribunal Supremo considera la preservación del derecho de defensa como un elemento esencial que integra el instituto de la desvinculación, pero no había problematizado –o llevado a sus últimas consecuencias– su aplicación en los casos concretos. Creo que aquí reside el aporte del Tribunal Constitucional, aunque oscurecido por la parquedad de su razonamiento jurídico, por la hipervaloración de la identidad de la calificación jurídica entre la tipificación fiscal y la judicial en la sentencia, y por la ausencia de soluciones jurisprudenciales desde la Constitución, lo que finalmente impide trazar con claridad algunos lineamientos generales.

Debe quedar claro, como apunta LEONE, que el imputado tiene un derecho fundamental expresamente reconocido: el derecho de conocer la acusación; y como correlato a este derecho, en tanto expresión fundamental del principio del contradictorio, se ofrece la “inmutabilidad de la imputación”, que es una institución que se desdobra en dos reglas esenciales, en cuya virtud el juez puede dar al hecho imputado una definición jurídica diferente, pero no puede modificarlo ⁽⁶⁹³⁾. Pero no sólo

⁽⁶⁹²⁾ ASENCIO MELLADO: *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, cit., p. 95.

⁽⁶⁹³⁾ LEONE: *Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. I, pp. 390-392.

ello, sino que cuando considere, como consecuencia de lo anterior, acudir a otro tipo penal, tal modificación de la vertiente jurídica, de suyo implica la variación de la estrategia defendida, lo que a su vez exigirá —si ella no es implícita a la nueva ordenación típica— su previo conocimiento por la defensa para garantizar el contradictorio.

La desvinculación es obviamente posible, aunque siempre es vista como facultad excepcional y, por ende, de aplicación restrictiva por el órgano jurisdiccional. Así lo reconoce la doctrina procesalista y, por ejemplo, la jurisprudencia española. El principio acusatorio en relación con el derecho de defensa (proscripción de la indefensión) sustentan una posición firme al respecto.

Una de las notas esenciales del principio acusatorio es la relativa vinculación del tribunal a los hechos y a las pretensiones de las partes (así GIMENO SENDRA y ASENCIO MELLADO). Se trata de identidad de hechos o circunstancias entre acusación y sentencia; esto es, *identidad del hecho histórico*. Como dice MORENO CATENA, para tal consideración habrá de existir homogeneidad o similitud de la actividad y del bien jurídico ⁽⁶⁹⁴⁾.

El Tribunal Constitucional español ha señalado:

1º Que "... la efectividad del principio acusatorio exige, *para excluir la indefensión*, que el hecho objeto de la acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya el supuesto fáctico de la calificación de la defensa. La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de la condena y objeto de la acusación [...], siendo inocuo el cambio de calificación si existe homogeneidad, entendida como identidad del bien o interés protegido en cuanto haya una porción del acaecer concreto o histórico común en la calificación de la acusación y en la de la sentencia" (STC Nº 134/1986).

2º Que "... el Juzgador está prohibido de excederse de los términos en que viene formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no han sido objeto de consideración de la misma, no sobre los cuales, por tanto, el acusado ha tenido ocasión de defenderse, a no ser que

⁽⁶⁹⁴⁾ MORENO CATENA, Víctor (Dir.): *El proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, Vol. III, p. 2375.

el Tribunal sentenciador los ponga de manifiesto [previamente]; y, de no hacer uso de esa facultad no podrá calificar o penar los hechos de manera más grave de lo pretendido por la acusación, ni condenar por delito distinto, salvo que, respetando la identidad de los hechos, se trate de tipos penales homogéneos” (STC N^o 205/1989).

Por tanto, el alcance del principio acusatorio, para la determinación de la fundamentación fáctica del objeto procesal, exige la identidad antes apreciada. ROXIN aclara que el hecho no es fijado estáticamente en la acusación en su identidad y, por tanto, admite ciertas modificaciones en la sentencia, en tanto “... únicamente la sustancia del acontecimiento acusado permanezca intacta” ⁽⁶⁹⁵⁾.

MANZINI expone sobre este punto que: a) existe mutación esencial del hecho acusado cuando los elementos materiales o aun solamente psíquicos que los constituyen, y que deben ser jurídicamente valorados, son distintos y más graves que los especificados en la imputación; b) no hay modificación del hecho, cuando para la nueva definición jurídica el juez toma en cuenta todos los elementos descritos en la acusación, ya cuando sólo admite una parte de ellos, estando la parte comprendida en el todo; y, c) tampoco se presenta una mutación cuando el juez cambia los elementos secundarios, que no constituyan concretas circunstancias agravantes, o de simple modalidad, de forma que no dejen incertidumbre alguna sobre el objeto de la imputación ni quiten al imputado ningún conocimiento necesario para su defensa ⁽⁶⁹⁶⁾.

Cabe recordar que en el proceso penal eurocontinental, cuyas bases seguimos, el órgano jurisdiccional tiene a su cargo la potestad de dirigir el juicio oral, el poder de introducir –dentro de los hechos objeto de imputación– pruebas *ex officio*, y dentro de ese marco y potestades dictar la sentencia que corresponda; asimismo, como consecuencia de lo anterior, se le reconoce un concreto ámbito de poder oficial para determinar la calificación jurídica del hecho imputado. Ello, como ex-

⁽⁶⁹⁵⁾ ROXIN: *Derecho procesal penal*, cit., p. 161. LEONE (*Tratado de Derecho procesal penal*, cit., T. II, p. 392), en esa línea puntualiza que “diferente definición jurídica del hecho significa que el hecho continúa inalterado o hasta reducido (es decir, eliminados algunos elementos o circunstancias); pero que el juez reconduce tal hecho a una hipótesis de delito distinta de la imputada”.

⁽⁶⁹⁶⁾ MANZINI, Vincenzo: *Tratado de Derecho procesal penal*, EJEA, Buenos Aires, 1953, T. IV, pp. 361-368.

pone ORTELLS RAMOS, no lesiona el acusatorio ni introduce un factor de prejuicio, dado que la única implicación activa del juzgador, absolutamente indiscutible, es la del ejercicio de su potestad de juzgar, que comprende la determinación de los hechos ciertos y la aplicación de la norma, proclamando el efecto jurídico que de ello derive ⁽⁶⁹⁷⁾.

2. En cuanto a la fundamentación jurídica, en el ámbito del *título de condena*, es de acotar que la identidad de calificación entre acusación y sentencia –para los efectos de la vigencia del principio acusatorio– es parcialmente irrelevante, aunque es de tener en cuenta que la calificación jurídica del hecho condiciona su apreciación en cuanto a la concreción del bien jurídico vulnerado.

El principio *iura novit curia*, al dar cabida a diferentes calificaciones jurídicas del hecho acusado, debe matizarse incorporando como límite la existencia de homogeneidad –que no identidad matemática o absoluta– entre lo tipificado en la acusación y lo fijado en el fallo, siempre y cuando, como apunta la Casación argentina, el imputado haya tenido puntual noticia del hecho atribuido y pudo ejercer su defensa respecto de la calificación seleccionada en definitiva (CNCP, Sala I, de 30 de octubre de 2000) ⁽⁶⁹⁸⁾.

El título de condena afecta al principio contradictorio (el principio acusatorio queda constreñido únicamente a los hechos imputados). La calificación jurídica no es ajena al debate contradictorio, el cual también incluye, conjuntamente, los hechos imputados por el Fiscal. Desde esta última perspectiva, entonces, una tipificación distinta, con los límites del bien o interés jurídico homogéneo, exigirá que el Tribunal invite a las partes a su debate jurídico, pues de otra forma existiría fallo sorpresivo con vulneración del elemento: derecho a conocer la acusación, propio del derecho de defensa.

3. Desde esta misma perspectiva, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, Asunto Delcourt v. Bélgica, de 17 de enero de 1970) estableció que ambas cuestiones: el hecho y su calificación, forman parte del contenido del art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos: derecho a un juicio equitativo sobre el fundamento de cual-

⁽⁶⁹⁷⁾ ORTELLS RAMOS: *El proceso penal abreviado. Nueve estudios*, cit., pp. 201-203.

⁽⁶⁹⁸⁾ D'ALBORA: *Código Procesal Penal de la Nación*, cit., p. 871.

quier acusación en materia penal (la acusación no sólo debe estar bien fundada en los hechos, sino en el Derecho). En el Asunto Deweer (STEDH de 27 de febrero de 1980), recordando la doctrina sentada en el fallo anterior fija como pauta conclusiva que el sujeto pasivo de una acusación ha de poder conocer y contradecir en el juicio, tanto el fundamento fáctico, como la justificación jurídica de la misma, de modo que infringiría los derechos del art. 6º la sentencia que se pronunciara sobre una acusación respecto a la cual lo anterior no hubiera sido previamente garantizado. En el Asunto Adolf (STEDH 19 de diciembre de 1989) mencionó como derecho involucrado “el Derecho a ser informado detalladamente de la naturaleza y causa de la acusación”. Finalmente, en el Asunto Colak v. Alemania (STEDH de 6 de diciembre de 1988) se consideró necesario que toda posible variación de la tipificación del hecho delictivo objeto de acusación debe ser previamente comunicada a la defensa, y que el Tribunal no necesariamente en la sentencia puede fallar de acuerdo a la tesis propuesta *ex officio* por él mismo –posibilidad que inclusive no presenta objeción alguna desde la perspectiva de la imparcialidad judicial–, aunque debe hacerlo fundándose sólo en los resultados de las sesiones del juicio.

4. VERGER GRAU, siguiendo a ASENCIO MELLADO y ALMAGRO NOSETE, al entender que toda modificación de la vertiente jurídica conlleva necesariamente la variación de la estrategia defensiva (¡esa es la tesis de nuestro Tribunal Constitucional!), postula –a semejanza del art. 265º.1 OPP alemana⁽⁶⁹⁹⁾– que el Tribunal necesariamente debe ilustrar al imputado sobre el posible cambio de tipificación, dándole oportunidad de defensa⁽⁷⁰⁰⁾. Esta técnica procesal, puntualiza SCHLÜCHTER, se utiliza para evitar que; siendo un mismo hecho procesal, al no poder variar la tipificación, se le ponga la excepción procesal de cosa juzgada. En tal virtud, tal variación ha de ser indicada en cuanto a los cambios posibles del punto de vista jurídico, siempre que ello sea conocido⁽⁷⁰¹⁾.

⁽⁶⁹⁹⁾ Art. 265º OPP República Federal de Alemania (*Modificación de la calificación penal*). Inc. 1ª: “El acusado no puede ser condenado en virtud de otra ley penal que la mencionada en la acusación admitida judicialmente sin que previamente se le haya indicado específicamente la modificación de la calificación y se le haya dado la oportunidad de defenderse”.

⁽⁷⁰⁰⁾ VERGER GRAU, Joan: *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 142.

⁽⁷⁰¹⁾ SCHLÜCHTER: *Derecho procesal penal*, cit., p. 83.

GIMENO SENDRA realiza seguidamente dos acotaciones: 1º Que la sujeción de la condena a la acusación, sin embargo, no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio. 2º Que para constatar que se han infringido los arts. 139º.3 y 14 Const. no es decisiva la falta de homogeneidad formal entre objeto de acusación y condena, sino la efectiva constancia de que hubo elementos esenciales de la calificación final, que de hecho no fueron ni pudieron ser plenamente debatidos.

RIFÁ SOLER y VALLS GOMBAU sostienen –asumiendo una posición más flexible– que en tanto se respete el límite de la homogeneidad entre delito acusado y delito condenado, para desvincularse no será necesario plantear la tesis cuando: a) la condena impuesta sea por un delito de igual o menor gravedad que el señalado en la acusación; b) exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya el supuesto fáctico de la calificación de la sentencia; c) todos los elementos fácticos del segundo tipo aplicado por el juez estén contenidos en el tipo delictivo objeto de la acusación; y, d) el delito acusado y el delito condenado sean de la misma naturaleza, o bien homogéneos por tratarse de tipos penales cuyo supuesto fáctico sea sustancialmente el mismo ⁽⁷⁰²⁾. La libertad del órgano jurisdiccional está limitada por el respeto al derecho de defensa del imputado, el mismo que –según apuntan CALDERÓN y CHOCLÁN– exige que en el proceso penal se haya podido debatir la total significación jurídica del hecho acusado ⁽⁷⁰³⁾.

El fallo de nuestro Tribunal Constitucional, a fin de darle un sentido muy delimitado, se circunscribió a cuestionar que en la variación de la tipificación llevada a cabo por el Tribunal Superior se incorporaran de oficio elementos normativos que no fueron objeto de debate contradictorio, lesionándose irrazonablemente la defensa del imputado.

Es de acotar, siempre siguiendo a GIMENO SENDRA, que el juego del principio acusatorio y del derecho de defensa impide que la sentencia –sorpresivamente– condene por un delito más grave que el objeto de

⁽⁷⁰²⁾ RIFÁ SOLER, José María y VALLS GOMBAU, José Francisco: *Derecho procesal penal*, Iurgium, Madrid, 2000, p. 262.

⁽⁷⁰³⁾ CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO: *Derecho procesal penal*, cit., p. 424.

acusación, aprecie agravantes o formas de ejecución y participación más gravosas que las planteadas por la acusación, y también que condene por delito distinto que no sea homogéneo, en el sentido que contenga elementos que no hayan sido objeto de debate y de los que el acusado no haya podido defenderse ⁽⁷⁰⁴⁾. Esta imposibilidad, empero, se superará en la medida en que el Tribunal plantee la "Tesis" y propicie un debate contradictorio al respecto.

E. Congruencia y determinación de la pena

También la congruencia tiene que ver con la determinación de la pena, esto es, si la pena pedida por el Ministerio Público —el "*petitum*" de la pena— tiene eficacia delimitadora del objeto del proceso penal. La doctrina procesalista mayoritariamente considera que la pena solicitada por el hecho causado no puede ser reputada como un elemento esencial de la pretensión punitiva, que se concentra en el sujeto, en el hecho y en su calificación, de modo que la modificación de oficio por el Tribunal de la pena pedida por las partes no se opone al principio acusatorio ⁽⁷⁰⁵⁾. Se agrega que la medición de la pena responde al principio de legalidad, el cual es el único límite para el juzgador, quien puede imponer la pena en los límites de la señalada para el delito objeto de acusación

Empero, es del caso incluir una delimitación al poder del Tribunal para fijar una pena más grave que la pedida por el Fiscal. En acatamiento de la exigencia constitucional de motivación (art. 139^a.5 Const.) el órgano jurisdiccional habrá de motivar específicamente, no sólo el precepto que sirva de apoyo al incremento de la pena, sino también las razones que la justifican. Es decir, resulta necesario una especial motivación al respecto, cuya ausencia vulneraría el derecho a la tutela jurisdiccional, tal como, por ejemplo, lo tiene declarado el Tribunal Constitucional español en las Sentencias N^o 59/2000, de 2 de marzo de 2000, y N^o 122/2000, de 16 de mayo de 2000.

En el último fallo invocado obra un voto singular de dos Magistrados, que consideran que la posibilidad de agravar de oficio la pena, imponiendo una por encima del requerimiento fiscal, excede el princi-

⁽⁷⁰⁴⁾ GIMENO SENDRA *et. al.*: *Los procesos penales*, cit., T. 5, pp. 694-695.

⁽⁷⁰⁵⁾ Por todos: CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO: *Derecho procesal penal*, cit., p. 426.

pio acusatorio. Consideran dichos Magistrados que desde la perspectiva del requisito de imparcialidad se lesiona la posición constitucional del juzgador cuando actúa *ex officio*, pues ello implica terciar espontáneamente en el debate y evitar que las partes tengan la oportunidad real de debatir esa “tercera posición”, rompiendo su hieratismo o su indiferencia institucionales. Esta posición, por lo demás, fue aceptada en un aislado caso por el Tribunal Supremo español (STS de 7 de junio de 1993), posteriormente modificada por una Sentencia del Pleno de dicho Tribunal. Anotó en esa oportunidad la Sala de lo Penal que, en aras de lograr en el seno del proceso penal –conforme al principio acusatorio– una mayor protección de las garantías del inculpado, la función individualizadora de la pena que corresponde al órgano jurisdiccional tiene su techo en la pena pedida en la acusación, pues de lo contrario se actuaría sorpresivamente, sin conocimiento de las partes, privándolas de este modo de su derecho de alegar al respecto ⁽⁷⁰⁶⁾.

Tal vez la respuesta más contundente a esa postura ha sido proporcionada por DÍAZ CABIALE. Dicho autor anota que “impedir que el órgano jurisdiccional pueda modificar la pena al alza conlleva el craso error de entender que en el proceso penal resulta esencial el “*petitum*”, identificado éste con la cuantía de la pena, sin tener presente que en este proceso la elaboración del concepto de la pretensión no responde a la titularidad de las partes sobre el «*ius puniendi*», sino a una construcción técnica derivada de la elaboración artificial de un proceso de partes que pretende salvaguardar la imparcialidad del órgano jurisdiccional” ⁽⁷⁰⁷⁾.

F. Conclusiones provisionales

Sobre la base de la inalterabilidad del hecho penal acusado e, inclusive, cuando existe alteración parcial del “hecho acusado”, la desvinculación será posible si el Tribunal, para garantizar el principio de contradicción, invita a las partes (a esto se denomina procesalmente “plantear la Tesis”) a pronunciarse sobre este punto. También podrá alzarse la exigencia de plantear la Tesis, si una de las partes postula el cambio de

⁽⁷⁰⁶⁾ Vid. MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*, Comares, Granada, 1994, pp. 88-89.

⁽⁷⁰⁷⁾ DÍAZ CABIALE, José Antonio: *Principio de aportación de parte y acusatorio: La imparcialidad del juez*, Comares, Granada, 1996, p. 386.

tipificación y ello ha sido de conocimiento de las demás partes, de modo que han tenido oportunidad de debatir y fijar posición al respecto. Con esto último se supera la objeción al detrimento del derecho de defensa, en su ámbito de "previo conocimiento de los cargos". En todo caso, como ha precisado la Corte Suprema —y en la medida que se cumplan los requisitos ya indicados—, si el Tribunal de instancia considera necesario cambiar la tipificación del delito, debe hacerlo y no absolver por el delito acusado y condenar al imputado por el delito que estima fue el que se perpetró ⁽⁷⁰⁸⁾.

El tema más conflictivo, asumiendo esta posición, es si la "Tesis" debe ser asumida por el Fiscal, cuando el Tribunal plantee la posible nueva tipificación. Sobre el particular, la reciente jurisprudencia ordinaria española considera imprescindible tal situación, en homenaje al principio acusatorio ⁽⁷⁰⁹⁾. El fundamento aparente de esa doctrina descansa en dos razones: 1) Que el tribunal no puede asumir la función de acusador y, por tanto, la "tesis" sólo tiene eficacia ilustrativa para las partes acusadoras, pero el tribunal no puede acogerla si éstas previamente no la asumen; y, 2) Que el acusado ha de conocer previa y suficientemente la acusación, y poder defenderse frente a ella con plenitud de medios y garantías ⁽⁷¹⁰⁾.

Sin embargo, la doctrina procesalista estima que ello no es así, pues importaría introducir un elemento que es ajeno a la identidad objetiva del hecho punible, centrado en la calificación jurídica, de lo que seguiría que, si las partes no aceptan la "Tesis", condicionarían la actividad del tribunal ⁽⁷¹¹⁾. Además, no se puede confundir acusación con la posición alternativa del tribunal frente a un hecho concreto ya deducido en el proceso por la parte acusadora.

⁽⁷⁰⁸⁾ Ejecutoria suprema de 20 de septiembre de 1991, Exp. Nº 991-91, La Libertad (*Normas Legales*, T. 216, mayo, Trujillo, 1994, pp. J11-J12).

⁽⁷⁰⁹⁾ MARTÍNEZ ARRIETA: *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*, cit., pp. 73-74.

⁽⁷¹⁰⁾ ORTELLS RAMOS: *El proceso penal abreviado. Nueve estudios*, cit., p. 166.

⁽⁷¹¹⁾ Vid. GIMENO SENDRA *et. al.*: *Derecho procesal penal*, cit., p. 218.

TALLER
"ACUERDOS PARA LA CELERIDAD EN LA TRAMITACIÓN
DE LOS PROCESOS PENALES"

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

SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR.

Correlación y desvinculación en el proceso penal

A propósito del nuevo artículo 285º-A CPP

César San Martín Castro

Profesor principal de Derecho Procesal Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Vocal titular de la Corte Suprema de Justicia de la República

1. Introducción

Es una afirmación pacífica en la doctrina procesalista penal que el tema de la congruencia o, con mayor precisión, correlación entre la acusación y la sentencia está íntimamente vinculado a tres nociones básicas, de profundo contenido valorativo: el objeto del proceso penal, el principio acusatorio y el derecho de defensa, en sus ámbitos más concretos del principio de contradicción y del derecho del imputado de conocer los cargos que se le incriminan.¹

Sin embargo, si se analiza con cierto detalle cada institución comprendida en nuestro ámbito de estudio, se concluirá, por el contrario, que la falta de uniformidad toma cuerpo al identificar y delimitar, en lo esencial, la noción “objeto del proceso penal”,² que según afirmó en su día Ramos Méndez³ es por antonomasia un tema controvertido. Para intentar una definición más o menos clara es de partir de las propias exigencias del derecho penal material, que

-
- 1 RIFÁ SOLER, José María y José Francisco VALLS GOMBÁU. *Derecho procesal penal*. Madrid: Iurium, 2000, pp. 53, 260 y 261.
 - 2 La noción “objeto del proceso penal”, como apunta LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, tiene gran importancia práctica e incide sobre múltiples cuestiones del proceso penal. Tal incidencia se presenta en relación con la litis pendencia –problema de la aplicación del principio *non bis in idem*–, los límites de la cosa juzgada –nuevamente el *non bis in idem*–, la modificación de la acusación, el ámbito de la sentencia, las limitaciones del recurso, etc. *Tratado de derecho procesal penal*. Navarra: Aranzadi, 2004, p. 314.
 - 3 RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El proceso penal - Sexta lectura constitucional*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2000, p. 34. Decla Bettiol que este concepto domina en largura y profundidad toda la teoría general del proceso penal (Tomado de GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo. *Estudios de derecho procesal*. Pamplona: Eunsa, 1974, p. 520).

—más allá de toda polémica que también tiene lugar con marcado énfasis en esa disciplina— cumple junto con otros ordenamientos normativos, en palabras de Bacigalupo Zapater,

... una función reparadora del equilibrio de un sistema social perturbado por el delito... [entendido como] una forma de comportamiento desviado que se considera grave dentro de un sistema social y que es calificado como tal por órganos legislativos con competencia para ello.

La pena, en este caso, como apunta Jakobs, tiene la finalidad de estabilizar la vigencia de la norma vulnerada por el autor.⁴ Ello exige, de un lado, la necesidad de esclarecer objetivamente el hecho punible que se imputa a una persona, vista la naturaleza de la sanción que utiliza el derecho penal —se atiende a los bienes jurídicos que priva o restringe, se trate de penas o de medidas de seguridad, y que son las sanciones más graves del sistema social—;⁵ y, de otro lado, conforme al artículo 139°.10 de la Constitución, la obligatoriedad de un proceso judicial para imponerla, necesariamente marcado por un conjunto de garantías mínimas que lo convierten en “debido”, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 139°.3 de la citada Ley Fundamental.⁶

Más allá de cualquier polémica acerca de si el objeto del proceso penal se identifica o no con la pretensión penal —aunque, desde luego, me afilio a esta última concepción—, interesa determinar sus elementos, en tanto que una nota característica del mismo es su singularidad; esto es, conforme enfatiza Asencio Mellado, el objeto del proceso es ante todo un hecho singular, plenamente identificado y distinto de los demás, imputado a una persona.⁷ En la doctrina procesalista penal existe coincidencia, por lo anteriormente expuesto, en que el objeto procesal contiene un elemento subjetivo y otro objetivo. El primero se circunscribe a la persona del imputado, mientras que el segundo está constituido por el *hecho punible*. Este último elemento es el problemático y es central para dilucidar el ámbito de la congruencia o correlación penal.

Anotado lo expuesto, es de precisar, siguiendo a Gómez Orbaneja, que el objeto del proceso penal es un *factum* y no un *ius* o *crimen*, ya que el sistema acusatorio gravita no en la calificación jurídica, ni menos aún en la pena propuesta, sino en el hecho delictivo, en el “*hecho calificado*”.⁸

La noción de “*hecho punible*”, en principio, como aclara Baumann, se debe determinar sobre la base del *concepto*

4 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho penal - Parte general*. Lima: ARA Editores, 2004, pp. 39-41.

5 Existe, de este modo, un fuerte interés público en la realización del derecho penal material, lo que exige un procedimiento sustraído a la disposición de las partes en que se ha de examinar exactamente si la pretensión penal estatal ha surgido (vid.: BAUMANN, Jürgen. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 4).

6 Esto último ha permitido decir, por ejemplo, a Quintero Olivares que el proceso penal es parte del sistema penal, en tanto está constituido por normas que regulan el cómo y el modo de ejercitarse la actividad represora del Estado, las cuales a su vez poseen una carga ideológica y política en igual o superior grado que la norma sustantiva o material que define el delito y la pena aplicable (*Manual de derecho penal - Parte general*. 2.ª edición. Navarra: Aranzadi, 2000, pp. 47-48).

7 ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho procesal penal*. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 1998, p. 96.

8 Tomado de VERGER GRAU, Joan. *La defensa del imputado y el principio acusatorio*. Barcelona: Bosch, 1994, p. 112.

procesal del hecho [prozessuale Tat], que importa un conocimiento o idea mucho más amplia que el concepto jurídico-material y no depende de él –sus elementos no son los mismos–. Es de definir la noción de “*hecho punible*” como una situación o suceso unitario de hecho concreto, como un complejo fáctico, vale decir, –siguiendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo Federal Alemán 23, 141 y 145– se asume el comportamiento total del acusado, en cuanto conforma un suceso unitario, según la concepción de la vida –un acontecimiento histórico único–, con el hecho histórico descrito en el auto de enjuiciamiento, sin tener en cuenta si en la apreciación jurídico material se infieren una o varias acciones punibles en lugar o al lado del hecho punible indicado en el auto de enjuiciamiento.⁹

El hecho punible es, pues, el suceso referido en la acusación y en el auto de enjuiciamiento, incluyendo todos los sucesos y las circunstancias de hecho conexas y relativas a ellos, que son idóneas para tornar factible la obra del acusado como punible, desde algún punto de vista jurídico en ese ámbito.

Las mayores dificultades, desde luego, se presentan cuando se trata de identificar en el caso concreto si un fallo determinado ha producido una variación sustancial o no del hecho punible descrito en la acusación y auto de enjuicia-

miento; es decir, su objeto normativo. Inicialmente se construyó la denominada “*teoría naturalista*” y, luego, la “*teoría normativista*” –relevancia del hecho desde una perspectiva jurídico penal– con un factor ulterior de corrección centrada en la unidad u homogeneidad del bien o el interés jurídico lesionado.¹⁰ Desde esta perspectiva, según explica Gómez Colomer, se tiene:

- Que, como primer factor a considerar, es de atender, en un juicio de comparación entre el hecho materia del auto de enjuiciamiento –marcado definitivamente por la acusación fiscal– y el hecho asumido en la sentencia, el hecho como acontecimiento histórico natural, sin valoración jurídica alguna.
- Que, sobre esta primera base de consideración estrictamente naturalista, es de incorporar necesariamente criterios jurídicos –lo que es compatible con la finalidad perseguida–, a cuyo efecto corresponde tener en consideración el modo cómo el legislador penal configura las unidades de la conducta humana a las que llama delitos o faltas, en rigor los tipos penales o tipos de injusto. En tal virtud, el hecho será el mismo –pese a los cambios que pueden ocurrir en sede procesal– cuando exista *identidad parcial* en los elementos de ejecución concretos, cuando coinciden *elementos esenciales* en

9 BAUMANN, Jürgen. *Derecho procesal penal*. Op. cit., p. 272.

10 Ha sido Koetsin Liu, discípulo de Beling, quien señaló que el objeto normativo es un elemento común a varios tipos penales que viene a constituir la esencia de todos ellos. Agrega que en el hecho punible, el elemento principal es ese elemento normativo que hace que aunque los elementos accidentales cambien, el hecho procesalmente sea el mismo; se trata de aquel núcleo básico que define el hecho. El Juez, por deber de oficio, provocado por la legalidad y oficialidad del proceso penal, tiene la obligación de buscar y mantenerse dentro de este objeto normativo, pero no se encuentra ligado por los elementos accidentales del conjunto. Por lo demás, el factor de complementario de corrección es propuesto por Gutiérrez de Cabiedes, y no puede ser otro que el del bien jurídico protegido; lo común, por ejemplo, en los tipos de autoría y de participación es, precisamente, el bien jurídico lesionado (GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo. *Estudios de derecho procesal*. Op. cit., pp. 527 y 528).

cualquiera de las unidades jurídicas en las que un acaecer humano puede ser reducido.

Que a ello se añade la determinación del contenido material del injusto radicado en la unidad u homogeneidad del bien o interés jurídico protegido.¹¹

En consecuencia, *se estará en presencia del mismo hecho procesal –entre los hechos acusados y los hechos objeto de condena– aún cuando modificados la actividad típica o acción realizada por el agente, pero afectado el mismo bien o interés jurídico protegido por el tipo penal, permanezca en ese tránsito su esencialidad o, en otros términos, al menos una identidad parcial entre ellos.*¹²

Por otro lado, el principio acusatorio es consustancial a la idea de proceso. Está circunscrito al objeto del proceso e indica a qué sujetos procesales, si a las partes o al Juez, les corresponde la titularidad de la pretensión y cuál sea el grado de vinculación a la que, con respecto a ella, deba someterse al órgano jurisdiccional.¹³

El principio acusatorio se concibe, desde una primera perspectiva, acota De la Oliva Santos, como un criterio configurador del proceso penal, según el cual se necesita de una acusación –la imputación a una o varias personas concretas de unos determinados hechos– para el inicio

del juicio oral y para una sentencia de condena.¹⁴ De tal suerte, el principio acusatorio, como ya se anotó, informa el objeto del proceso penal [es de acotar, en primer lugar, que solo lo hace con el objeto penal, pues el objeto civil –reparación civil– está informado por el principio dispositivo; y, en segundo lugar, que nuestro proceso penal como es tradicional se acumula obligatoriamente ambas pretensiones e, incluso, otorga al Fiscal legitimación sobre la misma]. Pero este no solo alcanza el ámbito de la exigencia previa de acusación, pues comprende en esencia todo aquello que permite identificar la distribución de roles o funciones que llevan a cabo los sujetos procesales, así como las condiciones en que se desarrolla el enjuiciamiento penal.

Por consiguiente, tres consecuencias positivizadas entraña este principio, al decir de Gimeno Sendra.¹⁵ Son:

- *Desdoblamiento de la función instructora y decisora*, que es una garantía de independencia y de imparcialidad judicial. En nuestro ordenamiento constitucional está consagrado que el Fiscal instruye –además, funcionalmente, es el director jurídico funcional de la Policía Nacional en funciones de Policía Judicial (vid.: artículo 159º.4 Const.)– y el Juez decide, concentrado en lo propiamente jurisdic-

11 Por todos: GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *Derecho jurisdiccional*. Tomo III, *Proceso penal* (con MONTERO AROCA, Juan y otros). Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2004, pp. 105-107.

12 Cfr.: ASENSIO MELLADO, José María; Op. cit., p. 100. O, como apunta MORENO CATENA, Víctor: "Por tanto serán homogéneos aquellos delitos cuyo presupuesto de hecho difieren en elementos no sustanciales y lesionen, aun en distinto grado de proyección, un mismo bien jurídico protegido; ambas infracciones –*título de imputación y título de condena*– han de ser de la misma especie, esto es, –*a tono con clara jurisprudencia del Tribunal Supremo Español del 20.7.1994*– una cercana modalidad dentro de la tipicidad que se traduce en su agrupación dentro de la Parte Especial en Titulios. *El proceso penal*. Tomo III. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2000, p. 2405.

13 GIMENO SENDRA, Vicente: *Introducción al derecho procesal*. 2.ª edición. Madrid: Colex, 2004, p. 257.

14 DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros. *Derecho procesal penal*. 5.ª edición. Madrid: Ceura, 2002, pp. 62-63.

15 GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal*. Madrid: Colex, 2004, pp. 80-90.

cional. Aquí funciona la idea- fuerza que el Juez exclusivamente debe controlar la etapa de instrucción o de investigación preparatoria [En el Nuevo Código Procesal Penal (NCPP), por ejemplo, tres son los ámbitos específicos del control jurisdiccional, circunscritos —entre otros—: a) al derecho de defensa: vid. artículo 71°.4 NCPP; b) a las solicitudes de diligencias de investigación desestimadas: vid. artículo 375°.5 NCPP; y, c) al control del plazo de la Investigación Preparatoria: vid. artículo 343° NCPP]. En el nuevo proceso penal (NCPP 2004) el Juez de la Investigación Preparatoria no interviene en el enjuiciamiento, y el Juez Penal —del juicio— no participa en la recopilación de evidencias ni en su calificación de suficiencia en la fase intermedia (vid. artículos 28° y 29° NCPP). En suma, este elemento esencial, conforme ha sido postulado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [STEDH del 28.10.1998, recaída en el Asunto Algarus vs. España]*, estriba en que “...*Todo acto que evidencia una convicción anticipada sobre la participación del imputado en el hecho punible*” impide la intervención del Juez.

Distribución de las funciones de acusación y de decisión [nemo iudex sine accusatore]. No existe procesamiento sin imputación fiscal (no hay procesamiento judicial de oficio), no existe juicio sin acusación fiscal. Las funciones de acusación y de decisión deben desdoblarse, y otorgadas a dos

sujetos procesales distintos; no es admisible que el juzgador sancione infracciones penales sin pretensión acusadora.

Un ámbito que también comprende este desdoblamiento de funciones es el vinculado a la introducción de prueba de oficio. Esto último se admite limitadamente [solo es de aceptarse la denominada “*prueba complementaria*”, destinada a contrastar o verificar otras pruebas ya aportadas por las partes, distinguiendo entre la prueba de la existencia de los hechos y la comprobación de si la prueba sobre ellos es o no fiable], al igual que se reconoce al Tribunal una dismínuida intervención en el interrogatorio de los órganos de pruebas en el acto oral [estrictos fines de aclaración de lo expuesto por aquellos, no de lograr nuevos datos]. Tales poderes, en buena cuenta, están vinculados a otro principio, reflejo de la naturaleza y características del Derecho Penal, y cuya discusión se centra en el par dialéctico: “*aportación de parte vs. investigación oficial*”. La búsqueda de la verdad justifica, en todo caso, la iniciativa probatoria de oficio, lo que se expresa, por ejemplo, en los artículos 244°.2 OPP alemana, 81° CPP francés y 340.º1 CPP portugués. Al respecto, es claro que las partes inician y delimitan el objeto del proceso en el juicio oral —el papel del Fiscal es absolutamente preponderante en la investigación preparato-

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en otros fallos, entre ellos la STEDH del 8.2.2000, Asunto Mc Gonnell vs. Reino Unido, hizo mención a la exigencia de que el Tribunal debe ser *subjetivamente* imparcial: ausencia de prejuicio o predisposición personal, y también serlo *objetivamente*: debe ofrecer suficientes garantías como para excluir cualquier duda legítima al respecto, de tal suerte que, si de las apariencias del Juez o de sus actos puede la sociedad alcanzar serias dudas sobre su imparcialidad, debe apartarse del conocimiento de la causa.

ria con la nula intervención judicial-, y fundamentalmente introducen los medios probatorios, pero esto último se matiza con el poder de “*prueba complementaria*” (vid. artículos 155°.3, y 385°.1 y 2 NCPP), a tono con lo decidido por el TEDH [vid. STEDH del 6.12.1988, recaída en el Asunto Barberá, Messegue y Gabardo vs. España], así como con los poderes oficiales de ordenación del material probatorio y de revisión libre de la prueba instrumental.

Congruencia. Se reconoce una determinada correlación, subjetiva y objetiva, entre la acusación y la parte penal dispositiva de la Sentencia, cuya finalidad esencial consiste en posibilitar el ejercicio de derecho de defensa. Desde esta perspectiva, conforme ya se anotó, se exige una absoluta vinculación fáctica del fallo a la pretensión penal en cuanto al *hecho penal*; y, en lo atinente a la calificación jurídica –el hecho visto desde el derecho penal material–, es posible cierta desvinculación, pero sujeta a la homogeneidad de bien jurídico vulnerado entre delito acusado y delito condenado. Algo de eso se ha avanzado, finalmente, con la STC 1330-2002-HC/TC, del 9.7.2002, recaída en el Asunto Mori Dávila, luego de unos lineamientos jurisprudenciales restrictivos.¹⁶ Con tal propósito, a fin de resolver las exigencias formuladas por el Tribunal Constitucional, siguiendo el modelo germano, en respeto al contradictorio, se incorporó el artículo 285°-A CPP 1940, mediante Decreto Legislativo

Nº 959, el planteamiento de la tesis para variar la calificación jurídica de los hechos –que lógicamente incluye tipicidad y las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal– (en esa misma perspectiva ha sido regulado por el NCPP: artículos 374° y 409°). Esta regla de la congruencia también opera en la impugnación con la incorporación de la institución de la *reformatio in peius* (vid. artículos 300° CPP 1940, modificado por el D. Leg. 959, y 397° NCPP).

En el proceso penal, según lo expuesto en el párrafo anterior, rige la máxima *iura novit curia*, por lo que el órgano jurisdiccional es dueño de la individualización y aplicación al hecho de las pertinentes normas del Código Penal. Pero esta potestad, reitera Gimeno Sendra, al no ser absoluta e incondicionada debe respetar –sin perjuicio de los cambios no esenciales que puedan surgir como consecuencia de la actividad del juicio– la identidad u homogeneidad del bien jurídico y, además, cuando la modificación obedezca a un simple error de la acusación fácilmente constatable por la defensa (STEDH, del 10.2.1995, Asunto Gea Catalán).¹⁷

El artículo 139°.14 de la Constitución consagra el derecho de defensa, reconociéndolo como derecho fundamental, de carácter irrenunciable. El reconocimiento del derecho de defensa se expresa, desde una perspectiva negativa, como proscripción de la indefensión, al señalar genéricamente que: “*El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso*”; y, desde una pers-

16 Véase las SSTC recaídas en los Asuntos Rutaldo Elmer Alejo Saavedra, César Humberto Tineo Cabrera y Martha Guerra Carrasco [SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*. Tomo I. 2.ª edición. Lima: Grijley, 2003, pp. 753-754].

17 GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho procesal penal*. Madrid: Colex, 2004, pp. 228-229.

pectiva positiva al establecer dos ámbitos específicos de su funcionamiento efectivo: a) la exigencia que “...*Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causas o las razones de su detención*”; y, b) la absoluta necesidad de que el imputado cuente con una asistencia letrada –‘*defensa formal*’, lo que, invocando el primer extremo del indicado ordinal, no desconoce la ‘*autodefensa o defensa material*’-. El artículo 8º.2.b) de la Convención Americana de Derechos Humanos, mucho más explícito en la materia que nos ocupa, consagra como una garantía judicial mínima de toda persona, en el ámbito del proceso, la “... *Comunicación previa y detallada al inculgado de la acusación formulada*”. Esto último significa que la información de cargos no sólo se limita al imputado preso, sino que se extiende a toda persona sujeta a una acusación, entendida en su sentido genérico de atribución de la comisión de una infracción penal.

El derecho de defensa, en su perspectiva general, como señala Picó I Junoy, asegura a las partes la posibilidad de sostener argumentalmente sus respectivas pretensiones y rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular en apoyo de las suyas, a cuyo efecto se debe garantizar la correcta ejecución de los actos de comunicación establecidos por la ley, y entenderse que este derecho comprende no solo la asistencia de letrado libremente elegido o nombrado de oficio, sino también de defenderse personalmente o por sí mismo.¹⁸

El derecho a ser informado de la acusación, como parte del derecho mayor –en

rigor, garantía genérica del proceso penal– que es el derecho de defensa, tiene como contenido esencial que el imputado conozca los hechos considerados punibles por la denuncia o la acusación, y que esta información se produzca lo antes posible o en el momento procesal oportuno de tal manera que pueda estructurar razonablemente su defensa con arreglo a esa inculpación. Este derecho, a su vez, posibilita el correcto ejercicio de su derecho de defensa, en tanto que no es posible defenderse de lo que se desconoce.

Este derecho comprende tanto la descripción de los hechos objeto de inculpación –ámbito fáctico– cuanto la mención al delito objeto de subsunción. En tal virtud, toda modificación que incluya la del título condenatorio debe ser puesta en conocimiento del imputado y su defensa para que puedan formar parte del debate y justificar una sentencia bajo esa perspectiva jurídica. Desde este entendido, como aclara Jaén Vallejo, que este derecho comprende no solo el de alegar y contradecir los hechos objeto de acusación, sino también la posibilidad de alegar y contradecir sobre todos los elementos esenciales de la calificación jurídica.¹⁹

Una perspectiva más amplia, pero esencialmente exacta y pertinente, es la proporcionada por Carocca Pérez. Dicho autor precisa que son cuatro los ámbitos de este derecho: a) el derecho a ser informado sobre los hechos en que se fundamenta la acusación, a sus fundamentos fácticos, que requiere que una descripción lo suficientemente detallada del hecho imputado; b) el derecho a conocer los fundamentos jurídicos de la acusa-

18 PICÓ I JUNOY, Joan: *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch, 1997, pp. 102-103.

19 JAÉN VALLEJO, Manuel: *Derechos fundamentales del proceso penal*. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2004, p. 74.

ción, de la calificación jurídica de los hechos; c) el derecho a conocer el material probatorio en que se fundamenta la acusación; y, d) el derecho a ser informado de cualquier mutación que sufra el contenido de la acusación, esto es, la garantía de la notificación de mutación de la acusación, que puede referirse a sus elementos de hecho y a la calificación jurídica.²⁰

2. La correlación entre acusación y sentencia

La correlación –‘congruencia’ en el ámbito del proceso civil– dice de la identidad del objeto procesal. Su vulneración está expresamente sancionada con la nulidad del fallo, según lo estatuye el artículo 298°.3 CPP. Sin embargo, su contenido y la propia denominación de la institución merecen algunas referencias.

Señala Ortells Ramos que la congruencia es un requisito de toda sentencia inherente a su objeto, y puede definirse como la correlación que debe existir entre pretensión procesal, otras peticiones y alegaciones de las partes y la actividad decisoria o resolutoria que el juez plasma en la sentencia²¹. Es, pues, un requisito de fondo centrado en las operaciones relacionadas con la subsunción, esto es, la fijación de los hechos, la calificación jurídico-penal de los mismos y la conclusión, con todos los matices pro-

prios de la posible existencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad.²² Empero, como el propio Ortells Ramos explica, la opción asumida en el proceso penal por denominar “correlación” a esta institución y no “congruencia” estriba en que con lo primero se resalta una mayor laxitud en el debido ajuste entre los términos de comparación;²³ ello, por lo demás, es evidente en tanto en el proceso penal imperan intereses públicos y se afirma la no disponibilidad de los derechos vinculados a la aplicación del derecho penal.

La correlación, en cuanto garantía procesal, presenta dos vertientes: la primera, vinculada al principio acusatorio; y, la segunda, referida al principio de contradicción, en su expresión de previo conocimiento de la acusación, y consiguientemente del derecho de defensa. Por tanto, ambas requieren de un tratamiento diferenciado.²⁴

El artículo 285°-A CPP, introducido por el Decreto Leg. N° 959, consagra una primera exigencia de la garantía de correlación en relación con el *principio acusatorio*. Dice el primer apartado:

La sentencia condenatoria no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias fijadas en la acusación y materia del auto de enjuiciamiento o, en su caso, en la acusación complementaria a que hace referencia el artículo 283° (sic) [artículo 263° CPP].

20 CAROCCA PÉREZ, Alex. *Garantía constitucional de la defensa procesal*. Barcelona: Bosch, 1997, pp. 261-264.

21 ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho procesal civil*. Navarra: Aranzadi, 2001, pp. 462, 464.

22 PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, Leonardo y Eduardo GUTIÉRREZ DE CABIEDES. *Derecho procesal penal*. 2.ª edición. Tecnos, 1982, p. 341.

23 ORTELLS RAMOS, Manuel y otros: *Derecho jurisdiccional*, III, Proceso penal. 3.ª edición. Tirant lo Blanch, p. 401.

24 GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia: *Acusación y defensa en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 2004, pp. 117, 133. En igual sentido Armenta Deu, explica esas dos perspectivas desde las que es contemplada la exigencia de correlación: “Como efecto derivado de la vinculación judicial al objeto del proceso, y en tal sentido, coherente primordialmente con el principio acusatorio. Y en relación con las modificacio-

Esta fórmula, inspirada en el § 264.1 de la OPP alemana, exige que el órgano jurisdiccional se limite a pronunciarse acerca del hecho punible descrito en la acusación, aceptado en el auto de enjuiciamiento, y de ser el caso en la acusación complementaria. El hecho punible en nuestro vigente sistema procesal penal a su vez está relacionado con el auto de apertura de instrucción –auto de procesamiento y, cuando existan, en sus ampliatorios–.²⁵

Ya se ha precisado la noción de hecho punible bajo una perspectiva procesal. Al hecho ‘nuclear’, glosado en la acusación y en el auto de enjuiciamiento, se le ha incorporado una noción propia del Derecho penal material: las denominadas “*circunstancias*” del hecho. Estas pueden definirse como aquellas situaciones que rodean (*‘circum-stare’*: estar alrededor) a la realización del hecho o que suponen especiales condiciones del autor, y que determinan la modulación de la pena aplicable. Su toma en consideración exige, obviamente, la previa comprobación de la existencia del objeto normativo del proceso: el delito con todos sus elementos.²⁶ Las ‘circunstancias’, es de insistir, se producen en el ámbito de la teoría de la pena, en tanto en cuanto

afectan a su medición, pero dejan absolutamente intacta la esencia del delito; son, postula Mir Puig, elementos accidentales del delito, en el sentido de que de ellos no depende el ser del delito, sino solo su gravedad.²⁷

El objeto del proceso penal, a partir de la citada norma, es inmutable e indivisible, no puede ser alterado por el órgano jurisdiccional. Empero, es de recordar, en *primer lugar*, que el hecho procesal se equipara solo parcialmente con el hecho en sentido jurídico material y, como aclara Schlüchter, jurídicamente el órgano jurisdiccional tiene que agotar el disvalor delictivo del hecho, es decir, juzgar el hecho desde cualquier punto de vista jurídico-penal; y, en *segundo lugar*, por lo anterior, como insiste la citada autora, el órgano jurisdiccional debe incluir los cambios fácticos del objeto de la acusación que eventualmente aparezcan en el curso del juicio oral.²⁸

Esta coincidencia parcial y la exigencia de incluir determinados cambios fácticos tiene un límite, propio de la noción de objeto procesal penal. Como ya se anotó, lo que vulneraría el objeto del proceso y consiguientemente el principio acusatorio sería que se altere sustancialmente el hecho procesal.²⁹ Al respecto, como propo-

nes que se van produciendo en el proceso –que sin afectar a los hechos y al sujeto– inciden en el principio de audiencia y la interdicción de indefensión” [Principio acusatorio y derecho penal. Barcelona: Bosch, 1995, p. 92].

25 Menciona, al respecto, GARCÍA RADA, Domingo. “La sentencia que pone fin al proceso penal sólo puede referirse al delito por el cual se abrió instrucción, que fue materia de la investigación y sobre el cual el Fiscal emitió su acusación” [Manual de derecho procesal penal. 5.ª edición. Lima: Eddili, 1984, p. 338].

26 MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN. *Derecho penal - Parte general*. 4.ª edición. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 2000, p. 544.

27 MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal - Parte general*. 6.ª edición. Barcelona: Reppertor, p. 596.

28 SCHLÜCHTER, Ellen. *Derecho procesal penal*. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 1999, pp. 79-80.

29 No se vulnera el hecho procesal cuando se degrada la acusación, de tipificar el hecho de robo agravado a encubrimiento. Así lo decidió la Ejecutoria dictada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema del 3.5.2005, Exp. N° 588-2005/La Libertad. De igual manera, en la Ejecutoria del 26.4.2005, Exp. N° 258-2005/Lima, se entendió que no se vulnera el principio acusatorio si se modifica la tipificación del hecho de lesiones seguidas de muerte por homicidio simple.

ne González Navarro,³⁰ un criterio sólido que permitirá distinguir entre alteración esencial o sustancial y alteración accidental u objetiva, es *si los hechos por sí solos pueden o no conformar el objeto de un proceso independiente, si el nuevo sustrato fáctico está dotado o no de autonomía*. La incorporación de nuevos datos fácticos, no esenciales, solo persigue resolver con carácter exhaustivo sobre el objeto del proceso que las partes han presentado, de suerte que con arreglo al principio de legalidad hacerlo constituye un deber para el juez. Estos hechos, por lo demás, no son introducidos por el juez, pues son el resultado bien de la alegación de hechos formulados por las partes, o bien de la actividad probatoria que haya tenido lugar durante el juicio.

La modificación, no esencial, del objeto procesal que el órgano jurisdiccional puede llevar a cabo de oficio, entonces, solo puede ser aquella de carácter accidental, que no afecta el núcleo de los hechos objeto del proceso. Ello puede significar una nueva calificación jurídica, tanto porque no se produce una modificación fáctica —cuestión de mera valoración jurídica o del juicio de subsunción— cuanto porque ello entraña la incorporación de nuevos datos fácticos. Las variaciones no esenciales de los hechos, por tanto, no tienen trascendencia desde el principio acusatorio, la tendrán desde el principio de contradicción en tanto puedan alterar algún aspecto de la calificación jurídico penal.

Dentro de la casuística, inevitable en estos casos, se tienen los supuestos de: a)

homogeneidad descendente: la calificación del delito disminuye por no haberse configurado o no existir una agravante específica o presentarse una atenuante específica no considerada;³¹ y, b) *homogeneidad ascendente*: la calificación del delito se agrava por la concurrencia de una agravante específica [recuérdese que de lo que se trata es de homogeneidad de hechos y no de delitos]. Cabe puntualizar que nuestro Código Penal no tiene en su Parte General un articulado referente a las agravantes o a las atenuantes genéricas con entidad para redefinir la penalidad. La apreciación de oficio de estas circunstancias no infringe el principio acusatorio en tanto con ello no se incurre en parcialidad y el juez se limita a cumplir con el deber de sumisión a la ley que le es propia a tono con la nota característica de indivisibilidad del objeto procesal. Por lo demás, las circunstancias carecen de autonomía, pues van indisolublemente unidas al hecho principal por el que se acusó.

Es de discutir si es posible incorporar de oficio circunstancias eximentes de responsabilidad penal. Se trata de hechos que, desde luego, carecen de autonomía, pese a no constituir una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, y como tal son elementos fácticos de carácter accidental. Aún cuando están en relación con el hecho punible imputado, su concurrencia niega la consideración de injusto culpable al hecho en cuestión. Por tal motivo, su alegación tampoco vulnera el principio acusatorio.

En igual sentido deben resolverse los supuestos de variación de las formas de

30 GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia. *Acusación y defensa en el proceso penal*. Op. cit., pp. 171-172.

31 La Corte Suprema, recientemente, mediante Ejecutoria del 21.1.2005, Exp. N° 3904-2004/La Libertad —Sala Pernal Permanente, inédita—, precisó que era posible desvincularse del delito de homicidio agravado por el de homicidio simple, aunque estipuló que ello era factible por tratarse de una figura que vulnera el mismo bien jurídico —respeto al principio acusatorio—, sino porque el imputado habla objetado la calificación agravada y postulado el tipo básico.

intervención en el hecho, de grados de desarrollo del delito y de tipicidad dolosa e imprudente. En el caso de las distintas formas de intervención en el hecho –más allá de la diferencia en los actos típicos de ejecución que cada forma de intervención en el hecho supone– existe una homogeneidad entre todas ellas si se atiende al elemento relativo al bien jurídico protegido. Del mismo modo, los diferentes grados en la comisión de un delito, en el *iter criminis*, no entrañan la introducción de hechos esenciales, se tratan de datos fácticos de carácter meramente adjetivo o accidental. Por último, las modalidades dolosas y culposas sólo se diferencian en el tipo subjetivo, la conducta objetiva es idéntica; no hay alteración del objeto normativo del proceso.

También está vinculado al principio acusatorio lo relativo al *petitum* penalógico de la acusación. Desde luego, la sanción pedida por el Ministerio Público integra la pretensión procesal, pero la discusión en sede penal consiste en determinar si la pena pedida es un elemento esencial o, simplemente, accesorio, no determinante del contenido del objeto procesal.

El artículo 225º.3 CPP exige que la acusación fiscal señale la pena o la medida de seguridad que corresponda, con indicación expresa de su duración. Pero este requisito formal de la acusación desde luego no integra el núcleo del objeto del proceso penal, que como ya se ha expuesto está centrado en el hecho punible. La pena, conforme explica Pérez Morales, no es un elemento delimitador del objeto procesal, al ser una mera con-

secuencia establecida por la ley, sin que la petición de una mayor o menor suponga la introducción de hechos o elementos de juicio adicionales al hecho mismo.³²

En virtud a lo ya expuesto, el apartado cuatro del nuevo artículo 285º-A CPP, introducido por el Decreto Legislativo Nº 959, resolvió expresamente el problema. Estatuyó que:

En la condena, la Sala podrá aplicar al hecho objeto de acusación una sanción más grave que la solicitada por el Fiscal. Esta posibilidad debe motivarse especialmente haciendo mención expresa de los fundamentos en que se sustenta.

La determinación de la pena a cargo del órgano jurisdiccional no es sino la plasmación del principio de legalidad en materia de sanciones penales que rige nuestro ordenamiento punitivo. El juez, por ello, ha de respetar cumplidamente los límites de las penas y el sistema de individualización de las mismas, y sobre la base del respeto a los hechos acusados podrá recorrer el quantum de la sanción dentro de los parámetros que el Código Penal reconoce. La razón constantemente aducida para rechazar la denominada *vinculatio poenae*, a la que nos afiliamos, sigue siendo, expone Moreno Catena, la de que establecidas las premisas legales que indican la pena a imponer, su individualización es algo que afecta ya al principio de legalidad, operando automáticamente y no al principio acusatorio.³³

Un límite adicional, de carácter formal, a la posibilidad judicial de imponer una pena mayor que la pedida por el Fiscal, es la especial motivación del fallo en

32 PÉREZ MORALES, Mónica Galdana. *Correlación entre acusación y sentencia en el proceso ordinario*. Granada: Comares, 2002, p. 159.

33 MORENO CATENA, Víctor y otros: *El proceso penal*. Volumen III. Op. cit., p. 2418.

este extremo.³⁴ Para ello el Tribunal no solo deberá mencionar la pena pedida por el Fiscal y las razones que se invocaron para hacerlo, sino que incorporará una fundamentación adicional y expresa destinada a mencionar las razones por las que la pena debe ser mayor a la pedida por el Fiscal con una específica mención de los motivos jurídicos que la amparen. Esta exigencia es compatible con la garantía de motivación de los fallos (artículo 139°.5 Const.), y su ausencia infringiría además el derecho a la tutela jurisdiccional.³⁵

La existencia de un techo en la individualización judicial de la pena radicado en la pena pedida en la acusación como reacción a una supuesta actuación sorpresiva del Tribunal –tesis defendida por Martínez Arrieta–,³⁶ implica entender, como postula Díaz Cabiale, que en el proceso penal resulta esencial el *petitum*, identificado este con la cuantía de la pena, sin tener presente que en este proceso la elaboración del concepto de la pretensión no responde a la titularidad de las partes sobre el *ius puniendi*, sino a una construcción técnica derivada de la elaboración artificial de un proceso de partes que pretenden salvaguardar la imparcialidad del órgano jurisdiccional.³⁷

Cabe puntualizar que el artículo 397°.3 NCPP prescribe, siguiendo la fórmula española de su procedimiento abreviado, que el juez no puede aplicar pena más grave que la requerida por el Fiscal, salvo si se solicita una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación. Esta norma, sin duda, altera la configuración dogmática del principio acusatorio, pero puede defenderse, como dice Gimeno Sendra, en los siguientes términos:

... el Ministerio Fiscal, como representante de la sociedad, y el ofendido (que) valoran respectivamente la lesión producida por el delito en la esfera social y en la personal o patrimonial, son partes cualificadas para señalar al tribunal el tope máximo de la individualización de la pena ... la petición de pena por parte del acusador refleja la reacción social frente al delito y el castigo que la sociedad espera. Otorgar más de lo que está demandado es ser 'ultra retribucionista' lo que tampoco es deseable.³⁸

3. Desvinculación y planteamiento de la tesis

El artículo 285 °-A CPP no sólo reconoce la vigencia del principio acusatorio;

34 La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la Ejecutoria del 15.4.2005, Exp. N° 214-2005/Sullana, declaró enfáticamente que el Tribunal no está vinculado al *petitum*, es decir, a la solicitud de pena y reparación civil formulada por el Ministerio Público, y que en caso corresponda imponer una pena mayor, tal posibilidad debe motivarse específicamente haciendo mención expresa de los fundamentos en que se sustenta.

35 Cfr.: SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*. Tomo I. Op. cit., p. 762.

36 MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés. *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*. Granada (España): Comares, 1994, pp. 88-89.

37 DÍAZ CABIALE, José Antonio. *Principio de aportación de parte y acusatorio: La imparcialidad del juez*. Granada (España): Comares, 1994, p. 386.

38 Tomado de MORENO CATENA, Víctor y otros. *El proceso penal*. Op. cit., p. 2419. Muy crítico se presenta Ascencio Mellado, pues dice que: "El establecimiento de este tipo de correlación lo ha sido por la traslación al procedimiento penal de una fórmula eminentemente dispositiva. Las partes no sólo han de instaurarse ya en dueñas de la pena en los supuestos de conformidad sino que, del mismo modo, la ley les reconoce una facultad específica de delimitar el marco superior punitivo dentro del cual han de conformar el asunto los órganos jurisdiccionales" (*El principio acusatorio y el derecho de defensa*. Op. cit., p. 123).

fundamentalmente regula el estricto respeto al derecho de defensa del imputado, en lo estricto, el derecho a conocer previamente los cargos materia de acusación, de modo que como corolario del principio acusatorio —y dando relevancia a otro principio— establece lo siguiente:

2. En la condena, no se podrá modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación, salvo que la Sala previamente haya indicado al acusado esta posibilidad y concedido la oportunidad para defenderse, y siempre que la nueva calificación no exceda su propia competencia. El acusado tiene derecho a solicitar la suspensión de la audiencia para preparar su defensa e incluso —si resultara pertinente y necesario— a ofrecer nuevos medios de prueba. El término de suspensión de la audiencia en ambos casos no excederá el fijado por el artículo 267°.

3. Se procederá de la misma forma si en el debate se advierten circunstancias modificativas de la responsabilidad penal no incluidas en la acusación, que aumentan la punibilidad o justifiquen la imposición de una medida de seguridad.

La calificación jurídica del hecho objeto de acusación tiene una relevancia fundamental de cara al principio de contradicción. Esa expresión se refiere, sin duda, a la tipificación, al tipo o figura penal invocado, o, en términos procesales: al *título condenatorio*. Entre delito acusado y delito condenado, en principio, debe haber absoluta coincidencia, sólo así se cumplirá cabalmente el respeto del derecho de defensa, en tanto que el imputado no sólo se defiende de un hecho concreto sino también de una específica calificación jurídica, a partir de la

cual se asienta el pedido de pena.

Esto último, sin embargo, no significa que la inmutabilidad del hecho se deba extender a la calificación jurídica, pues el juez por imperio del principio de legalidad debe tipificarlo con arreglo a las disposiciones jurídicas que lo rigen —*iura novit curia*—. ³⁹ El cambio de tipificación —la *desvinculación*— es factible con los límites derivados del principio acusatorio antes analizado —que incluyen la modificación o inclusión de hechos no esenciales—, pero a estos efectos debe cumplir determinados requisitos, que precisamente condicionan su legalidad y el respeto a la posición jurídica del imputado, verdadero destinatario de esta norma-garantía. La calificación jurídica de los hechos corresponde, en principio, al órgano jurisdiccional, pero ello no debe olvidar que esta no es ajena al debate contradictorio y el principio *iura novit curia* tiene importantes limitaciones.

Dos límites implícitos tiene la desvinculación, que sin duda pretende evitar la incongruencia por exceso. El Tribunal no debe alterar los hechos, el objeto del proceso. O sea: 1) No debe introducir un delito distinto cuando conlleve diversidad de bien jurídico tutelado; y, 2) No debe realizar una mutación esencial del hecho enjuiciado, lo que tiene lugar cuando hay diferencia sustancial en la actividad y el resultado de esta actividad, en cuyo caso se está ante un objeto ajeno al enjuiciado; se requiere identidad, al menos parcial, en los actos típicos de ejecución. Ello explica por qué la desvinculación es excepcional: inmutabilidad de hechos esenciales y mero cambio del punto de vista jurídico; esto último es lo que en buena cuenta per-

39 Apunta certeramente Pérez Morales: "La calificación del hecho no condiciona para determinar la pretensión punitiva en cuanto que la sentencia se rige por el principio *iura novit curia*", aunque es necesaria para delimitar jurídicamente el hecho y ha de ser objeto de contradicción (*Correlación entre acusación y sentencia en el proceso ordinario*. Op. cit., pp. 151-152).

mite al tribunal sentenciador desvincularse de la calificación del Ministerio Público, quedando únicamente sujeto a los hechos.⁴⁰

La desvinculación está sujeta a presupuestos materiales y a presupuestos formales. Los primeros tienen que ver con su ámbito objetivo de operatividad y con los límites de su ejercicio; los segundos, con las exigencias de la decisión que provoca la desvinculación y del procedimiento que debe seguirse al respecto.

El nuevo planteamiento tiene un marco objetivo de operatividad —*presupuestos materiales*—, que se expresa en dos supuestos. (1) Ante el silencio del Fiscal, si el órgano jurisdiccional conceptúa, a partir de lo actuado en el debate oral, que el hecho enjuiciado está subsumido en un tipo penal distinto del que fue calificado por el Fiscal en la acusación y aceptado en el auto de enjuiciamiento, sea por

error en su tipificación o por la concurrencia de *circunstancias específicas o especiales*⁴¹ tales que dan lugar a un tipo penal específico distinto del acusado,⁴² debe plantear la *Tesis*; esto es, poner en conocimiento tales supuestos al acusado, a fin de darle oportunidad para defenderse.⁴³ Con ello, sencillamente, la ley respeta escrupulosamente el principio de contradicción, puesto que se somete a debate y estudio una cuestión que puede tener influencia decisiva en el fallo.⁴⁴ En buena cuenta, como explica Gimeno Sendra, la tesis constituye una “llamada de atención” hacia una correcta calificación jurídica, una invitación a la reflexión y al debate, una posibilidad de que las partes puedan argumentar, libre y públicamente, sobre una posible subsunción que el Tribunal estima más correcta que las propuestas por las acusaciones.⁴⁵

40 El principio acusatorio, en buena cuenta, alcanza únicamente a los hechos y la persona acusada, mientras que la calificación jurídica y el *petitum* son extremos que afectan solamente al principio de contradicción (cfr.: MORENO CATENA, Víctor. *El proceso penal*. Volumen III. Op. cit., p. 2397).

41 Son todas aquellas situaciones, como postula QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, que la ley ha incorporado al describir y sancionar un delito. Otro supuesto, distinto, es el de las denominadas “*circunstancias inherentes*”, que son aquellas sin cuya concurrencia no hubiera podido cometerse el delito, pero se diferencian de los supuestos de delitos específicos, pues no se trata de circunstancias expresadas formalmente por la ley en la descripción de la figura de delito (*Manual de derecho penal - Parte general*, 2.ª edición. Navarra: Aranzadi, 2000, p. 725).

42 Constituyen, al decir de COBO DEL ROSAL, Vives Antón, auténticos elementos de la figura penal (*Derecho penal - Parte general*. Valencia (España): Tirant lo Blanch, 1999, p. 875).

43 La Sala Penal de la Corte Suprema en la Ejecutoria del 21.4.2005, Exp. N° 224-2005/Sullana, decidió, en armonía con el nuevo texto del artículo 285°-A CPP, que el Tribunal sentenciador no puede modificar la tipificación del hecho, cambiar el título de imputación, sin antes haber planteado la Tesis como lo exige el citado dispositivo legal. En dicha decisión puntualizó, además, que si bien por imperio del principio acusatorio no puede sobrepasar el hecho y las circunstancias del mismo, empero sobre esa base fáctica puede modificar la calificación jurídica del hecho siempre que —en armonía con el principio de contradicción— la plantee la tesis.

44 Un correcto entendimiento del principio de contradicción, apunta Gómez Colomer, significa la necesidad de poner a debate todo dato jurídico o fáctico, susceptible de influir en la sentencia (*Derecho jurisdiccional*, III. Op. cit., p. 282). Este mecanismo, acota Armenta Deu, tiende a la salvaguarda del derecho de defensa y de la necesaria contradicción, a la consecuencia de un ‘proceso justo’, donde proteja al causado de ‘sorpresas’, contribuyendo a la búsqueda de la verdad material (*Principio acusatorio y derecho penal*. Op. cit., pp. 1902-103). El planteamiento de la tesis es un procedimiento, como aclara Moreno Catena, que en nada afecta el contenido y alcance del principio acusatorio sino que tiene como finalidad provocar la contradicción y garantizar el contenido del derecho de defensa del acusado o acusados (*El proceso penal*. Volumen III. Op. cit., p. 2394).

45 GIMENO SENDRA, Vicente y otros. *Los procesos penales*. Tomo V. Barcelona: Bosch, 2000, p. 671.

La tesis del Tribunal, como apunta Verger Grau, puede importar un cambio de calificación sin modificación fáctica —calificación errónea con respeto íntegro del relato fáctico— o con modificación fáctica —cambio de calificación que comporta, explícita o implícitamente, un cambio en la descripción del hecho—, que solo será en este caso —como ya se señaló en el acápite anterior— la inclusión de una circunstancia accidental no esencial,⁴⁶ pues ello implicaría introducir hechos que no se desprendan de la acusación, consecuentemente, está prohibido añadir nuevos elementos incriminatorios.⁴⁷

Tratándose de *error en la tipificación* (ap. 2), en principio, es indiferente que el delito sea de mayor o menor gravedad, *in peius* o *in melius*, basta que se altere simplemente el título de acusación [v. gr.: peculado por malversación, colaboración por pertenencia a organización terrorista]. Ello es indispensable para no conculcar el principio de contradicción.⁴⁸

El otro supuesto (2) es el de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Como ya se dejó expuesto, son situaciones que rodean a la realización del hecho o que suponen especiales condiciones del autor, determinando la modulación de la pena aplicable. Se producen en el ámbito de la teoría de la pena, en tanto en cuanto afectan a su medi-

ción, pero dejan absolutamente intacta la esencia del delito. Existen *circunstancias genéricas*, que pueden operar sobre todos los delitos; y *circunstancias específicas*, establecidas concretamente en algunos tipos penales, y que incluso pasan a convertirse en auténticos elementos de la figura penal. Desde el punto de sus efectos, las circunstancias se clasifican en *atenuantes, agravantes y mixtas*: son, en rigor, causas modificativas de la pena.

En estos casos, de las circunstancias modificativas (ap. 3), no basta su presencia. Solo serán relevantes, y se exigirá el planteamiento de la tesis cuando su efecto necesariamente ha de ser agravatorio o cualificante [v. gr.: robo agravado por robo agravado seguido de muerte, acto terrorista por terrorismo agravado]. Estas deben implicar *exasperación penológica*.

En el Perú, a diferencia del modelo español, y en forma similar a los modelos francés y alemán, estas circunstancias no tienen efectos legalmente tasados. El artículo 46° CP solo ha construido un listado amplio de factores de medición de la pena, no un sistema de catálogo. Empero, solo existe un caso de incorporación de una circunstancia modificativa agravante vinculada al prevalimiento de la función pública por el agente del delito. Se trata del artículo 46°-A CP, introducido por la Ley N° 26758, del 14.3.1997,⁴⁹ que auto-

46 VERGER GRAU, Joan. *La defensa del imputado y el principio acusatorio*. Barcelona: Bosch, 1994, pp.143-1447.

47 PÉREZ MORALES, Mónica Galdana. *Correlación entre acusación y sentencia en el proceso penal ordinario*. Granada (España): Comares, 2002, p. 175.

48 El TEDH en la STEDH del 5.12.1988, recaída en el Asunto Colak vs. Alemania precisó dos ideas claves en la materia. En *primer lugar*, que era necesario que toda posible variación de la tipificación del hecho delictivo objeto de acusación debe ser previamente comunicada a la defensa. En *segundo lugar*, que el Tribunal no necesariamente en la sentencia puede fallar de acuerdo a la tesis propuesta *ex officio* por él mismo. El límite a su decisión estriba en que debe fallar fundándose sólo en los resultados de las sesiones del juicio.

49 El supuesto de hecho de la norma señala: "*Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por su condición de funcionario público*".

riza al Juez a aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido –en tanto no esté prevista al sancionar el tipo penal o cuando esta sea elemento constitutivo del hecho punible– no pudiendo exceder del máximo de pena privativa de libertad temporal establecida en el artículo 29° del Código Penal.

Las circunstancias modificativas, como ya se anotó, no sólo son las agravantes, también están las circunstancias atenuantes,⁵⁰ en las que de modo amplio se incluyen las eximencias incompletas a que hacen referencia los artículos 21° y 22° CP. De igual manera, podemos ubicar los tipos de autoría y participación, y los de imperfecta realización, en tanto que su inclusión en uno u otro ámbito puede determinar una variación del *quantum* de la pena, sea para agravar o para atenuar. La respuesta, en este caso, descansa en el derecho procesal, y está vinculada centralmente con el derecho de defensa y el principio de contradicción. Si bien se exige que las partes tengan conocimiento y puedan debatir toda circunstancia relevante para la sentencia, la exigencia, cuyo olvido en todo caso se sancionaría con la nulidad del fallo, está vinculada a las circuns-

tancias agravatorias no a las atenuantes, pues siendo estas últimas más favorables al reo el Tribunal no incurría en indefensión material.⁵¹ Se entiende que la *degradación de la acusación*, es decir, cuando el título condenatorio importe la exclusión de algún elemento del hecho que figuraba en el título acusatorio y del que ya pudo defenderse el imputado, no es preciso una nueva acusación ni debate al respecto, en tanto que todos los elementos típicos están comprendidos en el anterior.⁵²

El nuevo artículo 285°-A CPP no dice nada acerca de los tipos consumados y de imperfecta ejecución y de los tipos de autoría y de participación. El asunto se resuelve siguiendo un punto central: No hay duda de que el “hecho” que realiza el autor es distinto del que corresponde al partícipe, como tampoco es igual la consumación y la tentativa. Puede existir, es cierto, una mera diferencia de matiz, en esos casos, pero esa mutación está en condiciones de generar indefensión y, por ende, autoriza al Tribunal a preservar el principio de contradicción y especialmente el derecho de defensa,⁵³ siempre, claro está, que su consecuencia sea agravar la penalidad.⁵⁴

-
- 50 Las circunstancias atenuantes tienen como efecto disminuir la pena, siempre dentro del marco legal del tipo de delito correspondiente. Las *eximencias incompletas*, por el contrario, a diferencia de las *ordinarias*, son *privilegiadas* porque atenúan la pena en mayor medida que las ordinarias (MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal - Parte general*. 6.ª edición. Barcelona: Reppertor, 2002, p. 606). Según el artículo 21° CP su presencia permite al Juez disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal.
- 51 El principio de contradicción en el apartado 3), para las circunstancias modificativas, no asume el *carácter bidireccional* del aforismo *audiatur et altera pars*; no está previsto en la ley el derecho de la acusación a ser informada de las posibilidades de atenuación de la pena.
- 52 VERGER GRAU, Joan. *La defensa del imputado y el principio acusatorio*. Op. cit., p. 147.
- 53 ASENCIO MELLADO, José María. *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*. Madrid: Trivium, 1991, p. 109.
- 54 La STEDH del 25.3.1999, recaída en el Asunto Pélissier y Sassi v. Francia, por el contrario señaló que se vulnera el derecho a ser informado de la acusación cuando la sentencia condena como cómplice a una persona que había sido acusada en calidad de autora. Se estima que aquí los actos típicos de ejecución serán materialmente distintos (GONZÁLEZ NAVARRO, Alicia. *Acusación y defensa en el proceso penal*. Op., cit., p. 195). Así también, el artículo 265° OPP alemana, que según la doctrina germana exige que los cambios de grados de ejecución del delito sean objeto de debate, debe plantearse la tesis o la *Hinweispflicht*.

La decisión de plantear la tesis está sujeta a *presupuestos formales*. Exige decidir, *primero*, si debe tratarse de una decisión motivada; *segundo*, el momento procesal oportuno para hacerlo; *tercero*, el trámite y límites para su consecución; y, *cuarto*, si es necesario que el Fiscal asuma la tesis para que el Tribunal pueda incorporarla en la sentencia.

La decisión del Tribunal, plasmada en forma de una resolución, debe tener una motivación escueta o concisa, sin mayores precisiones aunque cabal a los efectos de que las partes puedan pronunciarse con fundamento de causa sobre su mérito. Debe identificar exactamente el ámbito de la tesis que plantea y hacer mención a las normas jurídico-materiales que la fundamentan, esto es, qué circunstancia modificativa puede concurrir en el caso, cuál tipo penal sería el correctamente subsumible a los hechos juzgados, y en base a qué datos fácticos se considere razonable invocar esa facultad.⁵⁵

El nuevo artículo no menciona la oportunidad procesal para que el Tribunal haga uso de la facultad de plantear la tesis. Sin embargo, es claro que como el planteamiento de la tesis tiene como base el debate oral, es decir, la actuación probatoria, se entiende que el momento más oportuno es cuando esta precluyó, y antes que el Fiscal se pronuncie definitivamente, o sea antes que se inicie el momento de alegato de las partes. Culminada la actuación de las pruebas, se tendrá, como es lógico, una perspectiva integral

del caso juzgado y el Tribunal podrá reflexionar acerca de la calificación penal y de las circunstancias del hecho, al punto de que podrá resolver, si fuera menester, la procedencia de la reapertura de la estación de pruebas.

Planteada la tesis, y a tenor del principio de contradicción y de igualdad de armas, ambas partes, acusadora y acusada, deben tener la oportunidad de pronunciarse sobre ella y, en su caso, para afirmarla o negarla, solicitar la actuación de nueva prueba —que será especialmente pertinente cuando la tesis importe la asunción de hechos no esenciales—. El que el apartado dos de la norma solo haga mención al acusado, ello en modo alguno puede interpretarse que el Fiscal es ajeno a ese trámite. Tal vez, la explicación de esa mención unilateral se deba a que la consecuencia de esa facultad del Tribunal implique una agravación de la situación o entorno jurídico del imputado. El planteamiento de la tesis, en sí misma, puede importar una causal de suspensión de la audiencia por razones de trámite, de suerte que la defensa y la fiscalía deben analizarla para pronunciarse con conocimiento de causa.

¿Es necesario, para que el Tribunal sustente su condena en la Tesis planteada, que el Fiscal decida acogerla? La norma, sin duda, no supone que el Fiscal acepte o disienta de la Tesis del Tribunal, por lo que desde una perspectiva literal la posición del fiscal no limita las potestades del Tribunal, y desde el principio

55 La Lecrim española, por ejemplo, en su artículo 733° estatuye: "...podrá el Presidente del Tribunal emplear la siguiente fórmula: 'Sin que sea visto prejuzgar el fallo definitivo sobre las conclusiones de la acusación y defensa, el Tribunal desea que el Fiscal y los defensores del procesado... le ilustren acerca de si el hecho justiciable constituye el delito de ... o si existe la circunstancia ... a que se refiere el artículo ... del Código Penal.- Esta facultad excepcional, de que el Tribunal usará con moderación, no se extiende ...'".

acusatorio lo más importante es que no se alteren los hechos esenciales.⁵⁶ Ahora bien, cumplido el contradictorio, una respuesta más sólida, desde una perspectiva dogmática, está condicionada al entendimiento que se tiene del principio acusatorio. Sin duda, el Derecho Penal no está a disposición de las partes, y no puede dejarse al acusador la decisión sobre la efectiva aplicación de las penas contempladas en el Código Penal.

La Ley introduce, sin embargo, un límite expreso. El delito cuya posible aplicación reclama el Tribunal no debe exceder de su competencia. Si la ley expresamente ha hecho referencia al "exceso" de la competencia, entonces, circunscribe su vigencia a la competencia objetiva: material y personal. La *primera* tiene que ver con la clasificación procesal de los delitos en faltas, delitos menos graves y delitos graves, si bien de nula aplicación práctica en los casos del procedimiento común ordinario pero absolutamente razonable en aquellos casos en que el Tribunal Superior invoque la aplicación de un delito menos grave, que originariamente es de competencia del Juez penal. La *segunda*, la competencia personal, tiene que ver con aquellos supuestos en que el delito se cometió por una persona que goza de un privilegio procesal en cuya virtud la competencia originaria corresponde a un órgano jurisdiccional situado en otro nivel de la organización judicial.

Un problema hermenéutico se presenta con los órganos judiciales que integran subespecialidades penales (v. gr.: terrorismo y corrupción). Esos tribunales se han constituido para la investigación y enjuiciamiento de determinados delitos o grupos de delitos, por estrictas razones de conveniencia o utilidad públicas, no se trata de órganos judiciales de excepción –constitucionalmente prohibidos– ni integran un orden jurisdiccional autónomo. Frente a un error en la tipificación o ante la apreciación de una determinada circunstancia que obligue a cambiar el tipo penal que se invocó en la acusación fiscal, ¿debe absolverse al acusado? ¿Está prohibida la desvinculación? La respuesta, a nuestro juicio, debe ser negativa en ambos casos. La configuración de esa competencia, de segundo orden y lógicamente derivada, no puede impedir que el Tribunal pueda aplicar el tipo penal que corresponda con arreglo al principio de legalidad penal. Esa competencia si bien otorga al Tribunal Especializado un ámbito específico de conocimiento originario, empero no niega –no puede hacerlo– la posibilidad de aplicar otros tipos penales, ya sea en vía de concurso o cuando el hecho sometido a su conocimiento constituya un delito distinto.

56 La STEDH del 17.12.2002 precisó, siguiendo esta posición, que la no aceptación del pedido de pena del Fiscal no vulnera el principio acusatorio porque el Tribunal "...es soberano para admitir o no las alegaciones del Ministerio Fiscal".

TALLER
“ACUERDOS PARA LA CELERIDAD EN LA TRAMITACIÓN
DE LOS PROCESOS PENALES”

“PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN ALTERNATIVA”

GACETA JURÍDICA. ACTUALIDAD JURÍDICA. *INFORMACIÓN ESPECIALIZADA*
PARA ABOGADOS Y JUECES. TOMO 177. AGOSTO 2008. PÁG. 199 - 200.



EXTRACTOS DE JURISPRUDENCIA

PROCESAL PENAL



PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN ALTERNATIVA



¿Cuál es el fundamento del principio de determinación alternativa?

La determinación alternativa hoy llamada desvinculación de la acusación fiscal tiene como fundamento permitir al juzgador adecuar la conducta del agente en otro tipo penal imponiendo una pena menor a la solicitada por el fiscal (*R.N. N° 3505-2004-Apurímac, 21/01/2005*).

No existe una aplicación indebida del principio de determinación alternativa en la adecuación de los hechos denunciados en un tipo penal distinto. En este sentido, el criterio asumido por el juez recurrente pronunciándose en una sentencia por un delito que o fue materia de la acusación, es discutible, sin embargo se trata de una decisión jurisdiccional, por ende no sancionable. (*R.N. N° 3310-1997*).



¿Cuáles son los elementos constitutivos del principio de determinación alternativa?

Se aplica correctamente el principio de determinación alternativa si se presentan los presupuestos para su invocación, como son: a) homogeneidad del bien jurídico, b) inmutabilidad de los hechos y pruebas, c) preservación del derecho de defensa, d) coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación al tipo; y, e) la favorabilidad y si fue en el domicilio del acusado donde se encontraron las especies sustraídas al agraviado, según los términos del acta de registro domiciliario e incautación (*R.N. N° 1524-2004-Cañete, 20/08/2004*).

Se hace uso correcto del principio de determinación alternativa, toda vez que concurren en autos sus elementos constitutivos: a) Identidad del bien jurídico tutelado; b) Inmutabilidad de los hechos y las pruebas; c) Preservación del derecho de defensa; d) Identidad

del tipo penal adecuado al hecho real que se juzga; y, e) Favorabilidad (*R.N. N° 1024-2001-Lima, 09/08/2001*).

Por el principio de determinación alternativa se posibilita, de oficio, realizar la correcta adecuación típica de los hechos submatéria; siempre y cuando concurren los siguientes elementos: a) Homogeneidad del bien jurídico tutelado, b) Inmutabilidad de los hechos y las pruebas, c) Preservación del derecho de defensa, y, d) Coherencia entre los elementos fácticos y normativos. De este modo, el principio de determinación alternativa se encuentra indisolublemente unido a los principios de legalidad penal, de instrucción y de la verdad real, cumpliendo similar propósito que el principio *iura novit curia*, de aplicación en el Derecho Privado (*R.N. N° 2722-1998-Lima*).



¿Quién debe beneficiarse con el principio de determinación alternativa?

El principio de la determinación alternativa, solo es en beneficio del condenado y no en contra de él (*R.N. N° 1395-2002-Puno, 10/07/2002*).



¿Cuáles son los lineamientos que se deben seguir para aplicar el principio de determinación alternativa?

Es imperativo tener en cuenta los siguientes lineamientos para los efectos de la aplicación del principio de la determinación alternativa: a) que, el fallo a determinarse no sea en perjuicio del recurrente, para de esta forma no causarle indefensión; b) que, el acusado haya reconocido las imputaciones formuladas en su contra o se haya acogido al beneficio de la confesión sincera descrito en el segundo párrafo del artículo ciento treintiséis del Código de Procedimientos Penales; c) que; el inculpinado no sea el recurrente o si lo es, que los argumentos de su recurso de nulidad no estén enmarcados u orientados a lograr una sentencia absolutoria; y, d) que, el imputado haya sido aprehendido en flagrancia

al momento de culminarse la última fase del *iter criminis* o que este haya quedado en grado de tentativa, aspectos que serían difícilmente refutables por el intervenido (*R.N. N° 1237-2003-Amazonas, 19/08/2003*).



¿La aplicación del principio de determinación alternativa vulnera los derechos del procesado?

Al adecuar la conducta del procesado en el delito de homicidio simple, en aplicación del principio de determinación alternativa, no se ha afectado el derecho de defensa y al debido proceso, por cuanto el justiciable no estuvo impedido de hacer uso de los medios necesarios, suficientes y eficaces para ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos, con relación a los hechos que le fueron imputados, esto es, de haber sido el causante de la muerte de la víctima (*R.N. N° 1000-2003-San Martín, 21/04/2003*).

El superior colegiado al aplicar el principio de determinación alternativa ha tenido en cuenta los elementos de homogeneidad del bien jurídico tutelado, inmutabilidad de los hechos y pruebas, preservación del derecho de defensa y coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación del tipo, por lo que atendiendo a la conducta delictiva del recurrente, la misma contiene los presupuestos previstos por el artículo cuatrocientos del Código Penal referido al delito de tráfico de influencias; no habiéndose vulnerado principio constitucional alguno; por lo que dicha adecuación se encuentra arreglada, a ley (*R.N. N° 1072-2002-Lambayeque, 03/09/2003*).



¿Cabe la aplicación del principio de determinación alternativa cuando el delito cometido es hurto agravado y no robo agravado?

De la apreciación de los hechos materia del presente proceso, resulta que la calificación del delito no corresponde al delito de robo agravado, por el contrario concurren los elementos configuradores del delito de hurto agravado;



siendo esto así, corresponde a este Supremo Tribunal adecuar correctamente la conducta incriminada dentro del tipo penal aplicable, siempre que ello no afecte los hechos ni la defensa del acusado, invocando para tal efecto el principio de determinación alternativa (R.N. N° 4144-1998-Santa, 22/01/1999).



¿Cabe la aplicación del principio de determinación alternativa cuando el delito cometido es receptación y no robo agravado?

Cuando el delito materia del proceso es robo agravado, dicha conducta no se puede adecuar como receptación al no ser esta un delito autónomo por ser *ex post* a otros delitos patrimoniales. En consecuencia, al no haberse configurado el delito de robo agravado se debe absolver al procesado de la acusación fiscal así como disponer simultáneamente la remisión de copias al Fiscal Provincial de turno, a fin de que se amplíen las investigaciones contra el encausado al existir elementos de la comisión de otro delito (R.N. N° 4288-99-Lima, 10/01/2000).

No habiéndose aplicado el principio de determinación alternativa, lo correcto era realizar el fallo por el delito pertinente, por lo que se ha incurrido en error al absolver al acusado por el delito de robo agravado y simultáneamente condenarlo por el delito de receptación (R.N. N° 355-99-Junín, 30/03/1999).



¿Cabe la aplicación del principio de determinación alternativa cuando se trata de lesiones leves y no de lesiones graves?

Si en el desarrollo de la audiencia, el perito al examinar personalmente al

agraviado ha comprobado que este no presenta desfiguración de rostro grave y permanente, estando al principio de determinación alternativa los hechos deben adecuarse dentro de los alcances del delito de lesiones leves (R.N. N° 3310-97-Puno, 04/03/1998).



¿Cuándo no debe aplicarse el principio de determinación alternativa?

No debe aplicarse el denominado principio de determinación alternativa al momento de resolver una causa en razón de haber sido declarada tácitamente como violatoria de la Carta Magna (por lo tanto, inconstitucional) mediante Sentencia del Tribunal Constitucional, siendo nulo todo lo actuado bajo su influjo. Al variarse el tipo penal por el que se venía juzgando al actor y ser condenado por otro distinto, aunque sea del mismo género, se atenta el derecho de defensa (Exp. N° 4070-2001-Junín, 02/09/2002).

El delito de robo agravado fue calificado por el fiscal superior en su acusación escrita en el artículo 189 segundo apartado, inciso uno del Código Penal, el cual sanciona con pena de privación de libertad no menor de 20 ni mayor de veinticinco años cuando el agente cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima; que pese a ello, y no obstante tratarse de dos delitos perpetrados en concurso real, ambos graves, el colegiado superior ha impuesto una pena por debajo del mínimo legal sin fundamento jurídico razonable; que en tal virtud, es de hacer mérito a los agravios del Ministerio Público y amentar la pena impuesta con arreglo al principio de proporcionalidad y lo dispuesto en los artículos 45 y 46 del Código Penal; que si bien el delito de robo perpetrado por el imputado en puridad de verdad está previsto en el último párrafo del artículo 189, dado que

la lesión ocasionada a uno de los agraviados es grave, no es posible desvincularse del delito acusado porque se trata de una circunstancia cualificada no introducida expresamente en la acusación fiscal, respecto de la cual incluso no ha mediado correspondiente contradicción en el juicio oral (R.N. N° 1278-2004-Callao).



¿Cuál es la forma correcta de resolver en la sentencia luego de la aplicación del principio de determinación alternativa?

Si bien la Sala Penal superior se ha mostrado respetuosa de los elementos conceptuales de la determinación alternativa, sin embargo ha incurrido en error al absolver de la acusación fiscal en un extremo al agente por el delito de robo agravado, simultáneamente condenarlo en otro extremo por el delito de receptación, cuando lo correcto es realizar en el fallo únicamente la adecuación del tipo pertinente pronunciándose subsecuentemente bien por la absolución o bien por la condena (R.N. N° 3127-1998-Arequipa).



¿Qué consecuencias acarrea la aplicación indebida del principio de determinación alternativa?

Al momento de emitirse la sentencia materia de grado se ha realizado una aplicación e interpretación del principio de "determinación alternativa", desnaturalizando de ese modo su real esencia, y como resultado de ello se arribó a conclusiones contradictorias conforme se aprecia de los considerandos de la sentencia impugnada, por lo que es necesario que se lleve a cabo un nuevo juicio oral (R.N. N° 1665-2002-Amazonas).